

TOMASZ PUDO

GŁOSA DO ORZECZENIA IZBY KARNEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 29 WRZEŚNIA 2004 R.

Dnia 29 września 2004 r. Izba Karna Sądu Najwyższego rozpatrywała zagadnienie prawne przekazane na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w Elblągu. Sąd Najwyższy wprawdzie odmówił podjęcia uchwały, lecz w uzasadnieniu wydanego postanowienia¹ wypowiedział się obszernie w materii będącej treścią pytania.

Sąd Okręgowy zapytał, czy działanie polegające na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci operatora telewizji kablowej, po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej, i wyłudzenie w ten sposób odbioru sygnału telewizyjnego bez obowiązkowego opłacania miesięcznego abonamentu i jednorazowej opłaty za podłączenie, może być zakwalifikowane jako wykroczenie szalbierstwa z art. 121 § 2 k.w., czy też zachowanie takie jest prawnokarnie obojętne, tzn. że mamy do czynienia z luką prawną, związaną z niedostosowaniem przepisów do szybko postępującego rozwoju technologicznego?

W odpowiedzi, w wydanym postanowieniu, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „innym podobnym świadczeniem”, o którym mowa w art. 121 § 2 k.w., może być także płatna usługa, polegająca na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do systemu zbiorowego odbioru (sieci kablowej) i na udostępnieniu programów.

Artykuł 121 k.w. brzmi następująco:

„§ 1. Kto, pomimo nieuiszczenia dwukrotnie nałożonej na niego kary pieniężnej określonej w taryfie, po raz trzeci w ciągu roku bez zamiaru uiszczenia należności wyłudza przejazd koleją lub innym środkiem lokomocji, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny.

¹ Sygnatura akt: I KZP 21/04.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto bez zamiaru uiszczenia należności wyłudza pożywienie lub napój w zakładzie żywienia zbiorowego, przejazd środkiem lokomocji należącym do przedsiębiorstwa nie dysponującego kararami pieniężnymi określonymi w taryfie, wstęp na imprezę artystyczną, rozrywkową lub sportową, działanie automatu lub inne podobne świadczenie, o którym wie, że jest płatne”.

Paragraf trzeci, jako dotyczący tylko wymiaru kary, został przeze mnie pominięty.

1. Zdaniem Sądu Najwyższego, a wbrew sugestiom zadającego pytanie sądu, znamię „inne podobne świadczenie”, określone w art. 121 § 2 k.w., nie narusza zasady dostatecznej określoności, nie jest więc sprzeczne z zasadą *nullum crimen sine lege certa*, co Sąd Najwyższy wykazuje przytaczając kilka przepisów zarówno z Kodeksu karnego (art. 159, 223 i 280 § 2), jak i Kodeksu wykroczeń (art. 51 § 1, art. 66 § 1, art. 70 § 2 i art. 86 § 2), w których ustawodawca posłużył się podobną techniką legislacyjną, tzn. podał przykładowo kilka zachowań, po których wymienieniu następuje na ogół zwrot „inne podobne”. Ma to świadczyć o powszechności takiej techniki, a więc pośrednio także o braku zastrzeżeń w stosunku do niej ze strony doktryny i judykatury, *ergo*, omawiany przepis nie budzi wątpliwości co do zgodności z przytoczoną powyżej zasadą.

Słabym punktem tego rozumowania jest to, że mimo pozornego podobieństwa wynikającego z użycia tego samego zwrotu („inne podobne”), przepisy przywołane przez Sąd Najwyższy znacznie się różnią od art. 121 § 2 k.w. pod względem stopnia realizacji wspomnianej zasady.

W podanym przykładowo przez Sąd Najwyższy art. 159 k.k., brzmiącym: „kto używa broni palnej, noża lub innego podobnie niebezpiecznego przedmiotu”, wątpliwość co do przedmiotu czynności wykonawczej praktycznie nie istnieje, gdyż jest on wystarczająco dokładnie sprecyzowany poprzez odniesienie stopnia niebezpieczności przedmiotu do noża lub broni palnej, co zdecydowanie zawęży krąg o jaki może tu chodzić i ułatwia określenie, czy dany, konkretny przedmiot jest tym, o którym mowa w przywoływanym przepisie. Ustawodawca mówi wprost, że cechą konstytutywną podobieństwa jest stopień niebezpieczeństwa, i że oceniając podobieństwo należy badać tylko ten element.

Zbliżona sytuacja zachodzi w przypadku zwrotu: „podobnie do alkoholu działającego środka odurzającego”, o którym mowa a art. 70 § 2 k.w. i art. 86 § 2 k.w. Trudno założyć, że osoba przyjmująca dany środek nie wie jakie ma on działanie. A jeśli tego nie wie, to mamy do czynienia z błędem

co do znamion, wyłączającym umyślność (w tym przypadku także odpowiedzialność karną). Warto od razu rozważyć, czy brak świadomości co do podobnego świadczenia, o którym mowa w art. 121 § 2 k.w., także wyłączy umyślność? Wydaje się, że raczej będziemy tu mieli do czynienia z błędem co do bezprawności, o którym mowa w art. 30 k.k. I tu uwidacznia się różnica między art. 121 § 2 k.w. a przywołanymi przez Sąd Najwyższy, jako rzekomo posługującymi się podobną techniką legislacyjną, przepisami.

Identyczna sytuacja zachodzi w art. 223 k.k., a w art. 280 § 2 k.k. bardzo podobna. W tym ostatnim mowa jest o „działaniu w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu”. Z całego spektrum zachowań niebezpiecznych, można łatwo wyodrębnić te bezpośrednio zagrażające życiu. Niedookreśloność jest tu więc tylko pozorna. Ustawodawca znów, analogicznie jak w art. 159 k.k., jako kryterium podobieństwa wskazuje stopień niebezpieczeństwa, odnosząc go jednak do czego innego niż poprzednio.

Z kolei w art. 51 k.w. można, bez żadnego uszczerbku dla treści przepisu i jego interpretacji, usunąć wszystkie wyliczone tam zachowania, zostawiając tylko fragment: „zakłóca spokój...”. Kryterium podobieństwa jest więc owo zakłócanie spokoju. To samo odnosi się do art. 66 k.w.

Jak więc widać, przywołane przez Sąd Najwyższy przepisy są wystarczająco dookreślone: zawsze łatwo można wskazać, jakie zachowanie, w rozumieniu tych przepisów, będzie prawdopodobnie zachowaniem podobnym, a jakie nie.

W art. 121 § 2 k.w. wymieniono natomiast kilka świadczeń, nie pozostających z sobą w żadnym, bądź prawie żadnym widocznym związku przedmiotowym i uzupełnienie tego katalogu poprzez skonkretyzowanie zwrotu: „inne podobne świadczenie”, nie jest wcale proste, a już na pewno nie tak, jak w podanych wyżej przypadkach. Przykładowo, w jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził², że innym świadczeniem w rozumieniu art. 121 § 2 k.w. nie jest wyłudzenie mieszkania w hotelu, które *prima facie* wydaje się niemal identyczne z wyłudzeniem pożywienia. A zatem w takiej kwestii, będącej niemalże pytaniem o treść przepisu, musiał się wypowiedzieć Sąd Najwyższy, sąd wojewódzki miał bowiem co do tego wątpliwości. Skoro sąd wojewódzki, składający się przecież z wysoko kwalifikowanych prawników, nie był pewny, czy dane zachowanie można uznać za „podobne świadczenie”, to trudno by nie powstały chociaż wątpliwości, co do jasności i dostatecznej określoności tego przepisu, tym bardziej że i teraz sąd tego samego szczebla zwraca się do Sądu Najwyższego z pytaniem o takim samym charakterze.

² Uchwała SN z 23 XI 1972 r., VI KZP 49/72, OSNKW 1973, nr 2/3, poz. 27.

W art. 121 § 2 k.w. brak jest wskazówki, jak ustalać podobieństwo owych „innych świadczeń”. Brak jakiegoś wspólnego mianownika, jakim np. w art. 280 § 2 k.k. jest dla całej grupy zachowań działanie w sposób tak niebezpieczny, że bezpośrednio zagrażający życiu, czy dla wielu środków odurzających — podobieństwo działania do alkoholu (art. 70 § 2 k.w.). Nie istnieje żadne kryterium badania podobieństwa. Sam fakt, że usługa ta musi być płatna, co wynika z końcowej części art. 121 § 2 k.w., jest dalece niewystarczający, gdyż w zasadzie obecnie każda usługa ma taki charakter.

Konkludując, należy stwierdzić, że istnieją co najmniej wątpliwości, co do zgodności omawianego przepisu z zasadą *nullum crimen sine lege certa* i nie można twierdzić, jak zrobił to Sąd Najwyższy, że mamy tu do czynienia z normalną techniką legislacyjną i pominąć istniejące wątpliwości milczeniem.

2. Sąd Najwyższy stwierdził, że podstawą rozważań sądu, który skierował zapytanie, powinna być konstatacja, że będące przedmiotem rozważań działanie oceniać należy jako realizację zamiaru bezprawnego uzyskania usługi udostępniania programów, jaką — za opłatą — oferuje operator sieci kablowej. Zdaniem Sądu Najwyższego, powinno to dać asumpt do rozważenia przedmiotowych i podmiotowych elementów tego działania w kontekście nie tylko aktów prawnych regulujących wskazane usługi, ale i norm materialnokarnych. Sąd Najwyższy dodał jeszcze, że w tego rodzaju interpretacji mogłaby być pomocna analiza wypracowanej w ramach struktur Rady Europy, do których Polska należy, europejska konwencja o ochronie prawnej usług opartych na dostępie warunkowym, z której wynika zobowiązanie do ochrony prawnej telewizyjnych programów kodowanych, m.in. poprzez karanie bezprawnych działań wiążących się z dostępem do różnego rodzaju chronionych usług. Sąd Najwyższy zauważył, że choć konwencja ta nie została jeszcze przez Polskę ratyfikowana, to w prawie polskim istnieją unormowania odpowiadające jej wymogom. Tak więc, „w pewien sposób określa [to] perspektywę spojrzenia na kwestię bezprawnego uzyskania usługi udostępniania programów”.

Powoływanie się przez Sąd Najwyższy na konwencje międzynarodowe, szczególnie nieratyfikowane jeszcze przez Polskę a zawierające normy o charakterze postulatów, jest niewłaściwe. Czy z tych wywodów ma wynikać, że należy „rozcigać” do granic możliwości znaczenie obecnych przepisów Kodeksu karnego i Kodeksu wykroczeń, by uzgodnić je z tymi normami? Trzeba pamiętać, że dokonywanie wykładni rozszerzającej w prawie karnym jest dopuszczalne tylko na korzyść sprawy. Interpretowa-

nie istniejącej normy prawnej w zgodzie z postulatami nieratyfikowanych umów międzynarodowych i wywodzenie stąd odpowiedzialności karnej, wydaje się stać w sprzeczności z art. 1 k.k. oraz z art. 42 Konstytucji.

Inkorporacja postulatów wynikających z umów międzynarodowych do prawa polskiego powinna być dokonywana raczej w drodze wprowadzania odpowiednich przepisów za pomocą ustawy, a nie wykładni rozszerzającej (przynajmniej w zakresie prawa karnego) już istniejących.

3. Sąd Najwyższy zauważa słusznie, że w omawianym przypadku, z powodu braku wprowadzenia w błąd, nie mamy do czynienia z oszustwem. Mogłoby do niego dojść (według Sądu Najwyższego) ewentualnie w wypadku zawarcia z operatorem umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w celu osiągnięcia dostępu do sieci, a następnie wykorzystania tego dostępu w sposób wykraczający poza warunki tej umowy.

Z tego stwierdzenia wynikają bardzo poważne konsekwencje, które Sąd Najwyższy przeoczył. By je zilustrować, posłużę się przykładem. Osoba, która zawiera umowę z operatorem na najtańszy pakiet programów, a następnie, dzięki (posiadanemu już wcześniej) nielegalnie kupionemu programowi dekodującemu, odbiera najdroższy pakiet, dopuszcza się przestępstwa, za które grozi jej co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności. Inna osoba, która za pomocą łomu włamie się do skrzynki rozdzielczej operatora i dzięki temu będzie odbierać wszystkie nadawane przez niego programy, wg poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy, dopuści się wykroczenia, za które grozi jej kara aresztu do 30 dni. Czy pierwsze zachowanie jest znacząco bardziej szkodliwe społecznie? Czy łączy się z nim znacznie większy stopień bezprawia? Na pewno nie. Można wręcz stwierdzić, że to drugie zachowanie jest bardziej naganne. Tymczasem, jeśli przyjęlibyśmy stanowisko Sądu Najwyższego, groziłaby za nie nieporównanie mniejsza kara! Prowadzi to do oczywistej niesprawiedliwości i jest na dłuższą metę niedopuszczalne. Oczywiście zdaję sobie sprawę, że powyższe rozumowanie może prowadzić, zwłaszcza w kontekście innych rozważań tego tekstu, do uniewinnienia „sprawcy” za czyn o większym ładunku bezprawia niż — pozostając w granicach podanego wyżej przykładu — oszustwo, co może się wydawać jeszcze większym paradoksem. Do paradoksu tego doprowadził jednak ustawodawca, nie dostrzegając luki prawnej i nie wprowadzając odpowiednich rozwiązań. Sąd Najwyższy nie powinien wszakże sankcjonować swoim autorytetem obecnego, niewłaściwego uregulowania. Jedynym racjonalnym rozwiązaniem wydaje się zgłoszenie ustawodawcy konieczności zlikwidowania stwierdzonej luki prawnej.

4. Co do porównania dostarczania przekazu telefonicznego w publicznym automacie z dostarczaniem przekazu telewizyjnego, jakiego dokonał Sąd Najwyższy, to jest ono chybione. Po pierwsze, w przypadku przekazu telewizyjnego nie mamy do czynienia z żadnym automatem, o którym przepis wyraźnie wspomina. Jest to różnica niebagatelna, ponieważ czytając art. 121 § 2 k.w. nie nasuwają się żadne skojarzenia z przekazem telewizyjnym, co ma duże znaczenie ze względu na zasady gwarancyjne prawa karnego, *lex certa* i *lex stricte*. Sam fakt, że obie te usługi są dostarczane poprzez sieć telekomunikacyjną nie ma znaczenia, nie to jest bowiem cechą swoistą dla „automatów”. Za cechy takie można natomiast uznać przede wszystkim: przeznaczenie do użytku nieoznaczonej publiczności i w związku z tym usytuowanie ich w miejscu dla niej dostępnym, świadczenie usług po każdorazowym zapłaceniu za nie przez korzystającego, brak pośrednictwa ludzi przy dostarczaniu usługi. Czy telewizja posiada takie cechy? Jest to raczej wątpliwe.

Należy nadto zauważyć, że większość „automatów” nie świadczy usług drogą telekomunikacyjną, jak choćby automat do kawy, także płatna telewizja satelitarna (np. Canal+) nie jest dostarczana do użytkowników za pomocą takiej sieci. Czy należy przez to rozumieć, że usługa ta nie jest podobna do oferowanej przez operatora telewizji kablowej?

Paralela między płatnym wstępem na imprezę artystyczną, rozrywkową lub sportową a płatnym dostępem do programów o tym samym charakterze, oferowanych w sieciach kablowych, również jest nietrafiona. Można by o niej mówić w przypadku „wyłudzenia” tzw. usługi *pay-per-view*, gdy płaci się za obejrzenie konkretnej audycji (najczęściej o charakterze sportowym), a nie w przypadku całej gamy różnorodnych programów. Nie można budować paraleli między konkretną usługą (wstęp na imprezę artystyczną) a audycją telewizyjną, będącą tylko jednym, i to wcale niekoniecznym, elementem usługi dostarczania sygnału telewizyjnego. Warta rozważenia byłaby także sytuacja, w której odbiorca nie ogląda tego typu programów; czy wtedy, *a contrario*, nie mamy już do czynienia z podobieństwem, o którym mówi Sąd Najwyższy?

Wbrew temu, co twierdzi Sąd Najwyższy, treść usługi operatora nie ma znaczenia drugoplanowego. Ze względu na zwrot z art. 121 § 2 k.w.: „inne podobne świadczenie”, treść ta musi przypominać którąś z wymienionych w omawianym artykule usług. Pominięcie „podobieństwa” byłoby wyjściem poza wykładnię językową. W polskim prawie karnym nie ma przestępstwa wyłudzenia w znaczeniu ogólnym, tzn. uregulowanym w taki sposób jak oszustwo — za pomocą ogólnej klauzuli, bez wylizania zachowań stano-

wiących oszustwo. W art. 121 § 2 k.w. technika legislacyjna jest inna niż w art. 286 k.k. i nie można nad tym przejść do porządku dziennego. Mamy tu do czynienia tylko z wyliczeniem pewnych zachowań, takich jak wyłudzenie pożywienia lub napoju w zakładzie żywienia zbiorowego, i zachowaniami, które mają być do nich podobne, i tylko w tym zakresie, ograniczonym przedmiotowo, istnieje wykroczenie szalbierstwa. Wyłudzenie usługi czy świadczenia, które nie jest podobne do jednego z wymienionych w art. 121 § 2 k.w. nie stanowi wykroczenia z tego artykułu. Dlatego też ustalenie, że dane świadczenie nie jest podobne do wymienionych w tym artykule, ma znaczenie pierwszoplanowe, gdyż oznacza, że nie wypełnia ono znamion niniejszego wykroczenia.

Nie powinno się także, jak czyni to Sąd Najwyższy, szukać wspólnych cech świadczeń wymienionych przykładowo w art. 121 § 2 k.w. Nawet pobieżna ich analiza musi bowiem doprowadzić do wniosku, że usługi te znacząco się od siebie różnią i właśnie te różnice (w połączeniu z częstotliwością występowania danych czynów) są powodem wymienienia w omawianym artykule tych zachowań. Gdyby istniały między nimi wyraźne podobieństwa, wystarczyłoby przywołać w przepisie jedno, najwyżej dwa z nich, resztę można by „uzupełnić” za pomocą zwrotu: „inne podobne”. Tak jednak nie jest i należy z tego wyciągnąć odpowiednie wnioski. Ewentualnych podobieństw powinno się szukać do każdego z nich odrębnie. Jeśli dane świadczenie jest podobne do jednego z wymienionych w art. 121 § 2 k.w., to można je uznać za podobne w rozumieniu tego artykułu. Nie ma ani potrzeby, ani sensu szukać jakichś wątpliwych, przypadkowych cech wspólnych dla wymienionych w tym artykule świadczeń.

Sąd Najwyższy powołuje się w swoim postanowieniu na uchwałę Sądu Najwyższego z 24 stycznia 1973 r.³, w której stwierdzono, iż w przypadku szalbierstwa chodzi o wolę bezpłatnego skorzystania ze świadczenia, przy świadomości, że usługa ta jest płatna, tak jak świadczenia wymienione przykładowo w przepisie art. 121 § 2 k.w., tzn. z reguły bezzwłocznie. Bezzwłocznie, wywodzi dalej Sąd Najwyższy, czyli bezpośrednio po skorzystaniu z usługi lub wyrażeniu woli skorzystania z niej. W tej samej uchwale można też przeczytać, że wykonanie umowy o dzieło nie ma charakteru świadczenia podobnego (w rozumieniu art. 121 § 2 k.w.), ponieważ — między innymi — kwestia wysokości i czasu zapłaty wynagrodzenia może być ustalona umownie. A zatem, zdaniem Sądu Najwyższego, możliwość kształtowania stosunku prawnego łączącego strony i ustalania takich jego elementów jak wysokość

³ VI KZP 69/72, OSNKW 1973, z. 4, poz. 42.

i czas zapłaty decyduje o tym, iż nie mamy do czynienia ze świadczeniem podobnym w rozumieniu art. 121 § 2 k.w. Takie stwierdzenie dobrze współgra z podkreślanym w postanowieniu Sądu Najwyższego wymogu bezzwłoczności.

W związku z tym należy się zastanowić nad charakterem stosunku prawnego wiążącego operatora telewizji kablowej z jej odbiorcą: czy można tu mówić o „bezzwłoczności”, czy raczej stosunek ten jest bardziej podobny do umowy o dzieło? Szczególną uwagę, w świetle uchwały z 24 stycznia 1973 r., trzeba zwrócić na możliwość umownego ustalenia wysokości i czasu zapłaty.

W umowach zawieranych z operatorem na ogół oba te elementy wymagają ustalenia poprzez wybranie jednego z dostępnych pakietów i jednego z dostępnych sposobów zapłaty, np. comiesięcznie, co 3 miesiące, co 12 miesięcy itp. Odbiorca ma więc możliwość kształtowania, wprawdzie w określonych, ale dość szerokich ramach, obu wymienionych powyżej elementów, co zdecydowanie upodabnia taką umowę do umowy o dzieło. Umowa dostarczania sygnału telewizyjnego ma charakter stosunku ciągłego, może być więc w trakcie jej trwania kształtowana na nowo, w szczególności poprzez posłużenie się nowym wzorcem umownym przez dostarczającego sygnał. Wzorzec ten może określać także nową wysokość zapłaty za dostarczaną usługę, co nie może nastąpić w przypadku świadczeń z art. 121 § 2 k.w., gdzie ceny za pożywienie, napój, przejazd, skorzystanie z automatu czy wstęp na imprezę są z góry ustalone i nie podlegają zmianie w trakcie realizowania umowy. Świadczenia z art. 121 § 2 k.w. nie mają charakteru stosunku ciągłego i można od nich co najwyżej odstąpić; tymczasem umowę o dostarczanie sygnału telewizyjnego można także wypowiedzieć — pozostaje wówczas obowiązek rozliczenia z drugą stroną zrealizowanej części umowy, czasem także zapłaty kary umownej. Te wszystkie elementy upodabniają taką umowę do umowy o dzieło, oraz — co może ważniejsze — nie dadzą się zamknąć w prosty schemat: wola skorzystania z usługi — bezzwłoczna zapłata. Jak więc z tego wynika, w kontekście powoływanej przez Sąd Najwyższy uchwały i podkreślanego wymogu bezzwłoczności zapłaty jako podstawowego elementu podobieństwa, co niekoniecznie musi być słuszne, głębsza analiza charakteru usługi dostarczania sygnału telewizyjnego musi prowadzić do konkluzji, że istnienie „bezzwłoczności” zapłaty jest tu dalece wątpliwe, za to istnieją znaczne podobieństwa do umowy o dzieło — umowy, o której Sąd Najwyższy wypowiedział się w wyżej powołanej uchwale, że nie może być uznana za „inne podobne świadczenie” w rozumieniu art. 121 k.w.

5. Przedstawione pytanie oraz odpowiedź na nie nabierają szczególnego znaczenia w świetle uchwały Izby Karnej Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2003 r.⁴, w której Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że działanie sprawcy, polegające na bezprawnym podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej, nie wyczerpuje znamion przestępstwa określonego w art. 267 § 1 k.k. W razie negatywnej odpowiedzi na postawione pytanie okazałoby się bowiem, że nie ma żadnego przepisu karnego, na podstawie którego można by pociągnąć do odpowiedzialności karnej osoby bezprawnie podłączające taki odbiornik do sieci kablowej. Mielibyśmy więc do czynienia z niewątpliwą i poważną, choćby z uwagi na liczbę sieci kablowych w Polsce, luką prawną. Stanowisko Sądu Najwyższego, przedstawione w tym postanowieniu, ma więc uzasadnienie pragmatyczne, jest podyktowane chęcią utrzymania porządku prawnego i niesprawiedliwego społecznie uniknięcia odpowiedzialności karnej przez sprawców omawianych tu czynów. Jakkolwiek motywacja taka jest zrozumiała, to trzeba pamiętać, że na drugiej szali znajdują się podstawowe zasady gwarancyjne, nie tyle nawet prawa karnego, ile demokratycznego państwa prawnego, których nic nie powinno przeważać.

⁴ Sygnatura akt: I KZP 43/02.

