

Jacek Kędzierski

Glosa do uchwały z 21 października 2003 r. I KZP 33

Palestra 49/11-12(563-564), 259-264

2004

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.



Glosa do uchwały z 21 października 2003 r.

I KZP 33/03 ¹

Teza głosowanej uchwały brzmi:

Karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego nie jest „rzeczą ruchomą” w rozumieniu art. 284 § 1 k.k.

Zadający Sądowi Najwyższemu pytanie Sąd Apelacyjny uznał, że zachodzą poważne wątpliwości, jak w świetle przepisów obowiązującego Kodeksu karnego traktować czyn polegający na przywłaszczeniu karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z bankomatu. Wprowadzenie w Rozdziale XXXV Kodeksu karnego obejmującym przestępstwa przeciwko mieniu, w art. 278 § 5 k.k., penalizacji kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z bankomatu, jako odrębnego typu przestępstwa kradzieży, obok kradzieży energii, wywołało – zdaniem sądów – komplikacje w praktyce orzeczniczej.

W tej sytuacji uzasadniona jest konstatacja – pisze SN, że ustawodawca, tworząc typ kradzieży karty do bankomatu (art. 278 § 5 k.k.), utworzył *lex specialis* w stosunku do normy zawartej w art. 275 § 1 k.k., przewidującej odpowiedzialność karną m.in. za kradzież dokumentu. Zasada racjonalnego ustawodawcy wyłącza ma wniosek, że poza wypadkami kradzieży, karta do bankomatu pozbawiona została ochrony prawnej przed innymi kryminalizowanymi działaniami. Należy zatem przyjąć, że obok przewidzianej w art. 278 § 5 k.k. ochrony przed kradzieżą, przysługuje jej także ochrona jako dokumentowi podlegającemu zaliczeniu do zbioru dokumentów określonego w art. 115 § 14 k.k. – twierdzi SN.

Kradzież karty do bankomatu wypełnia znamiona przestępstwa kradzieży określonego w art. 278 § 5 k.k. Z uzasadnienia rządowego projektu kodeksu karnego wynika, że kradzież energii została wyodrębniona, „gdyż nie obejmuje jej nazwa

¹ OSNKW 2003, z. 11–12, poz. 96.

«cudza rzecz ruchoma»². Motywów wyodrębnienia typu przestępstwa kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego nie określono w uzasadnieniu projektu już jednak w tak kategoriyczny sposób, poprzestając na stwierdzeniu, że podobnie jak energię „potraktowano kradzież karty magnetycznej służącej do pobierania gotówki z automatu bankowego, której nie można porównać z kradzieżą książeczki oszczędnościowej”³. To lakoniczne uzasadnienie nowego przepisu jest jak zwykle przyczyną niepewności targających orzecznictwem.

Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem SN, że karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, jako przedmiot materialny, odpowiada pojęciu „rzeczy” określone w art. 45 k.c. Po trosze z zapatrzenia w cywilistykę (art. 555 k.c.) w przepisie art. 278 § 5 k.k. uregulowano kradzież energii, co jest spowodowane niematerialną postacią energii. Nie jest ona rzeczą zarówno w świetle art. 45 k.c., jak i w świetle art. 115 § 9 k.k. W części dotyczącej kradzieży energii uregulowanie art. 278 § 5 k.k. jest oczywiste. Wątpliwości powstają co do kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Przepis art. 278 § 5 k.k. ma niewątpliwie charakter normy szczególnej. Postawić należy pytanie, co jest zatem normą o charakterze ogólnym i dlaczego nie może nią być przepis art. 275 § 1 k.k.?

Karty płatnicze, w tym karty uprawniające do otrzymania pieniędzy z bankomatu zyskały regulację ustawową. Kartę płatniczą definiuje art. 4 pkt 4 Prawa bankowego⁴. Jest to karta identyfikująca wydawcę i upoważnionego posiadacza, uprawniająca do wypłaty gotówki i dokonywania zapłaty, a w przypadku karty wydanej przez bank lub instytucję ustawowo upoważnioną do udzielenia kredytu – także do dokonywania wypłaty gotówki i zapłaty z wykorzystaniem kredytu. Zasady posługiwania się kartami płatniczymi reguluje ustawa z 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych⁵. W myśl tej ustawy karta płatnicza jest elektronicznym instrumentem płatniczym (art. 2 pkt 4). Zawiera ona dane, które wraz z kodem identyfikacyjnym, czyli poufnym numerem lub innym oznaczeniem posiadacza, służą do elektronicznej identyfikacji posiadacza. Szczegóły posługiwania się kartą płatniczą reguluje umowa o kartę płatniczą, zawarta na czas oznaczony, nie dłuższy niż dwa lata, pomiędzy wydawcą a posiadaczem karty.

Ustawa określa obowiązki posiadacza karty, czyli osoby uprawnionej do dokonywania w swoim imieniu i na swoją rzecz operacji finansowych. Posiadacz karty jest obowiązany do jej przechowywania i ochrony kodu identyfikacyjnego z zachowaniem należytej staranności, nieprzechowywania karty płatniczej razem z kodem identyfikacyjnym, nieudostępniania karty płatniczej i kodu identyfikacyjnego osobom nieuprawnionym. Szczególnym obowiązkiem posiadacza jest obowiązek niezwłocznego zgłoszenia wydawcy karty jej utraty lub zniszczenia. Uprzedzając dalsze rozważania stwierdzić

² Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 206.

³ Tamże, s. 206.

⁴ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r., Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665.

⁵ Dz.U. Nr 169, poz. 1385.

należy, że o tych obowiązkach należy pamiętać podejmując rozważania, czy karta płatnicza może być przedmiotem przestępstwa przywłaszczenia.

Karta uprawniająca m.in. do podjęcia pieniędzy z bankomatu, niezależnie od objęcia jej ochroną przez przepisy rozdziału zawierającego przestępstwa przeciwko mieniu, a w szczególności art. 278 § 5 k.k., pozostaje – zdaniem SN – nadal dokumentem, z którym związane są określone prawa majątkowe. Nie można ponadto skutecznie kwestionować faktu – twierdzi SN, że jest dokumentem uprawniającym do otrzymania sumy pieniężnej. Karta taka mieści się więc zarówno w szerszym zbiorze dokumentów określonych w art. 115 § 14 k.k., jak i odpowiada pojęciu dokumentu szczególnego, usytuowanego z innymi, określanymi jako „rzecz ruchoma”, w przepisie art. 115 § 9 k.k. To stanowisko SN należy poddać głębszej analizie. Rozważyć należy kwestię możliwości traktowania karty płatniczej zabezpieczonej kodem PIN jako dokumentu stwierdzającego cudze prawa majątkowe. Stwierdzić należy, że karta płatnicza nie jest samoistnie dokumentem uprawniającym do otrzymania sumy pieniędzy ani też dokumentem stwierdzającym prawa majątkowe konkretnej umowy. Takim dokumentem staje się dopiero po jej wprowadzeniu do odpowiedniego urządzenia i po podaniu kodu zabezpieczającego. Dopiero wykonanie tej czynności nada jej cechy dokumentu uprawniającego do otrzymania sumy pieniędzy lub do dokonania zapłaty.

Brak znajomości kodu zabezpieczającego powoduje, że kradzieży karty nie można uznać za kradzież dokumentu stwierdzającego prawa majątkowe innej osoby ani też za przywłaszczenie w rozumieniu art. 275 § 1 k.k. Jedynie kradzież lub przywłaszczenie karty na szkodę posiadacza lub użytkownika, który wbrew ustawowym obowiązkom przechowywał ją wraz z kodem zabezpieczającym, będzie wyczerpywało znamiona przestępstwa określonego w art. 275 § 1 k.k. Wejście w posiadanie przez osobę nieuprawnioną karty wraz z kodem zabezpieczającym jest równoznaczne z wejściem w posiadanie dokumentu w postaci zapisu na elektronicznym nośniku informacji, a konkretnie elektronicznego instrumentu płatniczego. Dopóki osoba, która weszła w bezprawne posiadanie karty płatniczej, nie zna kodu zabezpieczającego – nie weszła w posiadanie dokumentu „elektronicznego” zabezpieczonego tymże kodem. Na tym przecież polega sens kodu zabezpieczającego, że uniemożliwia on dostęp do dokumentu osobie nieuprawnionej do korzystania z tego dokumentu. Ten, kto dysponuje kartą płatniczą lub innym komputerowym nośnikiem informacji, zabezpieczonym kodem dostępu, nie znając tego kodu, nie dysponuje dokumentem w postaci elektronicznego zapisu na nim naniesionego. Jest w posiadaniu nośnika informacji z niedostępnym dla niego, zapisanym na tym nośniku dokumentem.

Potwierdza to znany kierunek orzecznictwa, według którego za dokument nie może być uznany przedmiot, który samoistnie nie stanowi dowodu prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne⁶.

⁶ Postanowienie SN z 7 września 2000 r. I KZP 25/00, Wokanda 2000/11/23.

Pamiętać przy tym należy, że karta płatnicza jako rzecz ruchoma może być przedmiotem różnych typów kradzieży tylko do czasu, kiedy nie zostało zgłoszone wystawcy jej zagubienie. Od tego momentu nie przedstawia żadnej wartości, a przedmiotem kradzieży może być tylko cudze mienie ruchome, tj. rzecz przedstawiająca wartość materialną i mogąca być w związku z tym przedmiotem obrotu⁷.

Choć karta płatnicza sama w sobie wartości materialnej nie przedstawia i nie może być przedmiotem obrotu, to jednak niebezpieczeństwo, jakie niesie jej kradzież, uzasadniało stosowanie odpowiednio to tego typu czynów przepisu art. 278 § 1 k.k. W przypadku kradzieży karty płatniczej nie poprzedza jej niedochowanie należytej staranności przez posiadacza karty lub osobę uprawnioną do korzystania z niej. Wyjęcie karty płatniczej spod władztwa tych osób następuje bez ich winy, drogą zaboru mienia. Uwzględnić należy także ściśle określone nastawienie sprawcy kradzieży karty. Celem działania sprawcy jest zabór mienia w celu przywłaszczenia. Jeżeli przedmiotem kradzieży jest karta płatnicza, złodziej może usiłować przełamać kod identyfikacyjny i dokonać w dalszej kolejności zaboru mienia w postaci gotówki. Przedział czasowy pomiędzy kradzieżą karty a jej stwierdzeniem przez posiadacza i zgłoszeniem wystawcy karty jej utraty może być dłuższy. Ten dłuższy przedział czasowy złodziej karty, a więc osoba działająca w ściśle określonym celu, może starać się wykorzystać na podejmowanie prób przełamania kodu zabezpieczającego kartę i dokonanie zaboru pieniędzy z bankomatu. Chyba te okoliczności, które mogą nastąpić w ślad za dokonaniem kradzieży karty, przemawiały za wprowadzeniem do Kodeksu karnego typu kradzieży karty płatniczej.

Przepis art. 284 § 1 k.k. dotyczy natomiast sytuacji, w której mienie przypadkowo znalazło się w posiadaniu sprawcy, do znamion tego przestępstwa nie należy zabór mienia, tak jak to ma miejsce w przypadku kradzieży. Czyn polegający na „przywłaszczeniu” karty płatniczej poprzedza zwykle nieprzestrzeżenie przez jej posiadacza lub osobę uprawnioną do korzystania z niej wynikających z ustawy obowiązków. Posiadacz karty nie dopełnił obowiązku przechowywania karty z zachowaniem należytej staranności. Zostawił kartę w cudzym lokalu lub też zgubił ją w miejscu publicznym. Przez to sam swoim działaniem umożliwił „przywłaszczenie” karty przez sprawcę. Gdy tylko jednak stwierdził utratę karty, powinien ten fakt zgłosić wystawcy. Prawidłowo funkcjonujący wystawca powinien unieważnić kartę. Istnieje zatem prawdopodobieństwo, graniczące z pewnością, że przedmiotem przywłaszczenia stanie się nie karta płatnicza, ale karta płatnicza anulowana przez wystawcę. Tu przedział czasowy pomiędzy zgubieniem karty a jej znalezieniem przez sprawcę przywłaszczenia może być dłuższy. W tym przedziale czasowym dochowujący należytej staranności jej posiadacz dokona powiadomienia wystawcy karty o jej zagubieniu. Te okoliczności, jak można przypuszczać, zadecydowały, że w Kodeksie karnym nie wprowadzono przepisu nakazującego stosowanie do przywłaszczenia karty płatniczej przepisu art. 284 § 1 k.k.

⁷ Wyrok SN z 1 lipca 1981 r. V KRN 122/81, OSNPG 1982/1/4.

Powróćmy do wykładni art. 278 § 5 k.k. i do tego, jaki jest charakter tego przepisu. Umieszczenie go w Kodeksie w takiej konfiguracji sugeruje, że jest to *lex specialis* w stosunku do któregoś z przepisów tego kodeksu. SN podaje, że jest to przepis szczególny w stosunku do przestępstwa kradzieży dokumentu stwierdzającego prawa majątkowe konkretnej osoby. Stanowisko to nie wydaje się trafne. Przepis penalizujący naruszenie określonego dobra prawnie chronionego, w tym przypadku mienia, nie może być przepisem szczególnym w stosunku do przepisu penalizującego naruszenie innego dobra, jakim jest bezpieczeństwo obrotu prawnego. Gdzie indziej należy szukać normy o charakterze ogólnym w stosunku do normy wynikającej z przepisu art. 278 § 5 k.k. Znaleźć ją można w Kodeksie wykroczeń. Przepis art. 119 § 1 k.w. zawiera taką właśnie normę. Penalizuje ona kradzież i przywłaszczenie rzeczy o wartości poniżej 250 zł. Że karta bankomatowa jest rzeczą ruchomą o takiej wartości, potwierdza także SN w głosowanej uchwale, skoro pisze, że przepis art. 119 § 1 k.w., w którym przedmiot czynności wykonawczej określony został jako „cudza rzecz ruchoma”, nie może być stosowany w przypadku kradzieży karty do bankomatu, pomimo że karta taka jako rzecz (przedmiot) nie przedstawia wartości przekraczającej kwotę pozwalającą na uznanie jej zaboru w celu przywłaszczenia za przestępstwo kradzieży. Niestety, w następnym akapicie SN przeczy sam sobie pisząc, że typ kradzieży karty do bankomatu (art. 278 § 5 k.k.) utworzył *lex specialis* w stosunku do normy zawartej w art. 275 § 1 k.k., przewidującej odpowiedzialność karną m.in. za kradzież dokumentu. Tu tkwi najistotniejszy błąd w rozumowaniu SN. *Lex specialis* nie może chronić dobra całkowicie odmiennego od tego, które chroni *lex generalis*. Dobro to musi być to samo, choć może być określone w sposób węższy.

Przepis art. 278 § 5 k.k., będący *lex specialis* w stosunku do wykroczenia kradzieży cudzej rzeczy ruchomej o wartości poniżej 250 zł, penalizuje kradzież karty bankomatowej. Inaczej ma się rzecz z przywłaszczeniem karty bankomatowej. W tym przypadku ustawodawca nie utworzył w okolicach art. 284 k.k. przepisu analogicznego do przepisu art. 278 § 5 k.k. o charakterze *lex specialis* w stosunku do art. 119 § 1 k.w. Wobec braku przepisu szczególnego przywłaszczenie karty bankomatowej będzie wyczerpywało znamiona *lex generalis*, tj. wykroczenia określonego w art. 119 § 1 k.w. Nie można podzielić stanowiska SN, wg którego wyodrębnienie karty uprawniającej m.in. do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, jako osobnego przedmiotu ochrony, nie pozwala na uznanie, że karta mieści się w pojęciu „rzecz ruchoma”, stanowiącym przedmiot pozostałych przestępstw (i wykroczeń) przeciwko mieniu. Innymi słowy SN stanął na stanowisku, że umieszczenie w katalogu przedmiotów wykonawczych przestępstwa z art. 278 § 5 k.k. karty bankomatowej skutkuje pozbawieniem jej przymiotu rzeczy ruchomej. Z pewnością nie o to chodziło ustawodawcy, a jedynie o skonstruowanie *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 119 § 1 k.w. penalizującego kradzież lub przywłaszczenie cudzej rzeczy ruchomej o wartości poniżej 250 zł. Skonstruowanie tej *lex specialis* nastąpiło przez wymienienie w niej szczególnego przedmiotu wykonawczego – karty bankomatowej. Wartość jej jest równa kosztom wystawienia nowej karty, którymi wystawca

obciąża posiadacza, i jest zapewne niższa niż kwota graniczna pomiędzy występkami a wykroczeniem kradzieży lub przywłaszczenia.

Przyjęcie konstrukcji, wg której art. 278 § 5 k.k. jest normą szczególną w stosunku do art. 119 § 1 k.w., jest pożyteczne także w tych przypadkach, gdy karta bankomatowa staje się przedmiotem kradzieży z włamaniem czy też rozboju, kradzieży rozbójniczej i wymuszenia rozbójniczego. SN stanął tu na stanowisku, że ujęcie przestępstw kradzieży z włamaniem i rozboju przez określenie czynności wykonawczej zwrotem „kto kradnie” wskazuje, że karta do bankomatu może być także przedmiotem tych przestępstw. Nie jest to do końca stanowisko trafne, gdyż przepis art. 278 § 5 k.k. jest przepisem odsyłającym w przypadku kradzieży karty do bankomatu, ale tylko do § 1, 3 i 4 tego artykułu. Brak jest takiego odesłania, w przypadku gdy karta bankomatowa miałaby być przedmiotem wykonawczym kradzieży z włamaniem i rozboju. Trzeba znaleźć inną podstawę do stosowania w tych przypadkach art. 279 i 280 k.k. Podstawą tą jest art. 130 § 2 i 3 Kodeksu wykroczeń. Z przepisów tych wynika, że art. 119 k.w., penalizującego kradzież cudzej rzeczy ruchomej o wartości poniżej 250 zł nie stosuje się, jeżeli sprawca popełnia kradzież z włamaniem albo jeżeli używa gwałtu na osobie albo grozi jego natychmiastowym użyciem, aby utrzymać się w posiadaniu zabranego mienia, a także gdy doprowadza człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Kradzież z włamaniem albo rozbój rzeczy ruchomej o wartości poniżej 250 zł na mocy art. 130 § 2 i 3 k.w. wyczerpuje znamiona przestępstw określonych w art. 279 i 280 k.k. I tak jest również, gdy przedmiotem kradzieży z włamaniem lub rozboju jest karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. W grę może wchodzić przypadek mniejszej wagi określony w art. 283 k.k.

Podsumowując:

1. Kradzież albo przywłaszczenie karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, zabezpieczonej kodem PIN nieznanym sprawcy, nie wyczerpuje znamion występkę określonego w art. 275 § 1 k.k., chyba że sprawca tych czynów wszedł w posiadanie kodu PIN.

2. Kradzież takiej karty wyczerpuje znamiona występkę określonego w art. 278 § 5 k.k.

3. Przywłaszczenie karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, o ile jej zagubienie nie zostało przez posiadacza zgłoszone wystawcy, może wyczerpywać znamiona wykroczenia określonego w art. 119 § 1 k.w.

4. Kradzież z włamaniem, kradzież rozbójnicza, rozbój, wymuszenie rozbójnicze, których przedmiotem wykonawczym jest karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, wyczerpuje znamiona przestępstw odpowiednio z art. 279, 280, 281 i 282 k.k., a ewentualnie, zależnie od okoliczności, także w związku z art. 283 k.k.

Jacek Kędziński