

# Maciej Rogalski

---

## Przestępstwo kradzieży telefonu komórkowego

---

Palestra 50/3-4(567-568), 51-62

---

2005

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

## PRZESTĘPSTWO KRADZIEŻY TELEFONU KOMÓRKOWEGO

1. Aparat telefoniczny służący do komunikacji bezprzewodowej jest potocznie nazywany telefonem komórkowym (od struktury technicznej sieci, tworzącej tzw. komórki) lub telefonem mobilnym (od angielskiego słowa *mobile*, czyli „ruchomy”). Zgodnie jednak z nazewnictwem przyjętym w prawie telekomunikacyjnym jest to tzw. urządzenie końcowe. Pojęcie to zdefiniowane jest w art. 2 pkt 32 ustawy Prawo telekomunikacyjne („Pt”) i oznacza „urządzenie telekomunikacyjne lub jego podzespół przeznaczony do współpracy z siecią publiczną, dołączane bezpośrednio lub pośrednio do zakończenia sieci publicznej”<sup>1</sup>.

Telefon komórkowy może być przedmiotem kradzieży jak każda inna rzecz ruchoma. Prawna ocena zachowania sprawcy kradzieży telefonu komórkowego wydaje się nieskomplikowana. Problemy zaczynają się pojawiać wtedy, gdy powstaje konieczność prawnego zakwalifikowania zachowań sprawcy, przejawiających się nie tylko w zaborze w celu przywłaszczenia telefonu mobilnego, ale przede wszystkim w korzystaniu na cudzy rachunek z usług, które oferuje ten aparat, a ściślej sieć telekomunikacyjna danego operatora, do której jest przyłączony ten aparat.

Właściwe przeanalizowanie tego zagadnienia wymaga wcześniejszego uporządkowania pojęć, a przede wszystkim ustalenia co jest przedmiotem czynu sprawcy. Pozornie wydawać się może, że przedmiotem czynu jest po prostu telefon komórkowy. W rzeczywistości rzadko tylko i wyłącznie telefon komórkowy jest przedmiotem czynu. Sprawca bowiem jest zainteresowany nie tylko telefonem komórkowym, ale ponadto, a często przede wszystkim usługami, z których za pomocą tego aparatu może korzystać. Można spróbować wyodrębnić, jakie dobra, ściśle związane z korzystaniem z tego aparatu, są przedmiotem zamachu:

- możliwość korzystania z usług telefonicznych;
- możliwość korzystania z usług telekomunikacyjnych;
- abonament telefoniczny.

Wyłącznie dwa pierwsze określenia są zdefiniowane w ustawie Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z art. 2 pkt 36 Pt usługa telefoniczna oznacza „usługę telekomunikacyjną polegającą na bezpośredniej transmisji za pomocą sieci publicznej

---

<sup>1</sup> Ustawa z 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2000 r. Nr 73, poz. 852 ze zm.

wykorzystującej technikę komutacji lub sieci publicznych wykorzystujących techniki komutacji, sygnałów mowy, w czasie rzeczywistym, w taki sposób, że każdy użytkownik może użyć urządzenia końcowego dołączonego do określonego zakończenia sieci dla komunikowania się z innym użytkownikiem innego urządzenia końcowego, dołączonego do innego zakończenia sieci". Usługa telekomunikacyjna oznacza natomiast „działalność gospodarczą polegającą na transmisji lub kierowaniu sygnałów w sieciach telekomunikacyjnych” (art. 2 pkt 37 Pt).

W praktyce usługa telefoniczna jest utożsamiana z tzw. „usługą głosową”, a usługa telekomunikacyjna z tzw. „przesyłem danych”. Aparat telefoniczny jest bowiem wykorzystywany do „telekomunikacji”, która oznacza, zgodnie z Pt, „nadawanie, odbiór lub transmisję informacji jakiegokolwiek natury za pomocą przewodów, fal radiowych bądź optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną” (art. 2 pkt 29 Pt). Telekomunikacja obejmuje więc zarówno usługi głosowe, jak i niegłosowe. Aparat telefoniczny jest wykorzystywany głównie do korzystania z usług głosowych. W coraz jednak większym stopniu korzysta się także z usług niegłosowych. Najbardziej rozpowszechnioną usługą niegłosową są tzw. SMS-y (od angielskich słów *Short Message System*), czyli krótkie wiadomości tekstowe. Nie są już także rzadkością przesyłane obrazy czy pełne animacje.

W związku z tym powstaje pytanie: jakie przestępstwo popełnia osoba, która korzysta z tych usług na cudzy rachunek, wykorzystując skradziony telefon?

2. Nie wywołuje większych problemów kwalifikacja prawna zachowania sprawcy, który zabiera w celu przywłaszczenia cudzy telefon komórkowy. Czyn ten stanowi przestępstwo kradzieży z art. 278 § 1 k.k. Zachowanie sprawcy tego przestępstwa polega bowiem na zaborze cudzej rzeczy ruchomej (telefonu komórkowego) w celu przywłaszczenia. Pod pojęciem zaboru należy rozumieć bezprawne wyjęcie rzeczy spod władztwa osoby dotychczas nim władającej i objęcie go we własne posiadanie przez sprawcę. Wyjęcie rzeczy ruchomej spod władztwa musi nastąpić wbrew woli osoby nim dysponującej oraz bez żadnej podstawy prawnej<sup>2</sup>. Osoba władającą może być właściciel, posiadacz lub inna osoba, która ma do rzeczy inne prawa rzeczowe lub obligacyjne<sup>3</sup>. Kradzież jest przestępstwem materialnym. Zrealizowanie znamienia skutku przestępstwa kradzieży nastąpi po spełnieniu łącznie dwóch elementów: pozbawienie przez sprawcę osoby uprawnionej władztwa nad rzeczą oraz objęcie tej rzeczy przez sprawcę we władanie<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Wyrok SN z 18 grudnia 1998 r., IV KKN 98/98, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 7–8, poz. 5.

<sup>3</sup> Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas (w:) G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiągalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 Kodeksu karnego*, Zakamycze 1999, s. 20–21; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 532; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 528 i n.; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 610.

<sup>4</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 26–27.

Przedmiotem ochrony przestępstwa kradzieży jest własność, posiadanie oraz inne prawa rzeczowe i obligacyjne do rzeczy ruchomej, a więc przedmiotu materialnego, wyodrębnionego, który może samodzielnie występować w obrocie i przedstawia wartość majątkową<sup>5</sup>. Pewne wątpliwości powstają co do tego, czy abonament telefoniczny jest również objęty przedmiotem ochrony przestępstwa kradzieży.

Prawo związane z abonamentem telefonicznym uznaje się za prawo majątkowe<sup>6</sup>. Uważa się więc, że przedmiotem ochrony jest prawo majątkowe przyjmujące postać abonamentu telefonicznego, które stanowi jeden z elementów ogółu praw majątkowych przysługujących danej osobie, czyli jej mienia<sup>7</sup>. Czy w konsekwencji tego abonament telefoniczny rozumiany jako specyficzne prawo majątkowe może być uznany za przedmiot ochrony przestępstwa kradzieży, zwłaszcza gdy chodzi o abonament telefonu komórkowego? Definicji abonamentu nie zawiera obowiązująca ustawa prawo telekomunikacyjne. Wynika to z podziału osób korzystających z usług telekomunikacyjnych na dwie kategorie: abonenta oraz użytkownika. Abonent jest to „podmiot, który jest stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartej na piśmie z operatorem lub podmiotem udostępniającym usługi telekomunikacyjne” (art. 2 pkt 1 Pt). Użytkownik natomiast to „podmiot korzystający z usług telekomunikacyjnych lub żądający ich świadczenia albo udostępniania takich usług” (art. 2 pkt 38 Pt). Podstawową więc różnicą pomiędzy tymi dwoma kategoriami osób jest fakt zawarcia na piśmie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Operatorzy telefonii komórkowej w swoich regulaminach świadczenia usług telekomunikacyjnych definiują jednak „abonament” jako „usługę polegającą na zapewnieniu abonentowi gotowości operatora do świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz umożliwieniu abonentowi korzystania z usług telekomunikacyjnych świadczonych przez operatora”<sup>8</sup>. Z obowiązujących w prawie telekomunikacyjnym definicji abonenta oraz użytkownika, a także znaczenia jakie nadają pojęciu abonament operatorzy świadczący usługi telekomunikacyjne, można wywodzić, że mamy tu do czynienia ze specyficznym prawem majątkowym, które wyraża się tym, że abonent posiada uprawnienie o charakterze majątkowym w stosunku do operatora, które polega na możliwości domagania się od niego zapewnienia mu świadczenia określonych usług telekomunikacyjnych. Prawo to stanowi więc pewną wartość majątkową. Sprawca kradzieży telefonu, z którym związany jest abonament, pozbawia tym samym poprzedniego uprawnionego nie tylko rze-

<sup>5</sup> *Ibid.*, s. 19.

<sup>6</sup> L. Stecki, *Abonament telefoniczny a małżeńska wspólność majątkowa*, „Nowe Prawo” 1990, nr 10–12.

<sup>7</sup> M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44–55 k.c.*, Kraków 1997, s. 20 i n.

<sup>8</sup> Zob. przykładowo *Regulamin Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych przez Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie*; regulamin jest dostępny w każdym salonie firmowym tego operatora.

czy ruchomej w postaci telefonu komórkowego, ale także prawa majątkowego, za które zapłacił poprzedni właściciel, w postaci abonamentu. W tym więc znaczeniu można powiedzieć, że abonament telefoniczny może być przedmiotem kradzieży jako prawo majątkowe będące przedmiotem ochrony przestępstwa kradzieży.

Kolejne wątpliwości mogą być związane z oceną wartości skradzionego telefonu komórkowego, co ma istotne znaczenie dla stwierdzenia, czy czyn sprawcy ze względu na wartość zagarniętego mienia stanowi przestępstwo, czy też wykroczenie. Kradzież rzeczy ruchomej o wartości poniżej 250 złotych stanowi bowiem wykroczenie (art. 119 § 1 k.w.), chyba że sprawca popełnił kradzież z włamaniem, stosował gwałt na osobie lub groźbę jego natychmiastowego użycia (art. 130 k.w.). W przypadku przestępstwa kradzieży wielkość szkody spowodowanej działaniem przestępnym powinna być ustalana w oparciu o samą wartość zabranych rzeczy. Należy obliczać tylko rzeczywistą szkodę, a nie spodziewany zysk, chociażby jego osiągnięcie było pewne. Do wartości zaboru nie można wliczać utraconych, a spodziewanych przez poszkodowanego zysków (*lucrum cessans*)<sup>9</sup>. Wartość przedmiotu zaboru stanowi jedynie suma zagarniętych rzeczy, bez wliczania elementów szkody przewyższającej tę wartość, w szczególności utraconych korzyści<sup>10</sup>.

Wartości skradzionego telefonu nie zawsze jednak odzwierciedla cena jego zakupu przez nabywcę, gdyż cena ta jest bardzo często wielokrotnie niższa niż jego rzeczywista wartość. Operatorzy komórkowi sprzedają przede wszystkim usługi telekomunikacyjne, a dodatkowo aparaty telefoniczne pozwalające na korzystanie z tych usług. W celu zachęcenia do korzystania z usług danego operatora telekomunikacyjnego ceny aparatów telefonicznych sprzedawanych przez sieci dystrybucji danego operatora są znacznie, nawet kilka razy, niższe niż ceny zakupu od producenta aparatu telefonicznego. Coraz powszechniejsza jest sprzedaż telefonu komórkowego za przysłowiową złotówkę. Przykładowo, zakupiony przez operatora telekomunikacyjnego u producenta telefon komórkowy za 1000 zł jest sprzedawany klientowi za 100 zł, z jednoczesnym zobowiązaniem się klienta w zawartej przez niego umowie do korzystania z usług danego operatora telekomunikacyjnego przez okres 2 lat. Okres ten pozwala operatorowi na pokrycie różnicy pomiędzy ceną telefonu komórkowego, którą płaci klient, a ceną, którą musiał zapłacić operator producentowi telefonów, z przychodów pochodzących z płaconych przez klienta opłat z tytułu korzystania przez czas określony z usług danego operatora. Szkada poniesiona przez właściciela telefonu w następstwie kradzieży telefonu to cena zakupu telefonu u operatora, a dla operatora szkoda to cena zakupu aparatu telefonicznego u producenta, pomniejszona o cenę zapłaconą przez klienta i przychody z tytułu opłat za świadczone temu klientowi usługi. W konsekwencji należy

<sup>9</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 28.

<sup>10</sup> Zob. wyrok SA w Krakowie z 17 kwietnia 1992 r., II Aka 201/91, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1992, nr 10.

uznać, że wartość zagarniętego przez sprawcę mienia odpowiada cenie zakupu telefonu u producenta pomniejszonej o jego zużycie, a nie cenie zakupu aparatu przez klienta u operatora, pomniejszonej o jego zużycie. Konsekwencje tego dla sprawcy są ważne, gdyż czyn jego ze względu na wartość zagarniętego telefonu komórkowego będzie często stanowił przestępstwo, a nie wykroczenie, pomimo że cena zakupu telefonu przez klienta mogłaby wskazywać, że jest to wykroczenie.

3. Przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. należy do kategorii tzw. przestępstw kierunkowych. Zachowanie sprawcy ukierunkowane jest na osiągnięcie określonego celu, którym jest przywłaszczenie cudzej rzeczy ruchomej. Cechą działania określonego w art. 278 § 1 k.k. jest zamiar przywłaszczenia (*animus res sibi habendi*)<sup>11</sup>. Kradzieży od strony przedmiotowej musi towarzyszyć tzw. *dolus directus coloratus* w odniesieniu do znamienia, co do którego ustawa wymaga, aby było objęte celem, a więc w odniesieniu do zabrania rzeczy. W przypadku przestępstwa kradzieży nie wystarcza więc, aby sprawca tylko „godził się” na możliwość przywłaszczenia. Niezbędne jest wykazanie, że sprawca miał świadomość znaczenia swojego działania, tzn. tego, iż zmierzał do przywłaszczenia rzeczy i jednocześnie chciał przywłaszczyć sobie cudzą rzecz ruchomą<sup>12</sup>.

4. Kodeks karny w art. 278 § 1 k.k. posługuje się określeniem „cudza rzecz ruchoma”. Sformułowanie to pochodzi z prawa cywilnego i zastąpiło używane w kodeksie karnym z 1969 r. określenie „cudze mienie ruchome” (art. 203 k.k. z 1969 r.). W uzasadnieniu rządowego projektu obowiązującego kodeksu karnego wskazano, że głównie względy semantyczne oraz potrzeba zapewnienia ścisłości języka zdecydowały o wprowadzeniu nazwy „rzecz”, którą posługuje się dla oznaczenia prawa własności, zamiast „mienie” dla opisu przedmiotu przestępstwa<sup>13</sup>. Posługiwanie się terminologią cywilistyczną dla zdefiniowania przedmiotu kradzieży wskazuje na potrzebę posiłkowania się w procesie wykładni tego określenia pojęciem i jego interpretacją obowiązującą w prawie cywilnym. Zgodnie z art. 45 k.c.: „rzeczami w rozumieniu niniejszego kodeksu są tylko przedmioty materialne”. W doktrynie prawa cywilnego oraz orzecznictwie przyjmuje się, że „rzecz” charakteryzuje się trzema konstytutywnymi elementami: jest przedmiotem materialnym; stanowi wyodrębniony przedmiot i może samodzielnie występować w obrocie<sup>14</sup>.

Pojęciem rzeczy nie są objęte tzw. części składowe, czyli elementy, z których składa się rzecz. Zgodnie z art. 47 § 2 k.c. „częścią składową rzeczy jest wszystko,

<sup>11</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 35–36.

<sup>12</sup> Wyrok SN z 5 maja 1999 r., V KKN 406/97, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 4, poz. 6; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 35–36.

<sup>13</sup> Zob. Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy, Warszawa 1997, s. 206.

<sup>14</sup> Zob. E. Skowrońska (w.): Kodeks cywilny. Komentarz, t. I, Warszawa 1997, s. 108; M. Bednarek: *op. cit.*, s. 47 i n.; S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2002, s. 153; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 13.

co nie może być od niej odłączone bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego”. Części składowe nie mogą być uznawane za rzeczy, gdyż nie spełniają dwóch podstawowych dla rzeczy kryteriów, a mianowicie nie są wyodrębnionymi przedmiotami i nie mogą samodzielnie występować w obrocie<sup>15</sup>.

W zakresie części składowych ruchomości wykładnia językowa prowadzi do uznania, że nie mogą one być przedmiotem kradzieży. Ustawodawca przyjął bowiem, że przedmiotem kradzieży może być tylko rzecz ruchoma. Przedmioty nie spełniające kryteriów pojęcia rzeczy nie mogą więc być uznane za przedmiot tego przestępstwa. Konsekwencje tego rodzaju wykładni są trudne do zaakceptowania w prawie karnym, gdyż ograniczają pola kryminalizacji wyznaczane przez art. 278 § 1 k.k. Słusznie więc wskazuje się na potrzebę zastosowania wykładni funkcjonalnej<sup>16</sup>. Wykładnia ta prowadzi do wniosku, że części składowe ruchomości, pomimo iż z punktu widzenia prawa cywilnego nie są rzeczami, mogą być przedmiotem przestępstwa kradzieży<sup>17</sup>.

W przypadku kradzieży telefonu komórkowego bardzo często dochodzi także do kradzieży tzw. karty SIM. Karta SIM jest kartą mikroprocesorową, która umożliwia korzystanie z usług danego operatora. Telefon pozbawiony tej karty jest bezużyteczny, gdyż nie można skorzystać z usług telekomunikacyjnych świadczonych w sieci danego operatora. Kartę SIM można wyjąć z danego telefonu komórkowego i może ona samodzielnie występować w obrocie (może być wykorzystana w innym telefonie mobilnym). Z uwagi na te cechy nie może być uznana za część składową aparatu telefonicznego. W konsekwencji może stanowić przedmiot kradzieży. Należy jednak zwrócić uwagę, że w przypadku skorzystania na cudzy rachunek z usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem skradzionego telefonu komórkowego, zaopatrzonego oczywiście w kartę SIM, zakwalifikowanie tego zachowania jako kradzieży telefonu komórkowego z kartą SIM nie wyczerpie całej zawartości bezprawia związanego z tym zachowaniem. Uznanie bowiem tego zachowania za kradzież oznacza tylko zakwalifikowanie zachowania polegającego na zaborze w celu przywłaszczenia cudzego telefonu komórkowego oraz kart SIM jako kradzieży tych rzeczy, przy jednoczesnym braku prawnego zakwalifikowania, niewątpliwie naganne go prawnie zachowania, polegającego na korzystaniu z usług telekomunikacyjnych na cudzy rachunek. Co więcej, z uwagi na konstrukcję prawną przestępstwa kradzieży, która posiłkuje się pojęcia-

<sup>15</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 29.

<sup>16</sup> Por. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 289 i n.; Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedania*, Warszawa 1993, s. 24 i n.

<sup>17</sup> Zob. P. Kardas, *Szkoda materialna jako znamię przestępstwa nadużycia zaufania*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 7–8, s. 40 i n.; A. Szpunar, *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV, s. 37 i n.; A. Szpunar, *Rozważania nad odszkodowaniem i karą*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 6, s. 27 i n.; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 30–31.

mi jednoznacznie zdefiniowanymi, od dawna obowiązującymi w prawie cywilnym, tj. pojęciem rzeczy ruchomej, nie powinno budzić większych wątpliwości, że przedmiotem kradzieży w przypadku zaboru w celu przywłaszczenia i korzystania z telefonu komórkowego, nie mogą być ani usługi telefoniczne, ani usługi telekomunikacyjne.

Kartę SIM należy zakwalifikować jako przynależność. Zgodnie z art. 51 § 1 k.c. przynależnościami są „rzeczy ruchome potrzebne do korzystania z innej rzeczy (rzeczy głównej) zgodnie z jej przeznaczeniem, jeżeli pozostają z nią w faktycznym związku odpowiadającym temu celowi”. „Przynależność nie traci tego charakteru przez przemijające pozbawienie jej faktycznego związku z rzeczą główną” (art. 51 § 3 k.c.). Niezbędnymi przesłankami uznania rzeczy ruchomej za przynależność jest: 1) jej pomocniczy charakter w stosunku do rzeczy głównej, wyrażający się w jej gospodarczym podporządkowaniu i służebnym charakterze, mającym ułatwić zwykłe, a nie tylko okazyjne korzystanie z rzeczy głównej; 2) faktyczny związek odpowiadający przeznaczeniu rzeczy głównej i jej potrzebom; 3) tożsamość podmiotowa właściciela rzeczy głównej i przynależności<sup>18</sup>. Przynależność pomimo związku z rzeczą główną nie traci, w przeciwieństwie do części składowej, samodzielnego charakteru prawnego, charakteryzując się dwoma elementami, tj. wyodrębnieniem oraz możliwością samodzielnego występowania w obrocie<sup>19</sup>. Przynależność może być oczywiście przedmiotem kradzieży.

Nie są rzeczami dobra niematerialne, np. prawa niemajątkowe czy energie<sup>20</sup>. W konsekwencji kradzież energii oraz kradzież karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego zostały wyodrębnione w kodeksie karnym. Zgodnie z art. 278 § 5 k.k. przepisy § 1, 3 i 4 tego artykułu stosuje się odpowiednio do kradzieży energii oraz kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Wyodrębniona jest także tzw. kradzież programu komputerowego (art. 278 § 2 k.k.). Przepis art. 115 § 9 k.k. wyjaśnia, że „rzeczą ruchomą lub przedmiotem jest także polski albo obcy pieniądz lub inny środek płatniczy oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce”. Z kolei zgodnie z art. 115 § 14 k.k. – „dokumentem jest każdy przedmiot lub zapis na komputerowym nośniku informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne”. Z uwagi na treść art. 115 § 9 k.k., z którego wynika, że między innymi środek płatniczy oraz dokument

<sup>18</sup> S. Dmowski, S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 174.

<sup>19</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 31.

<sup>20</sup> Zob. G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. II, Warszawa 2002, s. 39 i n.



uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej jest *ex lege* rzeczą ruchomą, przykładowo kradzież czeku, będzie stanowić czyn z art. 278 k.k.<sup>21</sup>.

Definicja dokumentu sformułowana w art. 115 § 14 k.k. pozwala uznać, że wspomniana wcześniej karta *SIM*, która umożliwia korzystanie z usług telekomunikacyjnych, jest dokumentem w rozumieniu prawa karnego. Zgodnie bowiem z definicją podawaną przez operatorów telekomunikacyjnych świadczących usługi telekomunikacyjne karta *SIM* oznacza kartę mikroprocesorową umożliwiającą dostęp do sieci telekomunikacyjnej operatora, wydawaną przez tego operatora, będącą jego własnością do chwili zaprzestania świadczenia usług telekomunikacyjnych. Niewątpliwie jest to bowiem przedmiot, na którym są zapisane elektronicznie określone dane, z którym jest związane określone prawo. Prawo to polega na dostępie do usług świadczonych w sieci telekomunikacyjnej danego operatora. W literaturze podaje się jako przykład dokumentu m.in. żeton uprawniający do spożycia obiadu<sup>22</sup>.

5. Wcześniej zostały przedstawione problemy prawne związane z zakwalifikowaniem zachowania sprawcy, polegającego na korzystaniu z usług telekomunikacyjnych na cudzy rachunek z wykorzystaniem skradzionego telefonu mobilnego. Należy rozważyć, czy w takiej sytuacji nie będzie miał zastosowania przepis art. 285 k.k. Opisane w tym artykule przestępstwo nazywane jest przestępstwem nadużycia telefonu i polega ono na „uruchomieniu na cudzy rachunek impulsów telefonicznych” poprzez włączenie się do urządzenia telekomunikacyjnego. Przestępstwo to zostało wprowadzone do polskiego systemu prawa karnego dopiero w kodeksie karnym z 1997 r. Pojawienie się w kodeksie karnym tego przestępstwa było związane z coraz powszechniejszym zjawiskiem „podłączania się” do cudzego telefonu stacjonarnego i korzystania z usług telefonicznych za pomocą tego aparatu na szkodę właściciela lub posiadacza stacjonarnego aparatu telefonicznego. *Ratio legis* karalności zachowania opisanego w tym przepisie polega więc na ochronie praw majątkowych właściciela (dysponenta) urządzenia telefonicznego przed szkodą majątkową w postaci konieczności zapłaty opłaty za uruchomione bezprawnie impulsy telefoniczne<sup>23</sup>.

Przestępstwo opisane w art. 285 k.k. jest przestępstwem powszechnym. Podmiotem tego przestępstwa może być nie tylko osoba nieposiadająca legalnego dostępu do urządzenia telekomunikacyjnego, czyli niebędąca dysponentem prawa związanego z abonamentem telefonicznym, ale i osoba posiadająca abonament telefoniczny, ale uruchamiająca swoje urządzenie telekomunikacyjne na cudzy ra-

<sup>21</sup> Wyrok SA w Białymstoku z 23 października 2001 r., II AKa 213/01, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2002, nr 7, poz. 54; „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 5, poz. 113.

<sup>22</sup> Zob. A. Zoll (w.): K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, s. 639 i n.

<sup>23</sup> Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 581; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 311.

chunek, a więc poprzez podłączenie go do linii telekomunikacyjnej przysługującej innej osobie. Zachowanie sprawcy tego przestępstwa polega na włączeniu się do urządzenia telekomunikacyjnego i uruchomieniu na cudzy rachunek impulsów telefonicznych. Wyróżnia się w działaniu sprawcy dwa etapy: pierwszy polega na włączeniu się do urządzenia telekomunikacyjnego, drugi na uruchomieniu impulsów telefonicznych na cudzy rachunek<sup>24</sup>. L. Gardocki wyjaśnia, że przestępstwa z tego artykułu dopuści się przykładowo osoba, która podłącza się do cudzego aparatu poprzez przewód telefoniczny na zewnątrz mieszkania, albo poprzez urządzenie centrali telefonicznej, do której ma dostęp<sup>25</sup>.

Rozpatrywane zachowanie sprawcy polegające na kradzieży telefonu mobilnego i korzystaniu za jego pomocą z usług telekomunikacyjnych na koszt właściciela lub posiadacza telefonu nie może być jednak uznane za zachowanie wyczerpujące znamiona przestępstwa opisanego w art. 285 k.k. Po pierwsze, w opisanym przypadku nikt nie „włącza się do urządzenia telekomunikacyjnego”. Włączanie w ujęciu słownikowym oznacza: „uruchamiać jakiś mechanizm, spowodować funkcjonowanie jakiegoś urządzenia przez połączenie go ze źródłem energii; połączyć coś z jakąś większą całością; spowodować, że ktoś weźmie udział w czymś, co się odbywa, co jest już zorganizowane; o urządzeniach mechanicznych lub elektrycznych: rozpocząć pracę, działanie, funkcjonowanie”<sup>26</sup>. W literaturze prawa karnego przyjmuje się, że włączenie się do urządzenia telekomunikacyjnego może przybierać postać podłączenia się do cudzego aparatu telefonicznego przez przewód telefoniczny na zewnątrz mieszkania, podłączenia się do linii telefonicznej przez urządzenie centrali telefonicznej, do której sprawca ma dostęp, uruchomienia urządzenia pozwalającego na uzyskanie dostępu do centrali telefonii cyfrowej lub inne podobne działania<sup>27</sup>. W analizowanym przypadku nie chodzi jednak o „włączenie się do urządzenia telekomunikacyjnego”, ale co najwyżej o jego „włączenie” w celu użytkowania. W wypadku przestępstwa z art. 285 k.k. niezbędnym elementem stwierdzenia jego popełnienia jest ustalenie, iż sprawca włączył się do pewnej „konstrukcji technicznej”, które to połączenie nie jest zwyczajowo dokonywane, i nie jest realizowane zgodnie z jej technicznym przeznaczeniem, ale wykonywane jest tylko po to, aby osiągnąć pewną korzyść majątkową, za którą osoba już w chwili dokonania podłączenia nie zamierza zapłacić. Po drugie, uruchomienie na cudzy rachunek impulsów telefonicznych musi być konsekwencją włączenia się do cudzego urządzenia telekomunikacyjnego. Uruchomienie impulsów telefonicznych w inny sposób niż poprzez włączenie się do urządzenia telekomunikacyjnego, nie wypełnia znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 285 k.k. Z drugiej

<sup>24</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 140–142.

<sup>25</sup> L. Gardocki, *op. cit.*, s. 311.

<sup>26</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. V, Warszawa 2003, s. 145–145; M. Szymczak, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2002, s. 682.

<sup>27</sup> Por. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 581; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 141.

strony samo włączenie się do urządzenia telekomunikacyjnego nie wystarcza do realizacji znamion przestępstwa określonego w art. 285 k.k.

Przestępstwo określone w art. 285 § 1 k.k. jest przestępstwem materialnym, gdyż do jego dokonania niezbędne jest uruchomienie na cudzy rachunek impulsów telefonicznych<sup>28</sup>. Słusznie przyjmuje się, że znamię skutku zostanie zrealizowane wtedy, gdy „sprawca uruchomi na cudzy rachunek impulsy telefoniczne, co przejawiać się musi w zaliczeniu na poczet firmy telekomunikacyjnej lub abonenta, do którego konta sprawca uzyskał dostęp, włączając się do urządzenia telekomunikacyjnego, co najmniej jednego impulsu dokumentującego fakt wykorzystania połączenia telekomunikacyjnego”<sup>29</sup>.

6. Przestępstwo z art. 285 § 1 k.k. może być popełnione wyłącznie z winy umyślnej. Włączenie się do urządzenia telekomunikacyjnego i uruchomienie na cudzy rachunek impulsów telefonicznych wymaga istnienia u sprawcy zamiaru bezpośredniego. Szkoda wywołana zachowaniem sprawcy, w postaci uruchomienia impulsów telefonicznych na cudzy rachunek, może być natomiast objęta zamiarem ewentualnym.

7. W dalszym więc ciągu pozostaje nierozstrzygnięty problem właściwej kwalifikacji prawnej opisywanego zachowania, tj. skorzystania za pomocą skradzionego telefonu na cudzy rachunek z usług telekomunikacyjnych. Nie można bowiem uznać, że zakwalifikowanie tego zachowania jako przestępstwa kradzieży pochłania inne negatywne zachowania sprawcy. Szkoda wyrządzona przez sprawcę, będąca następstwem skorzystania z usług telekomunikacyjnych, może wielokrotnie przewyższać wartość zakupionego telefonu. Nie można więc uznać, że zakwalifikowanie tego rodzaju zachowania jako przestępstwa kradzieży wyczerpuje całość zaistniałego bezprawia.

Należy więc rozważyć, czy mogą być zastosowane jeszcze inne przepisy kodeksu karnego lub kodeksu wykroczeń, które pozwoliłyby prawidłowo zakwalifikować to zachowanie. L. Gardocki wyróżnia sytuację, gdy ktoś wbrew woli abonenta korzysta z jego telefonu (art. 127 § 1 k.w.), stwierdzając słusznie, że nie można uznać takiego zachowania za wypełnienie znamion przestępstwa określonego w art. 285 k.k.<sup>30</sup>. Sytuacja ta jest jednak odmienna od analizowanej, tzn. w tym przypadku nie mamy do czynienia z zaborem w celu przywłaszczenia aparatu telefonicznego oraz korzystania z niego na cudzy rachunek. Nie można także uznać takiego zachowania za wykroczenie określone w art. 121 § 2 k.w., czyli za tzw. „szalbierstwo”. W opisywanym przypadku nie można bowiem stwierdzić wyludzenia bez zamiaru

<sup>28</sup> Zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 581; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 142. Prezentowane są także poglądy, że jest to przestępstwo formalne, zob. O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002/2003, s. 1180.

<sup>29</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 142–143.

<sup>30</sup> L. Gardocki, *op. cit.*, s. 311.

uiszczenia należności wymienionych tam świadczeń, gdyż chodzi tu o zupełnie inny rodzaj świadczenia o znacznie większej wartości, a przede wszystkim wyłączenie tego świadczenia jest ściśle związane i uwarunkowane wcześniejszym zaborem w celu przywłaszczenia urządzenia, które umożliwi korzystanie z tych usług, tj. telefonu komórkowego<sup>31</sup>.

8. Wydaje się, że w zakresie penalizowania zachowania polegającego na korzystaniu na cudzy rachunek z usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem skradzionego telefonu komórkowego istnieje luka prawna. Prezydencki projekt ustawy z 20 grudnia 2001 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw<sup>32</sup> usuwa tę lukę. W art. 1 nadaje przepisowi art. 285 § 1 nowe brzmienie: „§ 1. Kto samowolnie uruchamia na cudzy rachunek telefoniczne jednostki taryfikacyjne, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

W uzasadnieniu projektu ustawy wyjaśniono, że dotychczasowe ujęcie przestępstwa „nadużycia telefonu” (art. 285 k.k.) jest „słusznie kwestionowane co do zakresu penalizowanego zachowania. Ze znamion określających czynność sprawczą Projekt usuwa pierwszy jej etap – włączenie się do urządzenia telekomunikacyjnego. Poszerzeniu ulegnie pole penalizacji objęte tym przepisem na inne zachowania, polegające na skorzystaniu z usług telefonicznych na cudzy koszt”<sup>33</sup>.

Zgodnie z obowiązującym przepisem art. 285 k.k. przyjmuje się, że uruchomienie impulsów na cudzy rachunek oznacza wykorzystanie istniejącej sieci połączeń telekomunikacyjnych zgodnie z jej przeznaczeniem z jednoczesnym zaliczeniem opłaty za tę usługę na konto abonenta lub firmy telekomunikacyjnej, do którego konta telekomunikacyjnego sprawca uzyskał dostęp, włączając się do urządzenia telekomunikacyjnego<sup>34</sup>. Zmiana art. 285 k.k. zaproponowana w prezydenckim projekcie zmiany kodeksu karnego polega więc na poszerzeniu zakresu penalizacji i objęcia nim zachowań polegających po prostu na korzystaniu z usług telekomunikacyjnych na cudzy rachunek. Następuje więc oderwanie skutku w postaci skorzystania z usług telekomunikacyjnych na cudzy rachunek od sposobu w jaki zostanie to osiągnięte. Nie ma przy tym znaczenia, czy będzie to następstwem włączenia się do skomplikowanego systemu urządzeń lub systemów informatycznych. Istotne jest natomiast i wystarczające, że ktoś skorzysta z usług telekomunikacyjnych bez zamiaru poniesienia opłaty.

Projekt zmiany art. 285 k.k. posługuje się określeniem „jednostek taryfikacyjnych”. Wydaje się, że określenie to jest prawidłowe. Należy bowiem pamiętać, że z

<sup>31</sup> Zob. także A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 581, teza 2 do art. 285.

<sup>32</sup> Tekst projektu jest dostępny na stronach internetowych Sejmu (<http://www.sejm.gov.pl>) i Senatu (<http://www.senat.gov.pl>).

<sup>33</sup> Tekst uzasadnienia jest dostępny na stronach internetowych Sejmu (<http://www.sejm.gov.pl>) i Senatu (<http://www.senat.gov.pl>).

<sup>34</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 141–142.

uwagi na bardzo dynamiczny rozwój nowoczesnych technologii telefon komórkowy w coraz mniejszym stopniu będzie służył do przesyłania „głosu”, a w coraz większym stopniu do przesyłania różnego rodzaju „danych”, np. wiadomości tekstowych, obrazów czy animacji. Stąd też istotne jest jak najszersze określenie tego, czego może dotyczyć zachowanie sprzeczne z prawem. W technice przyjmuje się, że należy mierzyć raczej wielkość przesyłanych danych niż czas połączenia. W związku z tym określenie jednostek taryfikacyjnych wydaje się spełniać te wymagania. Pojęcie to obejmuje bowiem nie tylko obliczanie jednostek przesyłu głosu, np. minut, które kosztują określoną wartość, ale także przesyłu obrazu, gdzie czas nie odgrywa znaczącej roli, ale bierze się pod uwagę wielkość przesyłu danych, za które należy zapłacić.

Przyjęcie zaproponowanych w projekcie prezydenckim zmian art. 285 k.k. będzie oznaczać, że w przypadku kradzieży telefonu oraz skorzystania z usług telekomunikacyjnych na cudzy rachunek będzie występował realny zbieg przepisów art. 278 § 1 k.k. oraz art. 285 § 1 k.k. Sprawca w takiej sytuacji dokona bowiem zaboru w celu przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej w postaci aparatu komórkowego, a następnie samowolnie uruchomi na cudzy rachunek telefoniczne jednostki taryfikacyjne. W praktyce będzie to najczęściej występujący przypadek. Kradzież telefonu komórkowego występuje przeważnie po to, aby skorzystać bez ponoszenia opłat z usług telekomunikacyjnych. Zdarza się także w praktyce, że telefony komórkowe są kradzione tylko w celu dalszego zbycia. W takiej sytuacji będzie miał zastosowanie tylko art. 278 § 1 k.k.