

Kradzież karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego (art. 278 § 5 k.k.) jako przykład kryminalizacji na przedpolu czynu zabronionego

TOMASZ TYBURCY

Instytut Prawa Karnego
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Zgodnie z art. 278 § 5 k.k., przepisy § 1, 3 i 4 stosuje się odpowiednio do kradzieży energii lub karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Drugą odmianą przestępstwa z art. 278 § 5 k.k. jest kradzież karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Karty, ze względu na funkcje płatnicze, dzieli się na: bankomatowe, bankomatowo-płatnicze, płatnicze. Natomiast ze względu na sposób rozliczenia można wyróżnić karty: debetowe, *chargé* i kredytowe¹. Definicję karty płatniczej stanowi przepis art. 15a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych. Zgodnie z tym przepisem jest nią karta uprawniająca do wypłaty gotówki lub umożliwiająca złożenie zlecenia płatniczego za pośrednictwem akceptanta lub agenta rozliczeniowego, akceptowana przez akceptanta w celu otrzymania przez niego należnych

¹ Materiały z sympozjum „Zasady funkcjonowania kart płatniczych oraz przestępstwa popełniane przy ich użyciu”, Rada Wydawców Kart Bankowych i Związek Banków Polskich, Warszawa 14 czerwca 2000 r.

mu środków. Można więc wyróżnić kartę płatniczą *sensu stricto*, której jedyną funkcją jest możliwość dokonywania zapłaty za towar lub usługę. Natomiast karta płatnicza w znaczeniu *sensu largo* uprawnia do płacenia oraz do wypłaty gotówki z automatu bankowego. Analogiczny podział można przyjąć dla karty bankomatowej, tj. kartą bankomatową *sensu stricto* jest karta uprawniająca wyłącznie do poboru gotówki z bankomatu. Natomiast kartą bankomatową *sensu largo* jest karta płatnicza *sensu largo*, czyli uprawniająca do zapłaty za towar lub usługę oraz do podjęcia gotówki z automatu bankowego.

W doktrynie prawa karnego niemal powszechnie przyjmuje się, że art. 278 § 5 k.k. typizuje kradzież karty uprawniającej wyłącznie do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego (karty bankomatowej *sensu stricto*), gdyż karta bankomatowo-płatnicza jest „innym środkiem płatniczym” w rozumieniu art. 115 § 9 k.k., a więc jest rzeczą ruchomą stanowiącą przedmiot wykonawczy czynu z art. 278 § 1 k.k.² Odosobnione stanowisko zajmuje natomiast A. Adamski, którego zdaniem kradzież karty bez funkcji bankomatowej nie została poddana kryminalizacji³.

Inni autorzy trafnie wskazują, że karty bankomatowe nie służą do dokonywania płatności w punktach handlowych, a więc nie są „innym środkiem płatniczym” w rozumieniu art. 115 § 9 k.k. i dlatego nie stanowią rzeczy ruchomej⁴.

Kradzież karty płatniczej oraz bankomatowo-płatniczej należy kwalifikować z odpowiedniego przepisu k.k. lub k.w. penalizującego kradzież rzeczy ruchomej, gdyż stanowią one „środek płatniczy” w rozumieniu art. 115 § 9 k.k. Trafnie podkreśla się w literaturze, że pod pojęciem innego niż pieniądź obiegowy środka płatniczego należy rozumieć takie przedmioty, które podobnie do pieniądza mają nieograniczoną zdolność zapłaty za towar i usługi. Zdolność ta powinna być powszechnie akcep-

² L. Wilk [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 2, Warszawa 2013, s. 524–525; J. Skorupka, *Karta płatnicza jako przedmiot czynności wykonawczej przestępstwa z art. 310 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 7–8, s. 74.

³ A. Adamski, *Nadużycia związane z kartami płatniczymi i ich karalność*, [w:] *Przestępczość gospodarcza z perspektywy Polski i Unii europejskiej. Materiały konferencyjne*, Toruń 2003, s. 10.

⁴ T. Oczkowski, A. Marek, [w:] *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, t. 9, Warszawa 2011, s. 63–64.

towana. Środki płatnicze muszą w każdej sytuacji umożliwiać zapłatę za towar lub usługę. Środkami płatniczymi w rozumieniu art. 115 § 9 k.k. są tylko te, którymi w obrocie można posługiwać się zamiast pieniądza obiegowego⁵.

Karta kredytowa także stanowi środek płatniczy w rozumieniu prawnokarnym i dlatego jej kradzież należy kwalifikować z przepisu typizującego kradzież rzeczy ruchomej. Spełnia ona funkcję płatniczą, mimo że w przeciwieństwie do karty płatniczej nie jest połączona z rachunkiem bankowym posiadacza, lecz z rachunkiem kredytu udzielonego przez instytucję finansową.

W doktrynie podkreślono, że wartość karty kredytowej, płatniczej i bankomatowo-płatniczej wyznacza wartość salda na rachunku bankowym lub kredytowym⁶. Wskazuje się, że sprawca zabiera nośnik do całości pieniądza bankowego znajdującego się na rachunku posiadacza karty płatniczej lub do całości salda konta kredytowego. „Jeżeli sprawca kradnie materialny nośnik (kartę) do bezgotówkowego pieniądza bankowego, to tym samym kradnie środek płatniczy”⁷. Próg kontrawencjonalizacji kradzieży takich kart wyznaczony jest w oparciu o wysokość salda na rachunku bankowym lub kredytowym. Jest to niezależne od tego, czy i jaka kwota została potem faktycznie przywłaszczona. Karalność kradzieży takiej karty jest niezależna od tego, czy sprawca podjął dalsze czynności polegające na wypłacie gotówki z bankomatu lub płatności za towar (usługę)⁸.

Moim zdaniem na tym przykładzie widać ułomność dominującej w doktrynie teorii, że do przypisania zamiaru bezpośredniego konieczna jest świadomość konieczności (tzw. pełna świadomość) realizacji znamion statycznych. W przypadku kradzieży takim znamieniem jest wartość przedmiotu wykonawczego. Zgodnie z tą teorią zazwyczaj niemożliwe byłoby przypisanie realizacji znamion podmiotowych kradzieży,

⁵ J. Skorupka, *Pojęcie środków płatniczych w art. 310 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 11, s. 43 n.

⁶ J. Skorupka, *Kradzież oraz przywłaszczenie karty bankomatowej i karty płatniczej*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 558.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

gdyż sprawca nie był pewny wysokości salda na rachunku bankowym lub kredytowym posiadacza karty. Należy więc przyjąć mniejszościowe stanowisko, zgodnie z którym wystarczy świadomość możliwości realizacji znamion statycznych (tzw. świadomość niepełna)⁹. Problem pojawia się w przypadku, gdy saldo jest zerowe lub ujemne. Czy w takim wypadku należy przypisać odpowiedzialność wyłącznie za dokonanie wykroczenia z art. 126 § 1 k.w.¹⁰, czy też w idealnym zbiegu z usiłowaniem nieudolnym kradzieży rzeczy ruchomej przedstawiającej wartość majątkową. Wybór tego ostatniego rozwiązania rodzi kolejny problem. Czy ma to być karalne usiłowanie nieudolne przestępstwa z art. 278 § 1 k.k., czy też niekaralne usiłowanie nieudolne wykroczenia z art. 119 § 1 k.w. Jasne jest, że należy to ustalać w oparciu o zamiar sprawcy, ale nie łudźmy się, że sprawca powie prawdę, a w oparciu o inne okoliczności przedmiotowe z reguły takich ustaleń nie będzie można poczynić. Dlatego też, zgodnie z art. 5 § 2 k.p.k., odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne przestępstwa nie będzie można przypisać. Czyn taki nie jest więc karalny, ponieważ w prawie wykroczeń stanowi on niekaralne stadium wykroczenia.

W mojej opinii, w przypadku kradzieży karty kredytowej, płatniczej, bankomatowo-płatniczej (art. 278 § 1 k.k. lub art. 119 § 1 k.w.) oraz kradzieży karty bankomatowej (art. 278 § 5 k.k.) status pokrzywdzonego należy przyznać instytucji finansowej (bankowi) oraz posiadaczowi karty. W praktyce umowy zawierane między bankiem a jego klientem nigdy nie przenoszą własności karty. Instytucja finansowa jest więc pokrzywdzona z tytułu naruszenia prawa własności karty (ze względu na koszt wytworzenia karty będzie to wykroczenie), a klient z tytułu naruszenia władztwa nad kartą.

Kodeks karny z 1997 r. przedmiot wykonawczy kradzieży określił jako „rzecz”, rezygnując z pojęcia „mienie”, które występowało w poprzednim k.k. Skutkiem tej zmiany ustawodawczej jest stosowanie cywilistycznej

⁹ Wyjątkiem jest znamień „cudza”, która powinno być objęte świadomością pełną. Działać w celu przywłaszczenia można bowiem wyłącznie w stosunku do rzeczy cudzej.

¹⁰ Wydaje się, że wartość niemajątkową rzeczy ruchomej należy rozumieć szeroko jako dowolną korzyść z jej posiadania (np. tablic rejestracyjnych). Błędem jest zawężanie tego znamienia wyłącznie do rzeczy ruchomej, która dla posiadacza ma szczególną wartość osobistą (np. pamiątkową). Taka wykładnia nie ma oparcia w tekście ustawy. Nie wynika z wykładni systemowej oraz nie jest uzasadniona względami funkcjonalnymi.

definicji rzeczy. Podkreśla się w doktrynie, że cywilistyczne pojęcie rzeczy nie obejmuje swoim zakresem znaczeniowym np. pieniędzy. Dlatego też ustawodawca w art. 115 § 9 k.k. rozszerzył pojęcie rzeczy na polski lub obcy pieniądź oraz inny środek płatniczy i dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce¹¹. Karta uprawniająca wyłącznie do podjęcia pieniędzy z bankomatu nie spełnia tej definicji, gdyż nie stanowi środka płatniczego. Nie jest ona także „dokumentem uprawniającym do otrzymania sumy pieniężnej”, gdyż, jak trafnie wskazuje J. Skorupka, „powiązanie — w art. 115 § 9 k.k. — uprawnienia z wymienionymi w tym przepisie dokumentami przekonuje, że chodzi o tak ściśle zespolenie »dokumentu« i »prawa«, że prawo utożsamiane jest z samym dokumentem, a posiadanie dokumentu daje uprawnienie do wykonywania ucieleśnionego w nim prawa majątkowego”¹². W przepisie art. 115 § 9 k.k. chodzi więc o papiery wartościowe w rozumieniu przepisów art. 921⁶–921¹⁶ k.c. Karta płatnicza (*sensu largo* oraz *sensu stricto*) oraz karta bankomatowa *sensu largo* (bankomatowo-płatnicza) nie spełnia wymogów określonych w tych przepisach¹³, lecz stanowi ona „środek płatniczy” w rozumieniu art. 115 § 9 k.k., a więc jest rzeczą w rozumieniu prawnokarnym i jej kradzież należy kwalifikować z art. 278 § 1 k.k., art. 119 § 1 lub 126 § 1 k.w. Karta bankomatowa *sensu stricto* (uprawniająca wyłącznie do podjęcia gotówki z bankomatu) także nie jest papierem wartościowym, gdyż nie spełnia wymogów określonych w art. 921⁶–921¹⁶ k.c. Nie stanowi ona także środka płatniczego w rozumieniu art. 115 § 9 k.k. i dlatego nie jest rzeczą w rozumieniu prawnokarnym. Stanowi ona jednak dokument w rozumieniu art. 115 § 14 k.k., gdyż związane jest z nią prawo do podjęcia pieniędzy z bankomatu.

¹¹ Wyjątkiem jest znamię „cudza”, która powinno być objęte świadomością pełną. Działać w celu przywłaszczenia można bowiem wyłącznie w stosunku do rzeczy cudzej.

¹² J. Skorupka, *Kradzież oraz przywłaszczenie...*, s. 553.

¹³ Posiadacz karty nie oddaje jej jako ekwiwalent za świadczenie (art. 921⁶ k.c.), lecz jedynie udostępnia na czas płatności. Karty te nie ucieleśniają w sobie żadnego zobowiązania do spełnienia świadczenia, z którego wynika roszczenie majątkowe, a więc nie spełniają wymogów przewidzianych dla papierów wartościowych (art. 921⁶ k.c.). Istnienie zasady *numerus clausus* papierów wartościowych (zob. M. Michalski, *Zasada numerus clausus papierów wartościowych*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 11–12, s. 55) wyklucza także uznanie takich kart za papiery wartościowe.

Wydaje się, że między przepisami art. 275 § 1 a 278 § 5 k.k. zachodzi zbieg pozorny¹⁴. Ten ostatni ma charakter specjalny wobec art. 275 § 1 k.k. Trafnie wskazuje J. Skorupka, że przywłaszczenie karty bankomatowej należy kwalifikować z art. 275 § 1 k.k., gdyż nie jest ona rzeczą ruchomą w rozumieniu przepisu art. 284 k.k.¹⁵

Inni autorzy wskazują, że omawiany przedmiot czynności wykonawczej mieści się w zakresie ustawowej definicji rzeczy ruchomej (art. 115 § 9 k.k.) i dopiero na gruncie wykładni systematycznej oraz przy zastosowaniu reguły interpretacyjnej zakazującej uznawania terminów ustawy za zbędne należy przyjąć, że nie jest on rzeczą ruchomą w rozumieniu prawa karnego¹⁶. Wskazuje się w literaturze, że art. 278 § 5 k.k. może budzić pewne wątpliwości. Nie istnieją zasadnicze przeszkody, aby w przypadku braku stypizowania kradzieży karty bankomatowej stanowiła ona rzecz ruchomą w rozumieniu art. 115 § 9 k.k.¹⁷ Także SN w jednym z wyroków uznał kartę bankomatową za spełniającą desygnaty art. 115 § 9 k.k. Jego zdaniem

karta uprawniająca m.in.¹⁸ 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 jednak nadal dokumentem, z którym związane są określone prawa majątkowe. Nie może być ponadto skutecznie kwestionowany fakt, że jest dokumentem uprawniającym do otrzymania sumy pieniężnej. Karta taka mieści się więc zarówno w szerszym zbiorze dokumentów z art. 115 § 14 k.k., jak i odpowiada pojęciu dokumentu szczególnego, usytuowanego z innymi, określanymi jako

¹⁴ Przepis art. 275 § 1 k.k. kryminalizuje kradzież wszystkich dokumentów stwierdzających prawa majątkowe innej osoby, podczas gdy przedmiotem wykonawczym typu z art. 278 § 5 k.k. jest tylko jeden rodzaj takich dokumentów.

¹⁵ J. Skorupka, *Kradzież oraz przywłaszczenie...*, s. 555.

¹⁶ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, Kraków 2006, t. III, s. 76. Natomiast B. Mik uważa, że art. 278 § 5 k.k. nie jest powodem wyłączenia karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego z regulacji art. 115 § 9 k.k. (rzeczy ruchomej). Zob. B. Mik, *Karnoprawna ochrona dokumentów (zagadnienia wybrane)*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4, s. 58.

¹⁷ B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, Warszawa 1999, s. 79; M. Rzewuski, *Wokół kradzieży karty bankomatowej*, „Prokurator” 2006, nr 2, s. 117 n.

¹⁸ Użycie zwrotu „m.in.” jest niefortunne. Sugeruje ono, w mojej opinii, że SN uznaje za przedmiot wykonawczy art. 278 § 5 k.k. także kartę bankomatowo-płatniczą. W orzecznictwie w zasadzie powszechnie jej kradzieży nie kwalifikuje się z tego przepisu.

„rzecz ruchoma” w przepisie art. 115 § 9 k.k. Utworzenie odrębnego typu przestępstwa kradzieży karty, i tym samym wyłączenie możliwości zakwalifikowania takiego czynu jako wykroczenia, miało na celu objęcie tego przedmiotu zwiększoną ochroną prawną. Jej przywłaszczenie można kwalifikować z art. 275 § 1 k.k.¹⁹

Przeciwnie stanowisko w tej kwestii zajmuje J. Majewski²⁰. Jego zdaniem „ilekroć ustalimy, że określony obiekt materialny ma wszystkie cechy konstytutywne środka płatniczego lub któregoś z dokumentów wskazanych w art. 115 § 9, tylekroć jesteśmy obowiązani uważać go za rzecz ruchomą lub przedmiot w rozumieniu przepisów kodeksu, które się tymi pojęciami posługują”. Za przykład niedochowania wymaganej w tym zakresie konsekwencji interpretacyjnej powołany autor wskazuje uchwałę SN z dnia 21 października 2003 r. Zauważa on, że stwierdzono w niej, iż karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego odpowiada pojęciu dokumentu szczególnego, usytuowanego z innymi, określanymi jako „rzecz ruchoma”, w przepisie art. 115 § 9 k.k., a następnie przyjęto, że ten rodzaj karty nie jest „rzeczą ruchomą” w rozumieniu art. 284 § 1 k.k. J. Majewski wskazuje na błąd logiczny w zaprezentowanych wywodach SN. Jego zdaniem, jeżeli pierwsze z wymienionych twierdzeń jest trafne, to nie może być trafne drugie i odwrotnie.

Ustaliwszy raz, że karta, o której mowa, należy do kategorii dokumentów wskazanych w art. 115 § 9 [...], należy następnie konsekwentnie trzymać się tego ustalenia i przyjmować, że np. przywłaszczenie takiej karty realizuje znamiona określone w art. 284 § 1 (jest całkowicie odrębną sprawą, czy — wobec zbiegu z art. 275 § 1 — wymieniony przepis znajdzie ostatecznie zastosowanie).

Zwraca się także uwagę na to, że obecne unormowanie zapewnia szczególną ochronę tylko jednej z odmian kart funkcjonujących w obrocie gospodarczym, która w porównaniu z innymi ma stosunkowo najmniej możliwości stosowania²¹.

Dziwić musi, że ustawodawca wyodrębnia przestępstwo kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, ponieważ podjęcie z niego gotówki przez sprawcę jest znacznie utrudnione

¹⁹ Uchwała z dnia 21 października 2003 r. Tak też T. Oczkowski, A. Marek [w:] *System prawa karnego. Przestępstwa...*, s. 66.

²⁰ J. Majewski [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, red. Z. Zoll, t. I, Warszawa 2007, s. 1199–1200.

²¹ *Ibidem*, s. 79.

ze względu na nieznajomość numeru PIN. Wydaje się, że znacznie większe realne niebezpieczeństwo dla pieniędzy pokrzywdzonego powoduje kradzież karty płatniczej i bankomatowo-płatniczej. Część takich kart umożliwia bowiem płatności sklepowe do określonej kwoty (zazwyczaj do 50 zł) bez podania numeru PIN. Bez podania tego kodu możliwe są także płatności internetowe lub za bilety lotnicze. Czyn taki poddany jednak został kontrawencjonalizacji. Różnicowanie odpowiedzialności za kradzież w zależności od rodzaju karty jest więc błędne aksjologicznie. Nie uzasadniają go także względy techniczno-prawne lub dowodowe, jak jest w przypadku „kradzieży” energii elektrycznej.

Jeżeli konstruuje się oddzielny typ takiej kradzieży, to jej przedmiot wykonawczy nie powinien być związany z możliwością podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, lecz ogólnie z możliwością rozporządzenia środkami pieniężnymi przez posiadacza tej karty, ponieważ to kryterium istotnie zwiększa społeczną szkodliwość omawianej kradzieży. Uzasadnia to wyłączenie przepołowienia takiej kradzieży. Moim zdaniem aksjologicznie takiej samej karze powinna podlegać osoba, która zapoznała się z informacjami umożliwiającymi dostęp do konta w celu kradzieży pieniędzy. Chodzi o informacje widniejące na karcie, które wystarczają do dokonania płatności internetowej lub telefonicznej. Oczywiście względy dowodowe mogą przemawiać przeciwko kryminalizacji takiego czynu.

W doktrynie w zasadzie powszechnie przyjmuje się, że kradzież stylizowana w art. 278 § 5 k.k. nie została poddana kontrawencjonalizacji²². Klauzula odpowiedniego stosowania przepisów art. 278 § 1, 3 i 4 do kradzieży karty bankomatowej nie daje podstaw do kwalifikowania takiej

²² Zob. J. Skorupka, *Kradzież oraz przywłaszczenie...*, s. 544; B. Michalski, *op. cit.*, s. 81; M. Gałązka [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 1176 i powołane tam orzecznictwo. Odosobnione stanowisko zajmuje O. Górniok, której zdaniem przepołowione zostało przestępstwo kradzieży karty bankomatowej. Wskazuje ona, że przepisy wprowadzające kontrawencjonalizację odnosiły się tylko do istniejących w tamtym czasie typów kradzieży. Dlatego też jej zdaniem ustawodawca nie mógł ich wyłączyć z kradzieży karty bankomatowej z przepołowienia, jak to uczynił w stosunku do innych przestępstw (np. kradzieży z włamaniem czy szczególnie zuchwałe). Zob. O. Górniok [w:] O. Górniok, O.G. Hoc, S. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, Gdańsk 2005, s. 364. Taka wykładnia nie wydaje się jednak trafna. Moim zdaniem wykładnię historyczną można stosować wyłącznie wtedy, jeżeli językowa i systemowa budzi wątpliwości.

kradzieży na podstawie art. 119 § 1 k.w., jeżeli jej wartość nie przekracza 1/4 minimalnego wynagrodzenia. Przedmiotem wykonawczym tego przepisu jest „cudza rzecz ruchoma”, a w rozumieniu prawnokarnym (art. 115 § 9 k.k.) nie jest nią karta uprawniająca wyłącznie do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Przepis art. 278 § 5 k.k. nie ma odpowiednika w k.w. W związku z tym omawiany rodzaj karty nie może być przedmiotem wykonawczym przestępstwa przywłaszczenia, które dotyczy „rzeczy ruchomej” (art. 284 k.k.), tak samo jak tzw. wymuszenia okupu za zwrot bezprawnie zabranej rzeczy (art. 286 § 2 k.k.)²³. Karta bankomatowa nie może być przedmiotem wykonawczym przestępstw, których przedmiot czynności wykonawczej określony jest jako rzecz ruchoma (art. 278 § 1, art. 284 § 1, 2 k.k.), rzecz (np. art. 284 § 3, art. 286 § 2, art. 281, art. 288 § 1 i 2, art. 291 § 1 i 2, art. 292 § 1 i 2 k.k.).

Moim zdaniem należy stypizować także kierunkowy typ czynu zabronionego polegający na kradzieży „elektronicznego instrumentu płatniczego”. Znikną w ten sposób problemy z ustaleniem, czy karta kredytowa albo debetowa jest „kartą uprawniającą do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego”. Zgodnie z art. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych²⁴ jest nim każdy instrument płatniczy, w tym z dostępem do środków pieniężnych na odległość, umożliwiający posiadaczowi dokonywanie operacji przy użyciu informatycznych nośników danych lub elektroniczną identyfikację posiadacza niezbędną do dokonania operacji, w szczególności kartę płatniczą lub instrument pieniądza elektronicznego.

De lege ferenda postuluję typizację kierunkowego typu czynu zabronionego polegającego na kradzieży „elektronicznego instrumentu płatniczego”. W ten sposób na zasadzie specjalności „wyjmie się” karty płatnicze, kredytowe, bankomatowo-płatnicze i inne elektroniczne instru-

²³ Tej samej karze co za oszustwo (art. 286 § 1 k.k.) podlega osoba, która żąda korzyści majątkowej w zamian za zwrot bezprawnie zabranej rzeczy. Jeżeli przyjąć, że karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego nie jest „rzeczą ruchomą”, to nie jest ona także „rzeczą” w rozumieniu art. 286 § 2 k.k. Jeżeli natomiast uznamy, że art. 278 § 5 k.k. nie pozbawia karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego statusu rzeczy ruchomej, to ten rodzaj karty może być przedmiotem wykonawczym tzw. oszustwa pokradzieżowego (art. 286 § 2 k.k.).

²⁴ Dz.U. z 2002 r. Nr 169, poz. 1385 z późn. zm.

menty płatnicze ze zbioru desygnatów pojęcia „inny środek płatniczy” (art. 115 § 9 k.k.) i wyłączy przepołowienie ich kradzieży. Taki typ czynu zabronionego nie będzie miał wtedy odpowiednika w k.w. Kontrawencjonalizacja kradzieży nie ma uzasadnienia aksjologicznego i powinna być zlikwidowana w całości. Jeżeli jednak ma pozostać, to powinno się wyłączyć przepołowienie kradzieży cechującej się wyższym stopniem bezprawia niż kradzież produktów ze sklepów.

Zastąpienie omawianego rodzaju kart terminem „elektroniczny instrument płatniczy” w art. 278 § 5 k.k. zaproponował SN w uchwale z dnia 21 października 2003 r.²⁵ Zasadna jest sugestia M. Rzewuskiego, że tak znowelizowany art. 278 § 5 k.k. powinien być typem kwalifikowanym kradzieży z surowszą karą, a potrzeba ta wynika ze wzmożonej ochrony prawnej uwarunkowanej wagą i rolą, jaką instrumenty te odgrywają w systemie płatniczym i gospodarce²⁶.

Podkreśla się w piśmiennictwie, że rozumienie urządzeń umożliwiających dostęp do środków pieniężnych na rachunku bankowym jest w prawie karnym USA bardzo szerokie. Przepisy te dzielą urządzenia na dwie grupy²⁷. Pierwsza z nich to urządzenia „fałszywe” (*counterfeit*), do których należą jakiegokolwiek urządzenia umożliwiające dostęp (podrobione, nieprawdziwe, przerobione, sfalszowane), a także jakiegokolwiek możliwe do zidentyfikowania części składowe urządzenia umożliwiającego dostęp do konta bankowego. Drugą grupę urządzeń stanowią przedmioty „nielegalne” (*unauthorized*). Zalicza się do nich jakiegokolwiek urządzenia zapewniające dostęp, które zostały zgubione, skradzione, straciły ważność, zostały odebrane lub uzyskane z zamiarem popełnienia oszustwa. Wydaje się, że powinny one zostać oddzielnie stypizowane. Ich kradzież nie powinna być poddana bitypizacji. Ich wartość nie oddaje stopnia realnego niebezpieczeństwa, które pojawia się w przypadku kradzieży. Zwłaszcza kradzież kluczy lub karty chipowej umożliwiającej otwarcie zamka nie powinna stanowić wykroczenia, a *de lege lata* niestety tak jest. Moim zdaniem występuje tu brak spójności aksjologicznej prawa penalnego.

²⁵ Uchwała z dnia 21 października 2003 r., I KZP 33/03, OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 96.

²⁶ M. Rzewuski, *op. cit.*, s. 121.

²⁷ K.J. Jakubski, *Przestępstwa związane z użyciem kart*, „Prawo Bankowe” 1998, nr 2, s. 89.

Kradzież „urządzenia dostępowego” wiąże się z jeszcze większym narażeniem na niebezpieczeństwo mienia pokrzywdzonego niż kradzież karty bankomatowej. Trudniejsze jest spowodowanie, że będzie ono dysfunkcjonalne (konieczna jest szybka wymiana zamków). Większa będzie także wartość zagrożonego mienia (na koncie występują limity wypłat).

Trafnie wskazuje K.J. Jakubski, że art. 278 § 5 k.k. nie chroni kart gwarantujących czeki (*cheque guarantee cards*), których celem jest gwarantowanie przez wystawcę karty płatności dokonywanych czekiem przez posiadacza takiej karty oraz kart identyfikacyjnych służących m.in. do pobierania pieniędzy z rachunku w kasie banku²⁸. Zdaniem A. Marka i T. Oczkowskiego kradzież takiej karty jest także poza zakresem kryminalizacji art. 278 § 1 k.k.²⁹

Ta odmiana kradzieży, w przeciwieństwie do kradzieży energii elektrycznej, następuje w ten sam sposób jak klasyczna kradzież z art. 278 § 1 k.k. (przeniesienie władztwa). Konieczne jest także wyzbycie z posiadania władającego w przeciwieństwie do czynu stypizowanego w 278 § 2 k.k.

Rację ma B. Michalski, twierdząc, że

o celowości typizacji takiego przestępstwa nie decydują więc raczej bezpośrednie skutki takiego czynu, lecz inne powody związane ze specyficznym charakterem takiego czynu i jego potencjalnymi konsekwencjami. Kradzież karty bankomatowej to — w pewnym uproszczeniu — specyficzna postać przygotowania do znacznie bardziej poważnego, innego przestępstwa, jakim jest bezprawne podjęcie przez sprawcę, przy użyciu takiej karty — pieniędzy z automatu bankowego³⁰.

Wydaje się, że należy doprecyzować, iż kwalifikowane z art. 278 § 5 k.k. mogą być także kradzieże kart, które nie stanowią przygotowania do kradzieży pieniędzy z konta. Chodzi o sytuacje, w których sprawca nie działa w celu kradzieży pieniędzy z konta.

SN podkreślił, że omawiany przepis ma „brzmienie nieco archaiczne, gdyż współcześnie banki nie emitują kart służących wyłącznie do podejmowania pieniędzy z bankomatu, ale karty łączące tę funkcję z innymi, przy czym głównie z funkcją płatniczą”³¹.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ T. Oczkowski, A. Marek [w:] *System prawa karnego. Przestępstwa...*, s. 64.

³⁰ B. Michalski, *op. cit.*, s. 80.

³¹ Uchwała z dnia 21 października 2003 r.

Zgodnie z orzeczeniem SA we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2011 r., tylko kradzież karty bankomatowej (a więc karty uprawniającej jedynie do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego) wypełnia znamiona występkę z art. 278 § 5 k.k. Natomiast kradzież karty uprawniającej do zapłaty za towar lub usługę czyli tzw. karty płatniczej w ścisłym tego słowa znaczeniu oraz karty uprawniającej do wypłaty gotówki lub zapłaty z wykorzystaniem kredytu bankowego, czyli tzw. karty kredytowej w zależności od wartości przedmiotu zaboru, może wypełniać znamiona kradzieży w typie podstawowym z art. 278 § 1 k.k. (gdy wartość przedmiotu zaboru przekracza 1/4 minimalnego wynagrodzenia) lub wykroczenia z art. 119 § 1 k.w. (jeżeli wartość przedmiotu zaboru nie przekracza 1/4 minimalnego wynagrodzenia). W wypadku kradzieży karty spełniającej funkcję płatniczą, wartość przedmiotu zaboru stanowi całość dostępnego na jej podstawie pieniądza bankowego znajdującego się w chwili zaboru na rachunku jej posiadacza³².

Kwalifikowanie kradzieży kart bankomatowo-płatniczych (np. VISA Electron) z art. 278 § 1 k.k. dominuje także w orzecznictwie³³. Sądy niższych instancji często kwalifikują taką kradzież z art. 278 § 5 k.k.

Przestępstwo z art. 278 § 5 k.k. w omawianej odmianie jest zawsze ścigane bez wniosku pokrzywdzonego. Jest to uwarunkowane tym, że jednym z pokrzywdzonych jest zawsze bank (wydawca karty), który z mocy prawa jest spółką prawa handlowego, co wyłącza stwierdzenie stosunku najbliższości. Nie jest uzasadnione ograniczenie przyznawania statusu pokrzywdzonemu bankowi wyłącznie do sytuacji kradzieży karty niedoręczonej jeszcze klientowi banku³⁴. Przepis art. 278 § 5 k.k. chroni posiadanie karty przez użytkownika oraz prawo własności banku lub innego wydawcy.

³² Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2011 r., II AKa 385/11, „Prokuratura i Prawo” — wkładka 2012, nr 9, poz. 13.

³³ Postanowienie SN z dnia 7 października 2003 r., V KK 39/03, OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 101; wyrok SA w Katowicach z dnia 26 października 2004 r., II AKa 295/04, „Prokuratura i Prawo” — wkładka 2005, nr 10, s. 21; wyrok SA w Warszawie z dnia 22 sierpnia 2007 r., VI ACa 380/07, OSA 2009, nr 10, poz. 32; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2011 r., II AKa 385/11, „Prokuratura i Prawo” — wkładka 2012, nr 9, poz. 13. Natomiast kwalifikację z art. 278 § 5 k.k. zastosował w tej ostatniej sprawie Sąd Okręgowy.

³⁴ Dlatego nietrafny wydaje się pogląd O. Górniok [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, *Kodeks karny...*, s. 389 oraz A. Sońnickiej, *Nowe odmiany przestępstwa kradzieży na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy...*, s. 572.

Jeżeli sprawca zabiera kartę (np. kradzież portfela), to może nie robić tego w celu przywłaszczenia. Karta ta, jako przedmiot czynności wykonawczej, nie powinna wtedy znajdować się w opisie czynu (kradzieży). Natomiast trudności z udowodnieniem strony podmiotowej w tym zakresie mogą w praktyce powodować arbitralność orzeczenia o wypełnieniu znamion kradzieży. Sprawca kradzieży z 278 § 5 k.k. musi działać w celu przywłaszczenia tej karty. Nie wystarczy świadomość, że kradnie portfel, w którym może być karta tego rodzaju i godzi się na taki zabór, który nie oznacza działania w celu przywłaszczenia. Nie ma kradzieży w zamiarze ewentualnym. Jeżeli udowodni się kierunkowość działania (np. sprawca taką kartę zatrzymał), to czyn taki należy kwalifikować następująco: art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. albo na podstawie art. 10 § 1 k.w. orzekać za wykroczenie z art. 119 § 1 k.w. oraz za przestępstwo z art. art. 278 § 5 k.k. Jeżeli natomiast sprawca kradzieży portfela wyrzuci kartę, to przypisanie mu jej kradzieży będzie, moim zdaniem, stanowiło naruszenie prawa materialnego ze względu na brak kierunkowości działania.

Společną szkodliwość kradzieży omawianego przedmiotu czynności wykonawczej znacznie zwiększa znajomość PIN, gdyż sprawca ma wtedy możliwość podjęcia gotówki z automatu bankowego, a nie tylko rozporządzenia środkami pieniężnymi w inny sposób (płatności internetowe i sklepowe). Materialną bezprawność występkę z art. 278 § 5 k.k. wyznacza nie tyle naruszenie dobra pokrzywdzonego (strata karty), ile narażenie indywidualnego dobra (środków pieniężnych na koncie) na niebezpieczeństwo.

Materialne bezprawie przestępstwa z 278 § 5 k.k. leży przede wszystkim w relatywnym ułatwieniu możliwości kradzieży pieniędzy z konta bankowego pokrzywdzonego. Przepis art. 278 § 5 k.k. w omawianej odmianie to przejaw tzw. kryminalizacji zastępczej (uproszczonej)³⁵. Stanowi on przykład tzw. kryminalizacji na przedpolu czynu zabronionego. Ustawodawca dostrzega zagrożenie indywidualnego dobra prawnego i kryminalizuje taką kradzież niezależnie od wartości skradzionej karty na wypadek, gdyby sprawca z przyczyn obiektywnych nie dokonał kra-

³⁵ Przykładem kryminalizacji zastępczej jest karalność posiadania nieznacznej ilości środków odurzających na własny użytek.

dzieży pieniędzy (zastrzeżenie karty) lub nawet nie usiłował tego zrobić (np. usłyszał jak pokrzywdzony zastrzega kartę telefonicznie) albo wystąpiłyby trudności z udowodnieniem dokonania lub usiłowania kradzieży pieniędzy (np. kradzież tę popełniłaby inna osoba).

W literaturze wskazuje się, że kradzież karty bankomatowej zasadniczo nie przynosi sprawcy żadnej korzyści, jeżeli nie zna on numeru PIN i stanowi ona specyficzną postać przygotowania do innego przestępstwa (kradzieży pieniędzy z bankomatu)³⁶. Wydaje się, że jeżeli sprawca nie zna numeru PIN, to trudno oceniać taką kradzież jako udolne przygotowanie do przestępstwa kradzieży gotówki z bankomatu. Trafnie podkreśla się natomiast, że w zasadzie jedynym skutkiem kradzieży karty bankomatowej jest pewnego rodzaju niedogodność dla pokrzywdzonego, gdyż do czasu wydania nowej nie może pobierać gotówki z bankomatu oraz musi podjąć czynności mające na celu jest zastrzeżenie. Podnosi się, że o celowości typizacji takiej kradzieży nie decydują bezpośrednie skutki tego czynu, lecz potencjalne jego konsekwencje, gdyż kradzież taka stanowi specyficzną formę przygotowania do kradzieży pieniędzy z bankomatu³⁷. Należy doprecyzować, że kradzież takiej karty stwarza realne niebezpieczeństwo dla pieniędzy pokrzywdzonego i może być oceniana jako niekaralne przygotowanie do ich kradzieży, tylko w sytuacji znajomości numeru PIN.

Spory doktrynalne budzi kwalifikacja kradzieży karty bankomatowej ze zrealizowanym następnie zamiarem kradzieży gotówki z bankomatu. Zdaniem jednych autorów zachodzi wtedy realny zbieg przepisów art. 278 § 1 i 5 k.k.³⁸ Natomiast O. Górniok wyklucza kumulatywną kwalifikację i proponuje przyjęcie czynu ciągłego, a gdy przesłanki art. 12 k.k. nie zostaną spełnione — realnego zbiegu przestępstw lub potraktowanie kradzieży karty jako współukaranego czynu uprzedniego³⁹.

³⁶ A. Sośnicka, *Nowe odmiany przestępstwa kradzieży na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy...*, s. 571.

³⁷ *Ibidem*; B. Michalski, *op. cit.*, s. 80.

³⁸ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 293; S. Sośnicka, *op. cit.*, s. 565.

³⁹ O. Górniok, *op. cit.*, s. 345–346.

Wydaje się, że w przypadku dokonania kradzieży karty oraz dokonania lub usiłowania kradzieży pieniędzy wcześniejszą kradzież karty należy uznać za współukarany czyn uprzedni.

Według A. Marka pobór pieniędzy na podstawie legalnie uzyskanej karty do bankomatu z własnego, lecz „pustego” konta wypełnia znamiona kradzieży stypizowanej w art. 278 § 1 k.k., ponieważ sprawca wie, że nie ma już na koncie żadnych pieniędzy, przekroczył limity przyznanego debetu, oraz że bezprawnie, wykorzystując technikę bankomatu, „zabiera” w celu przywłaszczenia określoną gotówkę na szkodę banku⁴⁰. Wydaje się, że taki przypadek w zasadzie nie może mieć miejsca w praktyce (pomijając błąd w systemie informatycznym). Jeżeli bankomat wypłaca pieniądze, to pobierający ma prawo sądzić, że bank godzi się na pożyczenie mu środków pieniężnych (debet). To na banku, jako na profesjonalście, ciąży obowiązek utworzenia blokady wypłat z bankomatu w momencie, kiedy określona osoba nie ma środków na koncie i wykorzystała limit debetu. Stosowanie takiego rodzaju blokad jest powszechne. Brak blokady jest oświadczeniem woli banku o oddaniu środków do dyspozycji klienta. Można uznać więc istnienie tzw. domniemania zgody na pobór środków, które wyłącza istotę czynu kradzieży. Klient nie ma żadnych podstaw, aby sprawdzać w takiej sytuacji, czy bank rzeczywiście chce mu pożyczyć pieniądze i ma prawo uznać wypłatę środków za oświadczenie woli banku. Zwykle nie do udowodnienia jest także strona podmiotowa, czyli brak zamiaru ich zwrotu od samego początku (cel przywłaszczenia). Jeżeli zamiar ten pojawiłby się później, to nadal zdekompletowana jest strona podmiotowa kradzieży.

W praktyce zdarzyła się sytuacja, w której bankomat wypłacał dwa razy więcej zadeklarowanych środków i nie obciążał tą wypłatą kont klientów. Wynikła ona z tego, że do pojemnika na banknoty 100-złotowe włożono banknoty 200-złotowe. Ludzie wiedząc o tym, specjalnie przyjeżdżali wypłacić środki. Aby przypisać kradzież, bank musi udowodnić, że konkretny człowiek świadomie pobrał pieniądze w podwójnej wysokości. Klient może natomiast odmówić odpowiedzi na pytanie, czy otrzymał kwotę dwa razy większą. Brak wtedy dowodu przywłaszczenia. Można także zeznać, że nie pamięta się, jaką kwotę wypłacił bankomat,

⁴⁰ A. Marek, *op. cit.*, s. 278.

gdyż gotówka nie została przeliczona i połączono ją z plikiem gotówki w portfelu o nieznannej wartości.

Kolejną istotną kwestią jest rozumienie terminu „uprawnniająca” (art. 278 § 5 k.k.). Należy odpowiedzieć na pytanie, czy chodzi o uprawnienie *in concreto* czy *in abstracto*. Pierwszy ze sposobów wykładni wykluczałaby uznanie za dokonaną kradzież określonej karty w przypadku ujemnego salda i braku możliwości zaciągnięcia debetu albo wykorzystania limitu kredytowego. Wydaje się, że pojęcie „uprawnniająca” należy rozumieć *in abstracto*. Trzeba jednak odróżnić „uprawnienie” wynikające z posiadania karty od okoliczności faktycznych, które uniemożliwiają pobranie gotówki z automatu bankowego (np. brak środków na rachunku bankowym).

Abstrakcyjne rozumienie omawianego terminu ograniczają względy gwarancyjne. Moim zdaniem znamion art. 278 § 5 k.k. nie wyczerpuje kradzież karty niezdatnej do użytku (zniszczonej, unieważnionej lub której termin ważności upłynął)⁴¹. Nie uprawnia ona do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Występuje wtedy obiektywny brak tego uprawnienia, a nie jedynie faktyczny brak możliwości poboru gotówki z bankomatu w przypadku braku środków lub limitu debetowego czy kredytowego. Przedmiotem wykonawczym występkę z art. 278 § 5 k.k. mogą być wyłącznie karty ważne, zdatne do użytku w bankomacie i niezastrzeżone. Rację ma W. Rzewuski, wskazując, że tylko taki dokument przedstawia określoną wartość⁴².

Kradzież karty z art. 278 § 5 k.k. w jakimś stopniu ułatwia kradzież gotówki z automatu bankowego. Kradzież gotówki z bankomatu ma bardzo specyficzny charakter. Sprawca nie kradnie przecież rzeczy oznaczonej co do tożsamości, której właścicielem jest pokrzywdzony. Sprawca kradnie pieniądze będące własnością banku, względnie właściciela automatu bankowego, a szkoda klienta banku polega na tym, że zwiększają one jego dług wobec banku (karta kredytowa lub debet) albo zmniejszają jego wierzytelność wobec banku (kradzież pieniędzy z dodatniego salda rachunku bankowego). Sprawca nie narusza prawa własności pokrzywdzonego

⁴¹ Na takim stanowisku zdaje się stać także J. Kędzierski (*Glosa do wyroku SN z dnia 26 listopada 2003 r., I KZP 21/03, „Państwo i Prawo” 2004, nr 8, s. 259*), choć niezbyt zrozumiałe jest akcentowanie przez niego faktu zgłoszenia kradzieży karty wystawcy, co powoduje, że nie może on być przedmiotem zamachu, gdyż okoliczność ta leży poza płaszczyzną przestępstwa i nie może wpłynąć na kwalifikację.

⁴² M. Rzewuski, *op. cit.*, s. 120–121.

(klienta banku). W tym wypadku sprawca narusza prawo własności banku, a także w bezprawny sposób zmienia wysokość zobowiązania pieniężnego istniejącego między bankiem a jego klientem. Analogicznie jest w przypadku kradzieży pieniędzy z rachunku bankowego w inny sposób, np. przez pracownika banku albo inną osobę poprzez wykonanie operacji w imieniu uprawnionego. Przepis art. 278 § 1 k.k. nie chroni więc tylko prawa własności, lecz kryminalizuje też wyrządzenie szkody finansowej. W tym kontekście art. 278 § 1 k.k. ma za przedmiot ochrony również prawidłowość (pewność) obrotu gospodarczego — indywidualne interesy majątkowe, tak samo jak art. 296 k.k. Ta kwestia pominięta jest całkowicie w piśmiennictwie na temat kradzieży, gdzie jako przedmiot ochrony podaje się wyłącznie prawa mające za przedmiot rzecz oraz posiadanie. Sprawca nie kradnie jednak w tym wypadku rzeczy ruchomej będącej własnością klienta banku, który mimo to jest pokrzywdzony. Sprawca nie kradnie pieniędzy będących własnością klienta banku. Jego „pokrzywdzenie” nie polega na tym, że skradziono mu rzecz oznaczoną co do tożsamości. Osoba deponująca pieniądze w banku przestaje być ich właścicielem. Stosunek prawnorzeczowy, którego były przedmiotem, przestaje istnieć. Zastępuje go stosunek obligacyjny, którego przedmiotem nie jest rzecz oznaczona co do tożsamości. Klient banku staje się wierzycielem. Jego wierzytelnością są rzeczy oznaczone co do gatunku (pieniądze). Przysługuje mu roszczenie o ich wypłatę. Jednak nie mogą one być przedmiotem jego własności, gdyż nie są oznaczone co do tożsamości. Sprawca kradzieży w tym wypadku powoduje powiększenie jego długu albo zmniejszenie wierzytelności wobec banku. Dobro prawne, które zostaje naruszone, to jego interes finansowy.

The theft of a card authorizing withdrawing money from a cash machine (Art. 278 § 5 of the Criminal Code) as an example of criminalization bordering on an offense (substitutive)

Summary

In contrast to the classical theft this offense has not been partially-decriminalized. The subject of the crime cannot be a card that entitles the owner to make payment, since it constitutes “other means of payment” within the meaning of art. 115 § 9 C.C.; and as such is the subject of the theft of another person movable property (Art. 278 § 1 C.C.).

Keywords: theft, misappropriation, cash machine, ownership, possession.