

Niniejszy materiał został opublikowany 18 kwietnia 2017 r. w postaci preprintu na stronie internetowej < www.czpk.pl/preprinty > pod pozycją 4/2017. Preprint można cytować z powołaniem się na nr pozycji w wydaniu internetowym (**poz. 4/2017**). Wersja podstawowa tekstu ukaże się drukiem w Czasopiśmie Prawa Karnego i Nauk Penalnych < www.czpk.pl/zeszyty >.

Preprint został opublikowany przed opracowaniem redakcyjnym: korektą, redakcją językową i adiustacją tekstu oraz przed jego korektą autorską. Autor oświadcza, że bierze odpowiedzialność za wszystkie błędy (merytoryczne, językowe i inne) znajdujące się w niniejszej wersji tekstu.

PREPRINT

Tomasz Kyś

Kryteria ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem na gruncie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.

Problematyka związana z charakterystyką znamion przestępstwa oszustwa stypizowanego w art. 286 § 1 k.k. była przedmiotem wielu opracowań naukowych. Przestępstwo oszustwa doczekało się także bardzo licznych odniesień w orzecznictwie sądów. Na tym tle, rozważania poświęcone charakterystyce znamion omawianego typu czynu zabronionego wydawać mogłyby się zbyteczne. Jak jednak pokazuje analiza istniejącego dorobku naukowego oraz orzeczniczego, potrzeba przeprowadzenia pogłębionych dociekań poświęconych przestępstwu oszustwa na pewnych polach pozostaje wciąż aktualna.

Zauważenia wymaga, iż do chwili obecnej, jednolitego opracowania nie doczekało się znamię niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem. Problematyka ta pojawia się niemalże wyłącznie obok rozważań poświęconych innym zagadnieniom bądź w opracowaniach o charakterze komentarzowym. Stan taki powoduje, iż większość analiz poświęconych omawianemu znamieniu ma charakter silnie kazuistyczny. Postulowane koncepcje generalizujące z kolei cechuje bądź to niedostateczna jednoznaczność i precyzja, bądź to niezadowalająca adekwatność w odniesieniu do oczekiwanego zakresu normowania

przepisu art. 286 § 1 k.k.

W niniejszym opracowaniu podjęta zostanie próba oceny dotychczasowego dorobku w zakresie interpretacji znamienia „niekorzystnego” charakteru rozporządzenia mieniem. Za punkt wyjścia dla tej oceny przyjęte zostaną pewne założenia poczynione w szczególności w oparciu o charakterystykę wybranych znamion typu czynu z art. 286 § 1 k.k. Na podstawie tak przeprowadzonej analizy sformułowany zostanie postulat interpretacyjny w odniesieniu do znamienia niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem. W założeniu postulat ten powinien być w miarę możliwości operatywny i uniwersalny. Ponadto powinien pozwalać, by zakres znaczeniowy znamienia niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem jak najtrafniej współgrał z oczekiwanym zakresem normowania przepisu art. 286 § 1 k.k.

1. Niekorzystny charakter rozporządzenia w strukturze przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.

Prowadzenie rozważań na temat wszystkich zagadnień związanych z charakterystyką przestępstwa oszustwa byłoby niecelowe i prowadziłyby do zatarcia istoty niniejszego opracowania. W konsekwencji, wszelkie poniższe wywody niezwiązane bezpośrednio z problematyką określoną w tytule opracowania zostaną ograniczone jedynie do tematyki, która ma charakter kluczowy z punktu widzenia dalej wywodzonych argumentów. Wobec przyjęcia tego założenia, zasadne będzie przeanalizowanie w niniejszej części jedynie wybranych aspektów związanych z interpretacją znamienia skutku w postaci rozporządzenia mieniem oraz znamion czynnościowych w postaci wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu oraz wyzyskania niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania.

a) Znamię rozporządzenia mieniem

Zagadnieniem, które najczęściej poruszane jest w rozważaniach poświęconych interpretacji znamienia rozporządzenia mieniem jest kwestia relacji, w jakiej pojęcie rozporządzenia na gruncie prawa karnego pozostaje do pojęcia rozporządzenia na gruncie prawa cywilnego.

Na gruncie prawa cywilnego pojęcie rozporządzenia utożsamiane jest z pojęciem czynności prawnej o charakterze rozporządzającym¹. Jak natomiast wywodzi się to z

1 Por. chociażby M. Pyziak Szafnicka (w:) P. Książak, *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, LEX 2014, *komentarz do art. 56 k.c.* teza 44 i n.; w nauce prawa karnego myśl tę przekazuje np. W. C i e ś l a k, *Rozporządzenie mieniem jako znamię wymuszenia rozbójniczego*, *Palestra* 1995, nr 11–12, s. 50, W.

brzmienia art. 57 k.c., czynność prawna o charakterze rozporządzającym jest to taka czynność, która prowadzi do przeniesienia, obciążenia, zmiany lub zniesienia pewnego prawa podmiotowego². Przyjęcie takiego rozumienia pojęcia rozporządzenia prowadzi do wyeliminowania z jego zakresu wszelkich czynności, które nie mają charakteru czynności prawnych, a ponadto wszelkich czynności o charakterze wyłącznie zobowiązującym³. Tak oznaczony zakres pojęcia rozporządzenia oceniany jest na gruncie prawa karnego jako nazbyt wąski⁴. W konsekwencji większość autorów jak również orzecznictwo postuluje, by na gruncie prawa karnego dokonywać autonomicznej względem prawa cywilnego wykładni pojęcia rozporządzenia⁵. Na tle rozmaitych kazuistycznych wyliczeń⁶, za najbardziej adekwatne uogólnienia pojęcia rozporządzenia można uznać twierdzenia, iż rozporządzeniem jest każda dyspozycja dotycząca mienia⁷ lub też każda czynność prowadząca do zmiany we władaniu mieniem⁸. W pojęciu rozporządzenia mieszczą się zatem zarówno czynności faktyczne jak i prawne, a wśród czynności prawnych zarówno czynności rozporządzające, zobowiązujące ale i czynności prawne o innym charakterze jak chociażby czynności upoważniające. W pojęciu rozporządzenia mieścić może się również cały szereg zachowań które nie będą podlegać powyższej kategoryzacji, lecz które można uznać za dyspozycję mieniem czy za czynność powodującą zmianę we władaniu.

Powyższe wskazania są o tyle istotne z punktu widzenia interpretacji znamienia rozporządzenia mieniem, że pozwalają ustalić na czym czynność rozporządzenia w swej istocie może polegać. Zauważyć jednak należy, że posłużenie się pojęciem rozporządzenia jest doniosłe również z punktu widzenia podmiotowego aspektu czynności polegającej na rozporządzeniu.

Pojęcie rozporządzenia z uwagi na jego literalne brzmienie powinno być postrzegane jako opisujące akt o charakterze jednostronnym. Oznacza to tyle, że dla uznania danego

Cieślak, *Wymuszenie rozbójnicze*, Kraków 2000, s. ... ,

2 Por. R. Trzaskowski (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny Komentarz. Część ogólna.*, LexisNexis 2014, komentarz do art. 56 k.c. teza 47 i powołana tam literatura

3 W. C i e ś l a k, Rozporządzenie mieniem jako znamię wymuszenia rozbójniczego, *Palestra* 1995, nr 11–12, s. 50

4 Przeciwny pogląd współcześnie prezentuje M. Całkiewicz, *Świadczenia usług a rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k.*, *Prok. i Pr.* 2009, nr 5; s. 46-47; do cywilistycznego rozumienia pojęcia rozporządzenia odwoływał się również J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971 s. 71 - autor ten jednak był o tyle niekonsekwentny, że przez rozporządzenie rozumiał również czynności zobowiązujące

5 Por. np. Wyrok Sądu Najwyższego z 29 sierpnia 2012 r., V KK 419/11, OSNKW 2012, Nr 12, poz. 133

6 Obszerne wyliczenie w tym względzie prezentuje: W. C i e ś l a k, Rozporządzenie mieniem jako znamię wymuszenia rozbójniczego, *Palestra* 1995, nr 11–12, s. 51-52,

7 W. C i e ś l a k, Rozporządzenie mieniem jako znamię wymuszenia rozbójniczego, *Palestra* 1995, nr 11–12, s. 53, Tak też Sąd Najwyższy w wyroku z 10 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. IV KK 1/10, *LEX nr 590282*

8 P. Kardas, *Prawnokarne aspekty uchylania się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku VAT - oszustwo skarbowe czy oszustwo klasyczne?*, *Prok. i Pr.* 2006, nr 5, s. 44

zachowania za rozporządzenie zbyteczne jest odnoszenie się do interakcji z innymi podmiotami czy też lokowanie owego rozporządzenia w ramach szerszego stosunku. Dane zachowanie nie może zyskać lub utracić charakteru rozporządzenia tylko z racji tego, że zostało lub nie zostało dokonane w ramach szerszej czynności z udziałem innych osób. Ilustrując powyższe przykładem, wskazać można że rozporządzeniem nie będzie sama umowa sprzedaży jako całość. W ramach umowy sprzedaży odrębnych rozporządzeń dokonywać będzie sprzedawca i odrębnych rozporządzeń dokonywać będzie kupujący. Oczywiście w pewnym uproszczeniu można twierdzić, że dana osoba dokonała rozporządzenia poprzez zawarcie umowy sprzedaży. Wydaje się jednak, że przy badaniu czy doszło do rozporządzenia przez ową osobę nie będą istotne zobowiązania czy świadczenia drugiej strony umowy.

Zestawiając powyższe spostrzeżenie co do jednostronnego charakteru rozporządzenia mieniem z wyżej omówionymi postulatami co do wykładni pojęcia rozporządzenia z perspektywy istoty czynności polegających na rozporządzeniu, można stwierdzić uogólniająco, że rozporządzeniem będzie każdy akt jednostronny stanowiący dyspozycję mieniem czy prowadzący do zmiany we władaniu mieniem. Wskazana charakterystyka rozporządzenia pozwala w sposób skuteczny odróżniać poszczególne rozporządzenia w ramach nieco bardziej złożonych stosunków. Przykładowo wskazać można, że przy podanym ujęciu, nawet w ramach standardowej umowy sprzedaży dojść może do co najmniej czterech rozporządzeń. Rozporządzenia sprzedającego polegać będą najpierw na zobowiązaniu się do zbycia rzeczy a następnie na wydaniu owej rzeczy. Z drugiej strony rozporządzenia kupującego polegać będą na zobowiązaniu się do zapłaty ceny, a następnie na przekazaniu kwoty umówionej tytułem ceny sprzedającemu. Tylko na marginesie spostrzec można, że gdyby pojęciem rozporządzenia nie obejmować chociażby czynności o charakterze faktycznym w podanym przykładzie dochodzić mogłoby do jedynie dwóch rozporządzeń. Wszak samo wręczenie sumy pieniężnej czy wydanie rzeczy (przy zastrzeżeniu, że rzecz ta przy zawieraniu umowy była zindywidualizowana) miałoby charakter czynności faktycznej i za rozporządzenie uznane być nie mogło.

Wskazany wyżej sposób pojmowania rozporządzenia rodzi istotne konsekwencje z punktu widzenia ustalania niekorzystnego charakteru owego rozporządzenia.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że badanie niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem w ramach jednego stosunku może mieć charakter niejednorodny. Skoro przykładowo w ramach umowy sprzedaży każda z jej stron wykona dwa rozporządzenia to możliwe jest, że każde z tych rozporządzeń będzie inaczej ocenione z

punktu widzenia jego korzystności. Nie można w żadnym razie wykluczyć, że o ile samo zobowiązanie do świadczenia będzie korzystne, o tyle już wykonanie owego zobowiązania okaże się niekorzystne⁹.

Kolejny wniosek jaki wywieść można na powyższym tle dotyczy skutków jakie rozporządzenie wywiera w sferze mienia. Definiując rozporządzenie mieniem jako dowolną dyspozycję mieniem i akcentując jego jednostronny charakter dojść należy do wniosku, że w istocie każde rozporządzenie ze swej istoty prowadzić musi do szeroko pojmowanego pogorszenia sytuacji majątkowej¹⁰. Każda dyspozycja mieniem musi bowiem choć w minimalnym stopniu przejawiać się w umniejszeniu władztwa nad mieniem mocą decyzji rozporządzającego. Nie sposób przyjąć by mocą jednostronnej czynności rozporządzającego (badanej samodzielnie), dającej się określić jako dyspozycja mieniem czy jako czynność powodująca zmianę we władaniu mieniem, mogło dojść do powiększenia majątku, z którego rozporządzenie jest dokonywane. Nie sposób nawet przyjąć by na skutek podobnego zachowania stan majątku mógł pozostać niezmieniony. Wszak gdyby określona czynność postrzegana jako akt jednostronny pozostawała bez (negatywnego) wpływu na majątek, trudno byłoby ową czynność uznać za jakąkolwiek dyspozycję czy też za czynność prowadzącą do zmiany władania.

Uznanie, że każde rozporządzenie mieniem (postrzegane samodzielnie) prowadzi do szeroko pojmowanego pogorszenia sytuacji majątkowej jest o tyle nieintuicyjne, że każde rozporządzenie dokonywane jest w pewnym kontekście sytuacyjnym (również prawnym)¹¹. Na ów kontekst składać mogą się pewne oczekiwania bądź przewidywania osoby rozporządzającej. To właśnie owe oczekiwania lub przewidywania stanowią rację rozporządzenia i z uwagi na nie rozporządzający podejmuje decyzję by rozporządzenia dokonać. Racje dokonania rozporządzenia mogą mieć rozmaity charakter. Jednym z bardziej oczywistych przejawów racji rozporządzenia mieniem jest oczekiwanie świadczenia wzajemnego. Taka racja z zasady towarzyszyć będzie rozporządzeniu w wypadku większości zawieranych w obrocie prywatnym umów. Zauważyć jednakże należy, że racją rozporządzenia nie zawsze będzie świadczenie, które wyrówna uszczerbek

9 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 sierpnia 2013 r., II Aka 122/13 (*KZS 2013/9/78*), Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 24 stycznia 2013 r., II Aka 250/12 (*LEX nr 1280339*)

10 Por. Z. Kukuła, *Oszustwo w świadczeniu usług*, Prok. i Pr. 2010, nr 12; s. 28 i cytowany tam Wyrok SN z dnia 6 lutego 1934 r., 3K 1200/33, *Głos Sądownictwa* 1934, nr 10, s. 783.

11 Podobną myśl na gruncie prawa cywilnego i w ścisłym kontekście pojęcia czynności prawnej wyraża: M. Pyziak Szafnicka (w:) P. Książak, *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, LEX 2014, *komentarz do art. 56 k.c.* teza 50 – we wskazanym fragmencie autorka zwraca uwagę, że jakkolwiek rozporządzenie oznacza pomniejszenie aktywów, to jednak nie musi prowadzić do zubożenia w sensie gospodarczym gdyż z rozporządzeniem może być powiązane świadczenie równoważące uszczerbek

wywołane rozporządzeniem. Racje rozporządzenia mogą mieć charakter ściśle pozamajątkowy w sytuacji, gdy rozporządzenie dokonywane jest tytułem darmym. Taka sytuacja ma miejsce chociażby w przypadku umowy darowizny. Racje pozamajątkowe mogą także towarzyszyć racjom o charakterze majątkowym w przypadku czynności, co do których rozporządzający oczekuje jedynie częściowego wyrównania poniesionego uszczuplenia. Przykładami podobnych sytuacji może być wykonanie świadczenia po obniżonej cenie z uwagi na istniejące więzi towarzyskie bądź na przykład nabycie towaru po zawyżonej cenie z uwagi na istotne z ideologicznego punktu widzenia cechy owego towaru (np. towar pochodzący z określonego regionu czy też towar nabyty w ramach tzw. „uczciwego handlu”). Możliwe jest także wystąpienie racji majątkowych, które nie ograniczają się do wyrównania poniesionego wskutek rozporządzenia uszczuplenia ale zmierzają do osiągnięcia zysku. W obrocie gospodarczym zupełnie naturalnym jest zjawisko, w którym rozporządzający dokonuje rozporządzenia tylko i wyłącznie po to, by osiągnąć wymierny dochód.

Powyższe rozważania prowadzić powinny do konkluzji, że rozporządzenie samo w swej istocie nie może być oceniane z punktu widzenia korzystności lub niekorzystności. Każde rozporządzenie postrzegane samodzielnie ocenić by można było bowiem jako niekorzystne. Dopiero racje dla jakich owo rozporządzenie jest dokonywane mogą stanowić pewien punkt odniesienia dla oceny korzystności¹². Racje te natomiast mogą mieć niezwykle zróżnicowany charakter. W szczególności racje dokonania rozporządzenia mogą mieć charakter majątkowy, pozamajątkowy lub mieszany. Racje rozporządzenia nadto, podobnie zresztą jak i samo rozporządzenie mogą stanowić element czynności o charakterze prawnym jak również mogą mieć charakter wyłącznie faktyczny. W tym miejscu przedwczesnym byłoby oceniać jakie racje i w jaki sposób mogą wpływać na ocenę korzystności poszczególnych rozporządzeń mieniem. Te zagadnienia będą stanowiły przedmiot rozważań prowadzonych w dalszej części niniejszego opracowania.

b) Znamiona wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu oraz wyzyskania niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania

Z punktu widzenia tematyki niniejszego opracowania, kluczowym zagadnieniem dotyczącym interpretacji znamion wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu oraz wyzyskania niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, jest relacja jaka występuje

¹² Zbliżoną co do konsekwencji myśl wyraził SA w Gdańsku – por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 18 listopada 2015 r., II Aka 339/15 (*LEX nr 1997517*)

pomiędzy owymi znamionami, a znamieniem niekorzystnego rozporządzenia mieniem.

W literaturze oraz w orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że wprowadzenie w błąd, wyzyskanie błędu lub wyzyskanie niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania pozostawać musi w przyczynowej więzi z niekorzystnym rozporządzeniem¹³. Podobna konkluzja niesie za sobą istotne konsekwencje z punktu widzenia charakteru okoliczności, które objęte powinny być błędem, lub które z innych przyczyn powinny być przez rozporządzającego nieświadomiane.

Na tle powyższego koniecznym staje się by każdorazowo przy badaniu realizacji znamion przestępstwa oszustwa dokonywać również badania istnienia więzi przyczynowej pomiędzy opisanymi zachowaniami sprawczymi a skutkiem w postaci niekorzystnego rozporządzenia. Z zasady badanie więzi przyczynowej powinno dokonywać się w oparciu o kryteria obiektywnego przypisania skutku¹⁴. Pomijając szczegółowe zagadnienia związane z ową koncepcją, spostrzec można, że na potrzeby niniejszego opracowania kluczowym w omawianym zakresie będzie odniesienie się do kwestii powiązania przyczynowego na płaszczyźnie ontologicznej. Zauważyć należy, że na gruncie przestępstwa oszustwa ściśle określony został katalog zachowań, które mogą stanowić przyczynę niekorzystnego rozporządzenia mieniem. W przypadku tego przestępstwa nie zachodzi więc konieczność poszukiwania jakie zachowanie wywołało przestępny skutek. Niewątpliwie więc w pełni użyteczne na gruncie przestępstwa oszustwa będzie badanie związku przyczynowego na płaszczyźnie ontologicznej na podstawie testu warunku *sine qua non*¹⁵. Zarazem zbyteczne i mało operatywne wydaje się sięganie do testu warunku właściwego. Test warunku właściwego wymaga ustalenia „czy zdaniem osób posiadających odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie zachowanie sprawcy może być uznane za właściwy warunek nastąpienia skutku. Innymi słowy, chodzi tutaj o stwierdzenie, czy w świetle aktualnego stanu wiedzy i posiadanego doświadczenia uzasadnione jest twierdzenie, że dane zachowanie sprawcy wywołało skutek”¹⁶. Wydaje się, że odwołanie się do podobnych kryteriów w przypadku ustalania powiązań pomiędzy zjawiskami występującymi wyłącznie w sferze psychiki (a takimi zjawiskami są błąd, niezdolność do należytego pojmowania przedsiębranego działania oraz decyzja o rozporządzeniu)¹⁷ jest nad wyraz skomplikowane. Spostrzec nadto należy, że

13 Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 16 grudnia 2011 r., II Aka 269/11 (*LEX nr 1168496*)

14 M. Dąbrowska Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, s. 282

15 Por. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, s. 195, Kraków 2010

16 M. Dąbrowska Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, s. 282

17 Zastrzec należy, że w przypadku przestępstwa oszustwa więź przyczynową badać należy w dwóch

więź jaka występować musi między błędem lub niezdolnością, a decyzją o rozporządzeniu, istnieje w świadomości tożsamej, indywidualnie oznaczonej osoby. Sięganie w takim wypadku do ocen z dokonywanych z perspektywy wzorców zewnętrznych wydają się mało adekwatne.

Potrzeba zastosowania testu warunku *sine qua non* dla ustalenia więzi przyczynowej pomiędzy zachowaniem sprawcy, a niekorzystnym rozporządzeniem rodzi skutki dla charakterystyki błędu lub niezdolności należytego pojmowania przedsiębranego działania towarzyszących rozporządzającemu. Zauważyć można że błąd ani opisana niezdolność, nie będą pozwały na spełnienie warunku *sine qua non* jeżeli nie będą istotne. Istotność rozumieć należy przy tym w ten sposób, że gdyby nie wystąpienie błędu lub niezdolności, to w ogóle nie doszłoby do rozporządzenia. Zauważyć wszak należy, że gdyby błąd lub niezdolność nie miały wskazanego charakteru, to możliwe byłoby ustalenie, że skutek w postaci niekorzystnego rozporządzenia nastąpiłby niezależnie od zachowań sprawczych.

Zwrócić należy uwagę, że na gruncie przestępstwa oszustwa prawnokarnie relewantne jest nie każde rozporządzenie mieniem, ale wyłącznie takie, które ma charakter niekorzystny. Tym samym, by przypisać popełnienie przestępstwa oszustwa, niezbędne jest wykazanie, że zachowanie sprawcze pozostawało w więzi przyczynowej z faktem rozporządzenia również w takim zakresie w jakim rozporządzenie to może zostać uznane za niekorzystne. Z uwagi na to przyjąć należy, że błąd lub niezdolność należytego pojmowania przedsiębranego działania muszą się rozciągać również na okoliczności faktyczne przesądzające o niekorzystnym charakterze rozporządzenia. Gdyby rozporządzający wiedział, że rozporządzenie ma charakter niekorzystny, to nie byłoby możliwe przypisanie sprawcy skutku w zakresie w jakim skutek cechować ma się niekorzystnością. Podkreślenia wymaga, że rozporządzenie w przypadku przestępstwa oszustwa ma charakter dobrowolny¹⁸ w tym sensie, że jest następstwem jednostronnie podjętej decyzji. Jeżeli decyzja o rozporządzeniu oparta jest na świadomości niekorzystności, to wówczas skutek w postaci rozporządzenia w zakresie w jakim rozporządzenie jest niekorzystne, jest w pełni przypisywalny samemu rozporządzającemu. Tym samym, nawet jeśli to sprawca zainicjuje łańcuch zdarzeń prowadzących do niekorzystnego rozporządzenia, to z chwilą kiedy rozporządzający podejmie decyzje opartą na świadomości niekorzystności, łańcuch ów zostanie przerwany.

wymiarach – w pierwszej kolejności pomiędzy zachowaniem sprawcy a powstaniem błędu, a w dalszej kolejności pomiędzy określonym stanem świadomości a decyzją o rozporządzeniu – por. M. Dąbrowska Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, s. 259

18 Tak chociażby Sąd Najwyższy w wyroku z 10 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. IV KK 1/10, *LEX nr 590282*

Opisanemu wyżej wnioskowaniu można zarzucić, że jeśli rozporządzający podejmuje świadomie decyzje o dokonaniu rozporządzenia, to trudno uznać, aby w ogóle rozporządzenie to było niekorzystne. Wszak gdyby dla rozporządzającego owo rozporządzenie miało się okazać niekorzystne to racjonalnie można oczekiwać, że podobnej decyzji by nie podjął. W tym miejscu zauważyć trzeba, że podobny zarzut trafny byłby wyłącznie przy przyjęciu określonych założeń co do rozumienia pojęcia niekorzystności. Intencją powyższych wywodów nie jest jednak definiowanie pojęcia niekorzystności, a jedynie wskazanie jakie miejsce w strukturze przestępstwa oszustwa niekorzystność zajmuje niezależnie od nadanego jej znaczenia. Tym samym przytoczony tu zarzut uznać można za przedwczesny.

Powyższe rozważania z punktu widzenia interpretacji znamienia niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem prowadzą do dwóch istotnych wniosków.

Po pierwsze na powyższym tle dojrzyć można, iż istniejące u rozporządzającego mieniem błąd lub niezdolność do należytego pojmowania przedsiębranego działania rozciągać się muszą na te elementy stanu faktycznego, które decydują o niekorzystnym charakterze rozporządzenia¹⁹.

Po drugie zauważyć można, iż każde rozporządzenie mieniem dokonane pod wpływem błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania ma tę cechę, że gdyby nie błąd lub opisana niezdolność, to nie zostałoby przez rozporządzającego dokonane lub miałyby różny charakter²⁰. Innymi słowy więc, o każdym rozporządzeniu dokonany pod wpływem błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego można powiedzieć, że byłoby sprzeczne z wolą rozporządzającego gdyby tylko ten był w stanie należycie ową wolą ukształtować.

2. Kryteria oceny niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem w literaturze i orzecznictwie – analiza krytyczna

Wobec przedstawienia najważniejszych założeń dotyczących niekorzystnego

19 J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1987, s. 265; wyrok SN z dnia 28 czerwca 2000 r., III KKN 86/98; wyrok SN z dnia 2 października 2015 r., III KKN 148/15 (*LEX nr 1816561*); J. Giezek, *Wprowadzenie w błąd jako znamię oszustwa popełnionego w obrocie gospodarczym* (w:) *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Kraków 2007, s. 77-78, J. Skorupka, *Wady oświadczenia woli w wybranych przestępstwach gospodarczych*, PS 2000, nr 4, s. 38

20 J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 68, M. Szwarczyk (w:) T. Bojarski (red.) *Kodeks karny. Komentarz.*, Warszawa 2016 s. 862, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20 maja 2015 r., II Aka 56/15 (*KZS 2015/6/68*), P. Kardas, *Prawnokarne aspekty uchylania się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku VAT - oszustwo skarbowe czy oszustwo klasyczne?*, Prok. i Pr. 2006, nr 5, s. 44 i powołane tam orzecznictwo,

charakteru rozporządzenia mieniem wynikających ze struktury przestępstwa oszustwa, celowe jest przedstawienie jak pojęcie niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem może być interpretowane. W literaturze oraz w orzecznictwie sądów dostrzec można w tym zakresie trzy koncepcje – subiektywną, obiektywną oraz mieszaną²¹.

a) Koncepcja subiektywna

Jako przejaw koncepcji subiektywnej można traktować rozmaicie ujmowane stanowiska. W jednym z ujęć podaje się, że niekorzystne rozporządzenie mieniem oceniać należy z punktu widzenia interesów osoby pokrzywdzonej²². Jakkolwiek pojęcie interesu nie ma znaczenia jednolitego, tak jednak wydają się, że w stanowiskach odwołujących do pojęcia interesu przy ocenie niekorzystności chodzi o interes konkretnie wyobrażany sobie przez pokrzywdzonego²³. O naruszeniu interesu w ujęciu tym mówi się bowiem np. gdy możliwe jest wykazanie, że do określonego rozporządzenia by nie doszło, gdyby pokrzywdzony zdawał sobie sprawę z jego rzeczywistych uwarunkowań²⁴. W takim ujęciu na dalszy plan odchodzą natomiast kwestia ewentualnego pogorszenia sytuacji majątkowej czy powstania szkody, które dla wykazania niekorzystności mają ograniczone znaczenie²⁵. W innych

21 Podobny podział dalej opisywanych koncepcji wykorzystuje: T. Oczkowski (w:) System *Prawa Karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015; s. 139.

22 Por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 30 sierpnia 2000 roku, V KKN 267/00 (OSNKW 2000/9-10/85, Prok.i Pr.-wkl. 2001/2/8); wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 9 maja 2013 roku, II Aka 74/13 (*LEX nr 1372240*); postanowienie Sądu Najwyższego z 24 listopada 2009 roku, III KK 138/09 (*LEX nr 553880*); wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 11 czerwca 2012 roku, III K 230/10 (*LEX nr 1237529*);

23 takie ujęcie za przejaw koncepcji subiektywnej uznaje również T. Oczkowski (w:) R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz.*, Warszawa 2016, s. komentarz do art. 286 k.k. teza 10: „*Niekorzystne rozporządzenie mieniem oceniane jest z punktu widzenia interesów osoby dokonującej rozporządzenia mieniem lub innej osoby pokrzywdzonej i powstanie szkody (ubytku) w mieniu pokrzywdzonego oszustwem, nie jest warunkiem koniecznym do przyjęcia, iż rozporządzenie mieniem miało charakter niekorzystny (tak SN w wyr. z 30.8.2000 r., V KKN 267/00, OSNKW 2000, Nr 9–10, poz. 85). Orzeczenie to oparto wyłącznie na subiektywnym kryterium niekorzystności rozporządzenia mieniem tj. na stanowisku dysponenta mieniem, że gdyby wiedział on o wszystkich okolicznościach czynu i zamiarach sprawców, to dyspozycji majątkowej na ich rzecz nie dokonałby.*”

24 Por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 30 sierpnia 2000 roku, V KKN 267/00 (OSNKW 2000/9-10/85, Prok.i Pr.-wkl. 2001/2/8); zastrzec należy, że w M. Dąbrowska Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, na s. 279 zawarte jest odesłanie sugerujące, iż w opisanym wyroku stwierdzono, że: „*ocena czy doszło do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, dokonywana powinna być w oparciu o kryteria obiektywne*”. Analiza przytoczonego uzasadnienia wskazuje jednak, że podobne sformułowanie w nim nie zostało zawarte – wprost przeciwnie, w uzasadnieniu tym następuje odwołanie do pojęcia interesu;

25 Por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 11 czerwca 2012 roku, III K 230/10 (*LEX nr 1237529*) - w wyroku tym miało miejsce wprowadzenie w błąd co do posiadanych kwalifikacji przez osobę zatrudnioną w charakterze nauczyciela; jak się wydaje, sąd niekorzystny charakter rozporządzenia wywiódł w oparciu o kryterium interesu pokrzywdzonego wyłącznie z błędnego wyobrażenia o kwalifikacjach; w argumentacji sądu kwestia szkody postrzegana jest jako zupełnie odrębna od oceny rozporządzenia jako niekorzystnego

ujęciach koncepcji subiektywnej podaje się także, że przy przyjęciu oceny, że konkretne rozporządzenie mieniem jest niekorzystne decydują kryteria podmiotowe. Wyjaśnia się zarazem, że „zagadnienie to należy oceniać z punktu widzenia pokrzywdzonego”²⁶. W jeszcze innym, nieco kazuistycznym ujęciu wskazuje się, że rozporządzenie wówczas jest niekorzystne, gdy pokrzywdzony otrzymał wzajemne świadczenie jednak inne niż sobie tego życzył²⁷.

Uogólniając uznać można, że koncepcja subiektywna pozwala na uznanie rozporządzenia za niekorzystne wówczas, gdy rozporządzenie to nie odpowiada woli pokrzywdzonego²⁸. Pozorną zaletą takiego rozumienia niekorzystnego rozporządzenia mieniem jest to, iż jest ono niezwykle elastyczne. Na tle wcześniej prowadzonych rozważań, wskazać można, że koncepcja subiektywna pozwala na ochronę praktycznie wszelkich racji które mogły towarzyszyć decyzji osoby rozporządzającej o dokonaniu rozporządzenia. Tym samym zakres penalizacji przestępstwa oszustwa przy przyjęciu koncepcji subiektywnej jest bardzo szeroki.

Fakt, iż koncepcja subiektywna prowadzi do tak szerokiej penalizacji na gruncie przestępstwa oszustwa spowodował, iż w literaturze pojawiły głosy wobec tej koncepcji jednoznacznie krytyczne. Argumenty powoływane przeciwko koncepcji subiektywnej dotyczyły w szczególności tego, iż koncepcja ta w zbyt dużym stopniu uzależnia karalność sprawcy od czysto subiektywnych nastawień pokrzywdzonego²⁹. Zasadność tego argumentu ocenić można dwojako. Dostrzec bowiem można, że w związku z tym, że przestępstwo oszustwa jest przestępstwem umyślnym, sprawca musi uświadamiać sobie, że osoba rozporządzająca jest wprowadzana przez niego w błąd oraz, że błąd ten jest dla tej osoby błędem istotnym. W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że niezależnie od tego jak bardzo nieracjonalna mogłaby być wola osoby rozporządzającej, sprawca nie poniesie odpowiedzialności jeśli nie będzie uświadamiał sobie że wolę tę narusza. Odrębnym zagadnieniem jest oczywiście jednak to, czy wszystkie subiektywnie pojmowane interesy rozporządzającego zasługują na ochronę z art. 286 § 1 k.k. W tym zakresie można uznać, że

26 B. Michalski (w:) A. Wąsek, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222-316. Tom II*. Warszawa 2010, komentarz do art. 286 k.k. nb 58

27 Aprobując na temat takiego stanowiska wypowiada się A.N. Preibisz, *Niekorzystne rozporządzenie mieniem jako znamię oszustwa (art. 286 § 1 k.k.)*, Prok. i Pr. 2005, nr 10; s. 78; pierwotnie analogiczne ujęcie proponowane było w wyroku SN 6 czerwca 1935 roku, 2 K 631/35 (ZbO 42/36)

28 Por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 1998 roku, IV KKN 108/96 (*OSNKW 1998/7-8/34*), oraz T. Oczkowski, glosa do wyroku SN z dnia 17 czerwca 1998 r., IV KKN 108/96, M. Praw. 2003, nr 12, s. 567

29 T. Oczkowski, glosa do wyroku SN z dnia 17 czerwca 1998 r., IV KKN 108/96, M. Praw. 2003, nr 12, s. 567,

przycyżany argument ma pewną słuszność.

Inny przycyżany w literaturze argument przemawiający przeciwko subiektywnej koncepcji niekorzystności rozporządzenia mieniem jest argumentem odwołującym się do wykładni literalnej. W literaturze podniesiono, że posłużenie się pojęciem „niekorzystne” wskazuje na potrzebę odwołania się do kryteriów obiektywnych³⁰. Wprawdzie brakuje wywodów, które tłumaczyłyby podstawy podobnego stanowiska, wstępnie przyjąć można, iż odpowiada ono pewnym językowym intuicjom.

Oba powyższe argumenty rozwinąć można poprzez podanie poważniejszego argumentu. Zauważyć można, że pewnym paradoksem płynącym z omawianej koncepcji subiektywnej jest to, że koncepcja ta może czynić w ogóle beżużytecznym badanie niekorzystności w przypadkach, gdy rozporządzenie dokonywane jest pod wpływem błędu. Jak wyżej wykazano, błąd towarzyszący rozporządzającemu musi mieć charakter błędu istotnego, a zatem konieczne jest stwierdzenie, że gdyby nie błąd, to do rozporządzenia w ogóle by nie doszło. Skoro błąd towarzyszący decyzji o rozporządzeniu musi posiadać opisany tu charakter, to nie ulega wątpliwości, że tak naprawdę tylko dzięki istnieniu błędu, rozporządzający postrzega rozporządzenie jako zgodne z jego wolą bądź leżące w jego interesie³¹. Z takiego ujęcia natomiast, jako logicznie konieczny jawi się wniosek, że rozporządzenie dokonywane pod wpływem błędu istotnego faktycznie musi być sprzeczne z wolą bądź interesem rozporządzającego. Innymi słowy, przy założeniu braku szczególnych zakłóceń procesu motywacyjnego u osoby rozporządzającej, niemożliwe jest by jednocześnie twierdzić, że z jednej strony rozporządzający, gdyby nie był w błędzie to nie dokonałby rozporządzenia a z drugiej, że rozporządzenie takie faktycznie odpowiada jego woli. W konsekwencji okazuje się, że w myśl koncepcji czysto subiektywnej, każde rozporządzenie dokonane pod wpływem błędu istotnego jest zarazem rozporządzeniem niekorzystnym. W takim ujęciu posłużenie się przez ustawodawcę znamieniem niekorzystności byłoby zabiegiem nieracjonalnym. Wobec tego koncepcja subiektywna jawić się powinna jako nieprawidłowa.

Przedstawionemu argumentowi zarzucić można, że abstrahuje on od możliwości odróżnienia przesłanek decyzji o rozporządzeniu od skutków rozporządzenia. Przykładowo możliwa jest sytuacja, gdy ktoś na skutek rozporządzenia dokonanego wbrew jego woli, pod wpływem na przykład błędu, co do osoby osiąga określony dochód. W takiej sytuacji kuszące wydawałoby się sprowadzenie oceny niekorzystności do badania nastawienia

30 M. Gutowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 1998 r.*, *Palestra* 1999/7-8/, s. 186

31 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 października 2015 r., II Aka 300/15 (Lex nr 1950299)

rozporządzającego do skutku w postaci osiągnięcia dochodu. Co oczywiste, rezultat podobnego badania pozwalałby na uznanie, że dochód sam w sobie zgodny jest z wola rozporządzającego. Tym samym, wbrew wcześniejszym wywodom dojść można by było do wniosku, że rozporządzenie, pomimo że dokonane pod wpływem błędu okaże się korzystne. Ocenic jednak należy, że opisane tu rozumowanie obarczone jest poważnym błędem. Jak wcześniej wywodzono, racje dokonania rozporządzenia nie ograniczają się wyłącznie do racji majątkowych. Podobnie należy oceniać skutki rozporządzeń. Odwołując się do powyższego przykładu wskazać można, że racją dokonania rozporządzenia mieniem może być nie tylko oczekiwanie osiągnięcia dochodu. Do pomyślenia jest, że w konkretnej sytuacji równie istotne jest też to, na rzecz kogo rozporządzenie następuje. W konsekwencji przy ocenie skutków rozporządzenia nie będzie można ograniczyć się wyłącznie do kwestii osiągnięcia dochodu. Trzeba będzie uwzględnić również na przykład to, że rozporządzenie dokonało się na rzecz niepożądanego osoby. Tym samym okazać się może, że z punktu widzenia racji majątkowych rozporządzenie zgodne jest wola rozporządzającego ale już z punktu widzenia racji osobistych, rozporządzenie to woli tej przeczy. W takiej sytuacji pojawi się konieczność odpowiedniego zbilansowania racji towarzyszących rozporządzającemu. Najwłaściwsze w tym względzie będzie postawienie pytania, czy gdyby rozporządzający wiedział że rozporządzenie dokonane jest na rzecz określonej, niepożądanego przez niego osoby, to wobec możliwości uzyskania zysku i tak dokonałby rozporządzenia. Odpowiedź twierdząca na tak postawione pytanie nie pozwoli na uznanie rozporządzenia za naruszające wolę rozporządzającego. Jednocześnie odpowiedź ta oznaczać będzie, że błąd dotyczący osoby był błędem nieistotnym. W przykładzie tym spełni się zatem w pełni intuicja, że w przypadku czysto subiektywnej oceny niekorzystności, niekorzystność podlega utożsamieniu ze znamieniem błędu, który ma być uznany za istotny. Gdyby na wyżej postawione pytanie odpowiedzieć przecząco, konieczne byłoby uznanie, że dokonanie rozporządzenia naruszało wolę rozporządzającego. Jednocześnie błąd co do osoby okazałby się błędem istotnym. W konsekwencji subiektywna ocena niekorzystności znów równoznaczna byłaby z zaistnieniem błędu istotnego i prowadziłyby do uznania analizowanego przypadku za karalny. Oceny tej nie można byłoby zmienić przez proste odniesienie się do faktu, że rozporządzający realnie się wzbogacił. Taka próba w istocie stanowiłaby odstępianie od koncepcji subiektywnej i powołanie się w ocenie niekorzystności na kryterium właściwe dalej omówionej koncepcji obiektywnej.

Podsumowując powyższe odnieść można się do dwóch argumentów, jakie przytoczono wyżej, a jakie powołane były w literaturze krytycznej wobec koncepcji

subiektywnej. Otóż zauważyć trzeba, że koncepcja subiektywna o tyle nie odpowiada wykładni językowej pojęcia niekorzystności oraz o tyle nadmiernie chroni wszelkie subiektywne interesy pokrzywdzonego, że gdyby ustawodawca rzeczywiście chciał tak szerokiej ochrony jak przewiduje to koncepcja subiektywna, nie użyłby w typie art. 286 § 1 k.k. znamienia „niekorzystne” do wszystkich przypadków rozporządzeń. Zasadniczy sens niekorzystności w ujęciu koncepcji subiektywnej mógłby być bowiem wyrażony w znamionach wprowadzenia w błąd oraz wyzyskania błędu. Skoro jednak ustawodawca, użył znamienia „niekorzystne” to oznacza to, iż jego intencją była ochrona tylko takich interesów, które w jakikolwiek sposób dają się usprawiedliwić czy zobiektywizować.

Zaprezentowana powyżej teza mogłaby się wydawać wątpliwa, przy dostrzeżeniu, że w swych założeniach pomija możliwość braku tożsamości osoby pokrzywdzonej oraz osoby rozporządzającej mieniem. W wypadkach braku takiej tożsamości błąd istotny rozporządzającego będzie równoznaczny ze stwierdzeniem, że doszło do naruszenia woli osoby, której mieniem się rozporządza wyłącznie wówczas, gdy osoba rozporządzająca prawidłowo ową wolę pojmuje i chce reprezentować. Niewykluczone natomiast są przypadki, gdy na przykład rozporządzający źle pojmie interes osoby, której mieniem rozporządza i wbrew swoim własnym przekonaniom na skutek błędu postąpi w sposób zgodny z jej wolą. Tym samym, posłużenie się znamieniem niekorzystności w omawianych przypadkach nie będzie zupełnie bezcelowe. Tylko bowiem istnienie tego znamienia będzie podstawą do zweryfikowania oceny charakteru rozporządzenia przez pryzmat woli osoby pokrzywdzonej. Zauważyć jednak należy, że okoliczność ta nie pozwala samoistnie na podważenie trafności wywiedzionego wyżej argumentu. Przyjmując założenie racjonalnego ustawodawcy, trudno jest uznać, aby jedynym celem posłużenia się znamieniem niekorzystności było uadekwatnienie zakresu penalizacji przestępstwa oszustwa w przypadkach braku tożsamości osoby rozporządzającej oraz pokrzywdzonej i to jedynie przy założeniu braku należytej reprezentacji interesu osoby pokrzywdzonej.

Słabość koncepcji subiektywnej wykazać można również i z innej perspektywy. Otóż, jeśli koncepcję subiektywną postrzegać jako ściśle odniesienie się do intencji czy interesu pokrzywdzonego, to w niektórych sytuacjach jej zastosowanie okazać się może nierealne. Łatwo sobie wyobrazić ewentualność, gdy nie da się ustalić jaka była rzeczywista wola czy interes pokrzywdzonego. W takich sytuacjach zamiast koncepcji subiektywnej siłą konieczności odwoływać się trzeba do racji o charakterze zobiektywizowanym.

Jednym z możliwych przejawów opisanej wyżej sytuacji, jest wypadek gdy oszustwo dokonywane jest poprzez wyzyskanie niezdolności do należytego pojmowania

przedsiębranego działania. Wówczas nie sposób jest ustalić na czym mogłaby polegać wola czy subiektywnie pojmowany interes rozporządzającego. Skoro rozporządzający jest niezdolny do należytego pojmowania przedsiębranego działania, to trudno oczekiwać by był w stanie w sposób świadomy ustosunkować się do roli jaką rozporządzenie odgrywa dla jego interesu. Oczywiście w tym względzie odróżnić trzeba przypadki niezdolności trwałej i przemijającej. Zauważyć można, że w przypadkach przemijającej niezdolności możliwe będzie posiłkowanie się subiektywną oceną pokrzywdzonego z perspektywy ex post. W takich jednak wypadkach aktualny pozostanie odpowiednio powołany argument dotyczący rozporządzenia pod wpływem błędu. Otóż jeśli miałyby się okazać, że pokrzywdzony ex post oceni rozporządzenie jako korzystne, to okaże się jednocześnie, że wyzyskanie niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania nie spełnia testu warunku sine qua non. By wykazać zatem brak karalności danego zachowania znów nie będzie konieczne odwoływanie się do znamienia niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem. W przypadkach trwałej niezdolności natomiast, ustalanie subiektywnie pojmowanej woli pokrzywdzonego nie będzie możliwe. Wówczas konieczne będzie posiłkowanie się wzorcami obiektywnymi.

Podsumowując dojść należy do wniosku, że strukturalna wykładnia znamion przestępstwa oszustwa zmusza do uznania, że ocena niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem nie może być dokonywana wyłącznie w oparciu o przesłanki czysto subiektywne. Konieczne jest w przypadku tej oceny sięganie do wzorców o charakterze obiektywnym. Z tych też przyczyn, koncepcja subiektywna nie może być zaakceptowana w pełni.

b) Koncepcja obiektywna

Obiektywna koncepcja interpretowania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem odwołuje się w sposób ścisły do majątkowych rezultatów rozporządzenia mieniem. W myśl tej koncepcji przyjmuje się, że niekorzystnym jest takie rozporządzenie mieniem, które powoduje jakiegokolwiek, szeroko pojmowane pogorszenie sytuacji majątkowej pokrzywdzonego³². Pogorszenie owej sytuacji może przejawiać się tak w rzeczywistym

32 E. Guzik – Makaruk, E. Pływaczewski (w:) M. Filar (red.) *Kodeks karny. Komentarz*. WK 2016, *komentarz do art. 286 k.k.*, teza 6, M. Szwarczyk (w:) T. Bojarski (red.) *Kodeks karny. Komentarz.*, Warszawa 2016 s. 863, wyrok SN z 2 października 2015 r., III KK 148/15, LEX nr 1816561; postanowienie Sądu Najwyższego z 2 lutego 2004 r., IV KK 322/03, *OSNwSK 2004/1/233*, Wyrok SA w Łodzi z 29 stycznia 2001 r., II AKa 74/01, *KZS 2002/11/33*

uszczerbku, jak i w utracie spodziewanych korzyści³³, jak również w samym wystąpieniu zagrożenia późniejszego uszczerbku w majątku albo utraty spodziewanych korzyści³⁴. W orzecznictwie osobno podaje się, że jako pogorszenie sytuacji majątkowej postrzegane może być przesunięcie terminów spłaty długu, pogorszenie szans właściciela na odzyskanie należności czy niezgodne z umową wpisanie go do hipoteki na gorszym miejscu, wreszcie na niekorzystnym lub niepełnowartościowym zabezpieczeniu spłaty długu³⁵.

Koncepcja obiektywna jednoznacznie wyznacza granice, w ramach których dokonywać można oceny czy rozporządzenie mieniem prowadziło do pogorszenia sytuacji majątkowej. Otóż wskazuje się, iż ocena taka następować powinna poprzez porównanie sytuacji majątkowej pokrzywdzonego w momencie przed dokonaniem rozporządzenia oraz sytuacji majątkowej jaka powstała z chwilą dokonania rozporządzenia³⁶. Jak zresztą się wydaje, podobną metodę oceny niekorzystnego charakteru implikuje już samo posłużenie się zwrotem „pogorszenie sytuacji majątkowej”.

Jako najważniejszą zaletę koncepcji obiektywnej wskazać należy, iż odwołuje się ona do precyzyjnego i jednoznacznego kryterium. Koncepcja ta daje duży poziom przewidywalności a zarazem, jak się wydaje, ogranicza zakres penalizacji przestępstwa oszustwa do zachowań o niewątpliwie nagannej wymowie. W konsekwencji uznać można, że koncepcja bardzo trafnie realizuje postulaty płynące z gwarancyjnej funkcji prawa karnego. Ponadto koncepcja ta bardzo ściśle współgra z charakterem dobra prawnego stanowiącego przedmiot ochrony przestępstwa oszustwa w postaci mienia³⁷. Zauważyć można, że w przypadku koncepcji obiektywnej w opisywanym tu znaczeniu, penalizacji podlegać mogą wyłącznie zachowania, które ściśle wymierzone są w sferę interesów majątkowych pokrzywdzonego.

W tym miejscu należy zająć jednak stanowisko, że ścisłość koncepcji obiektywnej jest nadmierna i prowadzi do negatywnych konsekwencji, tak z punktu widzenia jej

33 M. Kulik (w:) M. Mozgawa (red.) *Kodeks karny. Komentarz.*, WK 2015 komentarz do art. 286 k.k. teza 8

34 A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, komentarz do art. 286 k.k. teza 7, L. Wilk (w:) M. Królikowski (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222-316*, Warszawa 2013, komentarz do art. 286 nb: 51; O. Górniok, "Niekorzystne rozporządzenie" i "cudze mienie" jako znamiona przestępstwa oszustwa (na tle niektórych sposobów wyludzeń nieruchomości), *Prok. i Pr.* 2002, nr 9, s. 11-12, T. Oczkowski, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004, s. ..., M. Gałązka (w:) A. Grześkowiak, K. Wlák (red.), *Kodeks karny. Komentarz.*, Warszawa 2015, s. 1300

35 Wyrok SA w Szczecinie z 9 lipca 2015 r., II AKa 111/15, LEX nr 1782024

36 T. Oczkowski, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004, s. ...; L. Wilk (w:) M. Królikowski (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222-316*, Warszawa 2013, komentarz do art. 286 nb: 53; M. Dąbrowska Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, s. 282

37 M. Dąbrowska Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, s. 253

operatywności jak i z punktu widzenia pożądanego zakresu penalizacji przestępstwa oszustwa.

Jak się wydaje, koncepcji obiektywnej nie da się stosować w sposób ściśle odpowiadający wysuwany w związku z nią postulat. Wobec bowiem wymogu porównywania sytuacji majątkowej według momentów tuż przed dokonaniem rozporządzenia mieniem i tuż po rozporządzeniu mieniem oraz wobec szerokiego rozumienia pogorszenia sytuacji majątkowej, trudno sobie wyobrazić takie rozporządzenie, które nie będzie dało się zinterpretować jako pogorszenie sytuacji majątkowej. Przykładowo wskazać można, że nawet przy najprostszej transakcji przebieg zachowań jej uczestników może być następujący. Najpierw strony zobowiązują się do wzajemnych świadczeń, a następnie świadczenia te wobec siebie realizują. Jeżeli jedna ze stron wykona świadczenie przed stroną drugą, to w myśl koncepcji obiektywnej świadczenie tej strony będzie mogło zostać uznane za rozporządzenie niekorzystne. Wszak bezpośrednio przed rozporządzeniem w postaci świadczenia osoba ta posiada przedmiot świadczenia, wierzytelność względem kontrahenta oraz ciąży na niej zobowiązanie do świadczenia. Wykonanie świadczenia jakkolwiek zwalnia ową osobę z zobowiązania to jednak w sposób bezpośredni uszczupla jej majątek. W miejsce przedmiotu posiadającego konkretną wartość, pozostaje jej wyłącznie wierzytelność której zaspokojenie z natury rzeczy zawsze obarczone może być pewnym ryzykiem (innymi słowy dochodzi do wzrostu ryzyka po stronie rozporządzającego). Zaspokojenie owej wierzytelności jest zarazem na tyle oddalone w czasie, że jego nastąpienie może nie zostać objęte warunkami koncepcji obiektywnej. Wskazany przykład uwidacznia, że koncepcja obiektywna, pomimo ścisłego ujęcia, wymaga uadekwatnienia odwołującego się do nieobjętych nią intuicji. To oczywiście nie podważa sensu całej koncepcji, tym niemniej wskazuje, iż nabudowana jest ona jedynie na pewnym uproszczeniu.

Poważniejsze zarzuty dotyczące koncepcji obiektywnej odnoszą się do jej wpływu na zakres penalizacji przestępstwa oszustwa.

W pierwszej kolejności zauważyć można, że koncepcja obiektywna nie zapewnia należytej ochrony zysku oczekiwanego przez rozporządzającego w związku z dokonaniem przez niego rozporządzeniem. Koncepcja obiektywna, opisując pogorszenie sytuacji majątkowej wprawdzie odnosi się do pojęcia utraconych korzyści³⁸. Jak jednak się wydaje, pojęcie to, korzyści spodziewanych w związku z samym niekorzystnym rozporządzeniem, nie

38 Przy pojęciu tym dokonuje się odwołania do terminu *lucrum cessans* co wskazuje na ściśle powiązanie z terminologią prawa cywilnego; por. chociażby: M. Dąbrowska Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, s. 278, postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 13/07, (*OSNKW 2007, nr 7-8, poz. 56*)

obejmuje. Za poglądami wyrażonymi w nauce prawa cywilnego należy przyjąć, że pojęcie utraconych korzyści obejmuje takie korzyści, których uzyskanie byłoby prawdopodobne w stopniu graniczącym z pewnością, gdyby nie zaistniało działanie szkodzące³⁹. Taka charakterystyka pojęcia utraconych korzyści rodzi istotne trudności na gruncie przestępstwa oszustwa. Otóż w przypadku przestępstwa oszustwa, działaniem szkodzącym jest wprowadzenie w błąd albo wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, które doprowadzają do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Błąd lub opisana niezdolność, muszą być zarazem tego rodzaju, że gdyby nie one, to do określonego rozporządzenia by nie doszło. W konsekwencji, praktycznie niemożliwym jest wykazanie zgodnie z wyżej podaną charakterystyką utraconych korzyści, że gdyby nie działanie szkodzące, to korzyść, jakiej pokrzywdzony oczekiwał w związku z rozporządzeniem, zostałaaby przez niego osiągnięta. Wszak aby przyjąć realizację znamion przestępstwa oszustwa, niezbędne jest wykazanie, że gdyby nie działanie szkodzące, to nie doszłoby do rozporządzenia. W razie wykazania zaś, że w braku działania szkodzącego nie doszłoby do rozporządzenia mieniem, nie można jednocześnie przyjąć wysokiego prawdopodobieństwa uzyskania korzyści, jaka na skutek owego rozporządzenia mogła dla pokrzywdzonego wyniknąć. Nie jest zarazem dopuszczalne wnioskowanie, że nieosiągnięta korzyść związana z rozporządzeniem mieścić się może w pojęciu utraconych korzyści z tego powodu, że można wykazać, że zostałaaby osiągnięta z wysokim prawdopodobieństwem, gdyby stan rzeczywisty odpowiadał okolicznościom wyobrażanym sobie przez pokrzywdzonego. Zauważyć jednak należy, że działanie szkodzące w przypadku przestępstwa oszustwa nie polega na zmianie rzeczywistości w stosunku do prawdziwych wyobrażeń pokrzywdzonego a wprost przeciwnie – na zafałszowaniu prawdziwych lub wyzyskaniu nieprawidłowych wyobrażeń o rzeczywistości. Reasumując, pojęcie utraconych korzyści wiązać należy z korzyściami, które rzeczywiście są prawdopodobne. Korzyść utracona w przypadku niekorzystnego rozporządzenia mieniem jest natomiast jedynie oczekiwaniem, które z założenia nie ma rzeczywistych podstaw. Tym samym uznać można, że w przypadku przestępstwa oszustwa pojęcie utraconych korzyści nie obejmuje korzyści oczekiwanych w związku z samym rozporządzeniem mieniem.

Oczywiście nie można tracić z pola widzenia, że pojęcie utraconych korzyści może

39 M. Kaliński (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014; s. 123: „Utracone korzyści stanowią element szkody podlegającej naprawieniu, jeżeli zostanie wykazane, że prawdopodobieństwo ich wejścia do majątku poszkodowanego w braku zdarzenia szkodzącego było wysokie; por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2016 roku, sygn. II CSK 172/15 (*Lex nr 2010214*), wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 sierpnia 2016 roku, sygn. I Aca 229/16 (*Lex nr 2115453*)”

objąć równowartość spodziewanego zysku, gdy zostanie wykazane, że gdyby nie działanie sprawcy, to z wysokim prawdopodobieństwem pokrzywdzony dokonałby innego rozporządzenia, które to rozporządzenie spodziewany zysk już by przyniosło. Taki zabieg nie będzie jednak możliwy w przypadku wszystkich rozporządzeń. Otóż warunkiem podobnego wniosku jest wykazanie, że dokonane rozporządzenie było konkurencyjne względem innego, analogicznego rozporządzenia, które zarazem było wysoce prawdopodobne i które z dużym prawdopodobieństwem przyniosłoby analogiczny do oczekiwanego dochód. Jak się wydaje, podobne wnioski nie będą funkcjonowały należycie w obrocie gospodarczym, gdzie dostępność przedsiębiorców do zasobów, którymi dokonują rozporządzeń może być wyższa niż zapotrzebowanie na nie. Przykładowo, bardzo trudno byłoby wykazać, że bank ze względu na udzielenie jednego kredytu na rzecz sprawcy oszustwa, nie mógł udzielić innego kredytu, który przyniósłby mu spodziewany dochód. Podobnie trudno byłoby uznać, że diler samochodowy, poprzez sprzedaż konkretnego samochodu, pozbawił się możliwości sprzedaży analogicznego samochodu innej osobie. Oczywiście inaczej sytuacja wyglądać będzie w przypadku podmiotów dysponujących ograniczonymi zasobami. W przypadku osoby fizycznej chcącej sprzedać z zyskiem swój używany samochód, będzie możliwe wykazanie, że gdyby nie nastąpiła sprzedaż na rzecz sprawcy oszustwa, to doszłoby do podobnej sprzedaży na rzecz innej osoby. W takim wypadku jednak będzie należało dodatkowo zweryfikować, jakie było prawdopodobieństwo sprzedaży samochodu na rzecz innej osoby oraz czy w przypadku sprzedaży na rzecz tej osoby, również oczekiwany mógłby być analogiczny zysk.

Biorąc pod uwagę powyższe uznać można, że odwołanie się na gruncie koncepcji obiektywnej do pojęcia utraconych korzyści, nie zawsze zapewni przy popełnieniu przestępstwa oszustwa ochronę zysku spodziewanego w związku z dokonanym rozporządzeniem⁴⁰.

Ustalenie, że koncepcja obiektywna nie chroni w pełni oczekiwania osiągnięcia zysku samoistnie oczywiście jednak nie może podważyć owej koncepcji. Wpierw bowiem należy ustalić że ochrona oczekiwania osiągnięcia zysku jest potrzebna i dopuszczalna.

W orzecznictwie wyrażony został pogląd⁴¹, który mógłby podważyć zasadność objęcia

40 Odmiennie stanowisko wyraża, A.N. Preibisz. W ocenie autorki, premia związana z transakcją sprzedaży może być postrzegana jako utracona korzyść w znaczeniu cywilnym. Jak się wydaje, przy przyjęciu omówionych tu założeń, stanowisko to jest błędne (A.N. Preibisz, *Niekorzystne rozporządzenie mieniem jako znamię oszustwa (art. 286 § 1 k.k.)*, Prok. i Pr. 2005, nr 10; s. 81)

41 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, z dnia 26 marca 2009 r. (II AKa 50/09, *Prok.i Pr.-wkl. 2009/11-12/30*) – w uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, że na zakres niekorzystnego rozporządzenia mieniem nie może się złożyć m.in. suma rat leasingowych tylko z tego powodu, iż suma ta przewyższa wartość

zakresem penalizacji zachowań, które prowadzą do pozbawienia osoby rozporządzającej oczekiwanego zysku. Jako argument podano, że spodziewany zysk nie stanowi składnika mienia, którym dokonano rozporządzenia na niekorzyść pokrzywdzonego i na który, jako korzyść majątkową, ukierunkowane było oszukańcze działanie sprawcy. Zastrzeżono jednocześnie, że przestępstwo oszustwa odnosić można tylko do tego mienia, którym rozporządzono. Jak się wydaje, przedstawione stanowisko nie jest trafne.

Wskazać należy, że z literalnego brzmienia przepisu art. 286 § 1 k.k. nie sposób wywieść wymogu, by popełnienie przestępstwa oszustwa relacjonować należało wyłącznie do wartości dokonanego rozporządzenia. Przepis wymaga jedynie, by doszło do rozporządzenia mieniem, które ocenione może być jako niekorzystne. Powołane stanowisko orzecznictwa byłoby słuszne tylko wówczas, gdyby przyjąć, że w języku powszechnym pojęciu niekorzystności nadać można wyłącznie takie znaczenie jakie postulowane jest na gruncie koncepcji obiektywnej. Wówczas niekorzystność sprowadzać musiałaby się do różnicy w stanie majątkowym spowodowanej rozporządzeniem i analogicznie samo oszustwo mogłoby być relacjonowane tylko do pogorszenia stanu majątkowego wywołanego rozporządzeniem. Jednocześnie pojęcie niekorzystności nie mogłoby obejmować braku uzyskania oczekiwanego dochodu. W rzeczywistości jednak nie budzi wątpliwości, że rozumienie niekorzystności na gruncie języka powszechnego jest o wiele szersze. Jak się wydaje, w powszechnym rozumieniu niekorzystności postrzeganym w oderwaniu od struktury znamion przestępstwa oszustwa z powodzeniem można zmieścić rozumienie odpowiadające chociażby koncepcji subiektywnej⁴². Wszak gdyby było inaczej, zapewne koncepcja subiektywna w ogóle nie byłaby przedmiotem rozważań na gruncie nauki i orzecznictwa. W konsekwencji przyjąć można, że znaczenie niekorzystności w języku powszechnym jest szerokie. Kryteria językowe nie sprzeciwiają się zatem samoistnie by za niekorzystne rozporządzenie uznać takie rozporządzenie które nie przynosi zakładanej korzyści.

Ponadto zauważyć należy, że sprzeczne z rozumieniem potocznym jest twierdzenie, że działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej ograniczać się powinno wyłącznie do korzyści jaka płynie dla sprawcy bezpośrednio z faktu rozporządzenia mieniem. Nie da się racjonalnie uznać, że pozbawienie rozporządzającego zysku nie może być postrzegane przez sprawcę jako możliwość osiągnięcia korzyści majątkowej. Podobnie nie sposób uznać, że

przedmiotu leasingu. Przyznać zarazem należy, że w orzeczeniu tym zasadnie wyłączono z zakresu ochrony inne korzyści, które należeć się miały rozporządzającemu dopiero w związku z niewykonaniem zobowiązania przez leasingobiorcę.

42 Nie ma tu sprzeczności z wcześniejszą tezą o potrzebie obiektywizacji pojęcia niekorzystności. Konieczność obiektywizacji wynika bowiem, jak wyżej próbowano wykazać, jedynie z miejsca pojęcia niekorzystności w strukturze pozostałych znamion przestępstwa oszustwa

taka perspektywa nie może wyznaczać dla sprawcy celu jego działania. Dla przykładu podać można, że sprawca zaciągając kredyt z zamiarem spłaty jedynie należności głównej osiągnie korzyść polegającą na zachowaniu w swym majątku równowartości odsetek. Jeśli przy tym okaże się, że sprawca chciał rzeczywiście zachować w swym majątku ową wartość odsetek, to niewątpliwie będzie możliwe przyjęcie, że ów sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Trudno wreszcie przyjąć, że rozporządzenie mieniem w celu osiągnięcia zysku (jako nadwyżki nad wartością rozporządzenia) nie będzie niekorzystnym, jeżeli wprowadzie zysk nie zostanie osiągnięty, ale dojdzie do wyrównania uszczuplenia spowodowanego faktem rozporządzenia. Zauważyć wszak można, że zwłaszcza w obrocie gospodarczym zysk nie służy jedynie prostemu powiększeniu majątku. W przypadku struktur zorganizowanych zysk (rozumiany jako nadwyżka nad wartością świadczenia), służyć może sfinansowaniu działania wielu osób i pokryciu kosztów wprowadzie niezwiązanych bezpośrednio z samym świadczeniem, lecz które owe świadczenia mogą warunkować. Zysk w obrocie gospodarczym może także stanowić jedyne wynagrodzenie podmiotu rozporządzającego i tym samym stanowić dla podmiotu owego jedyny sens dokonywania rozporządzeń. Dla przykładu podać można, że odsetki naliczane tytułem udzielenia kredytu, będą pokrywać koszty uzyskania przez sam bank określonej sumy pieniężnej (oprocentowanie na lokatach, oprocentowanie pożyczek udzielonych przez NBP), koszty działania placówki bankowej czy koszty zatrudniania pracowników. Nadwyżka ponad wymienione koszty będzie natomiast stanowiła zysk (w znaczeniu ścisłym), który stanowi podstawowy sens działania instytucji udzielającej kredytu. Teza że zwrot przez kredytobiorcę jedynie należności głównej nie prowadzi do uznania czynności przyznania kredytu za niekorzystne rozporządzenie mieniem, wobec powyższych założeń jawi się jako sprzeczna ze zdrowym rozsądkiem.

W konsekwencji widać wyraźnie, że względy funkcjonalne nakazują uznać, iż rozporządzenie, które nie przynosi oczekiwanego zysku powinno być uznawane za rozporządzenie niekorzystne. Takiej konkluzji w żadnym wypadku nie przeczą względy językowe i niezasadny byłby w tym względzie zarzut wykładni rozszerzającej.

Wobec powyższego ocenić należy, że ochrona zysku pojmowanego jako nadwyżka nad wartością rozporządzenia jest na gruncie przestępstwa oszustwa potrzebna i z językowego punktu widzenia dopuszczalna. Brak takiej ochrony w przypadku przyjęcia koncepcji obiektywnej w opisywanym tu kształcie stanowi zatem poważny argument, który koncepcję tę podważa.

W dalszej kolejności zarzucić można, że koncepcja obiektywna, redukując pojęcie

niekorzystności do pogorszenia sytuacji majątkowej, abstrahuje od faktu, iż rozporządzeniu mieniem towarzyszyć mogą różne racje i nie zawsze będą to racje majątkowe.

Ściśle pojmowana koncepcja obiektywna, prowadzi do wyłączenia z zakresu penalizacji takich rozporządzeń, na skutek których osoba rozporządzająca otrzymuje przedmiot o wartości równej wysokości uszczuplenia ale odmienny od przedmiotu oczekiwanego lub po prostu przedmiot jej zbędny⁴³. Niejako na obronę koncepcji obiektywnej podnosi się w tym względzie, iż gdy otrzymany w zamian za rozporządzenie przedmiot jest np. niepotrzebny, to pogorszenie sytuacji majątkowej można sprowadzić do zastąpienia w stanie majątkowym rzeczy potrzebnej (np. pieniędzy) rzeczą zbyteczną⁴⁴. Jak się wydaje, podobne stanowisko jakkolwiek co do istoty jest słuszne, tak jednak nie mieści się w granicach wyznaczonych przez koncepcję obiektywną. Wszak nie można nie dostrzec, że chociażby w omawianym przykładzie, badanie sytuacji majątkowej rozciąga się jednocześnie na badanie tego, czy określony przedmiot jest w mieniu potrzebny. Takiego badania nie da się natomiast przeprowadzić bez odwołania się do okoliczności subiektywnych. Dodatkowo wskazać można, że rozbieżność pomiędzy oczekiwaniami wobec rzeczy a rzeczywistymi cechami owej rzeczy nie zawsze będzie się sprowadzać do tego czy rzecz jest potrzebna. W grę wchodzić tu mogą rozmaite racje osoby pokrzywdzonej, których koncepcja obiektywna odwołując się do kryterium majątkowego nie obejmie. Oczywiście można twierdzić, że właśnie na tym polega sens koncepcji obiektywnej, że pozwala oddzielić interesy obiektywnie uzasadnione od interesów czysto subiektywnych. Wydaje się jednak, że nie jest to twierdzenie trafne. Koncepcja obiektywna, w powszechnie przyjmowanej postaci prowadzi do wniosku, że jedynym obiektywnie uzasadnionym interesem jest właśnie interes majątkowy. Poza zaś interesem majątkowym, wszelkie racje towarzyszące rozporządzeniu musiałyby mieć charakter subiektywny i tym samym nie podlegałyby prawnokarnej ochronie. Taki wniosek byłby jednak nieakceptowalny.

Jako argumenty za tym, by nie obejmować ochroną pozamajątkowych racji rozporządzenia w wypadkach, gdy rozporządzenie nie prowadzi do pogorszenia sytuacji majątkowej, mogłyby dodatkowo zostać powołane wszystkie zarzuty przytoczone w odniesieniu do ochrony oczekiwania zysku. Jak się jednak wydaje, rozważania poświęcone potrzebie i dopuszczalności ochrony zysku, w odpowiednim zakresie zachowują aktualność również w tym miejscu. W szczególności podkreślić można, że nie istnieją racje językowe,

43 Tak zarysowany problem był przedmiotem analizy w wyroku SN z 20 sierpnia 1934 r., I K 468/34 (ZbO 59/35) oraz wyroku SN 6 czerwca 1935 roku, 2 K 631/35 (ZbO 42/36)

44 T. Oczkowski, glosa do wyroku SN z dnia 17 czerwca 1998 r., IV KKN 108/96, M. Praw. 2003, nr 12; s. 566

które nakazywałyby wiązać pojęcie niekorzystności jedynie z wartością dokonanego rozporządzenia. Podobnie brak jest racji, w myśl których korzyść majątkowa powinna być bezpośrednim następstwem pogorszenia sytuacji majątkowej pokrzywdzonego⁴⁵. Na gruncie omawianego zagadnienia można dostrzec, że gdy sprawca, który zamiast umówionego produktu dostanie produkt o tożsamej wartości lecz o zupełnie różnych właściwościach, to na gruncie języka powszechnego będzie można uznać, że jego rozporządzenie, polegające na uprzednim uiszczeniu ceny, było niekorzystne. Analogicznie akceptowalne będzie przyjęcie, że ów sprawca (który np. w braku wprowadzenia pokrzywdzonego w błąd nie sprzedałby swojego towaru) osiągnął korzyść majątkową i też w celu osiągnięcia tej korzyści działał.

Wobec powyższego uznać można, że koncepcja obiektywna w zaprezentowanej postaci, chroniąc wyłącznie majątkowe racje rozporządzenia jest koncepcją niesłuszną.

Kolejny argument przeciwko koncepcji obiektywnej dotyczy niespójności pomiędzy znamieniem niekorzystności oraz znamieniem błędu do jakiej koncepcja ta prowadzi.

Jak wyżej wykazano, błąd osoby rozporządzającej na gruncie przestępstwa oszustwa musi rozciągać się na okoliczności pozwalające uznać rozporządzenie za niekorzystne. Przy przyjęciu opisywanej koncepcji obiektywnej więc, błąd obejmować musi te okoliczności, które prowadzą do uznania że na skutek rozporządzenia doszło do pogorszenia sytuacji majątkowej rozporządzającego w porównaniu do sytuacji istniejącej bezpośrednio przed rozporządzeniem. W przypadku rozporządzeń dokonywanych w ramach stosunków opartych na wzajemności świadczeń poważniejsze wątpliwości na opisanym tle nie powstaną. Sytuacja staje się jednak kłopotliwa w przypadku, gdy rozporządzający, motywowany racjami pozamajątkowymi, dokonuje rozporządzenia bez oczekiwania wyrównania poniesionego uszczerbienia. Jak wyżej wykazano, dotyczy to przede wszystkim wszelkiego rodzaju darowizn. Jednocześnie jednak zagadnienie to w równej mierze obejmować będzie i innego rodzaju stosunki w których rozporządzający z innych niż majątkowe przyczyn, chce wyrównania poniesionego uszczerbienia ale jedynie w części.

Zauważyć można że w przypadku darowizny czy innego nieekwiwalentnego świadczenia, błąd osoby rozporządzającej nie dotyczy wcale tego, że dojdzie do pogorszenia jej sytuacji majątkowej. Wprost przeciwnie. Rozporządzający wie, że na skutek rozporządzenia jego sytuacja majątkowa ulegnie pogorszeniu i z innych niż majątkowe

45 Choć, jak się wydaje, i takie stanowisko było w literaturze wyrażane – por. J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 85 - „oszustwo polega właśnie na tym, że niekorzystne rozporządzenie mieniem po jednej stronie przynosi korzyść majątkową po drugiej stronie” - ze stwierdzeniem tym można się zgodzić jedynie o tyle, że rzeczywiście korzyść majątkowa przynajmniej w oczekiwaniu sprawcy musi prowadzić do spodziewanej korzyści majątkowej; brak jednak jest podstaw by twierdzić, że na korzyść majątkową złożyć musi się przedmiot niekorzystnego rozporządzenia

przyczyn godzi się na to, a nawet może tego chcieć. Przykładowo podać można sytuację, gdy oznaczona osoba dokonuje darowizny określonej sumy pieniężnej na rzecz innej osoby będąc przekonaną, że osoba ta jest jej bliskim krewnym. Niewątpliwie, przy obiektywnej koncepcji sprowadzającej niekorzystność do pogorszenia sytuacji majątkowej, nie będzie można wykazać, że osoba ta pozostawała w błędzie, co do niekorzystności swego rozporządzenia. Osoba ta wiedziała że uszczupla trwale swój majątek, a jedynie nie uświadamiała sobie, że rozporządza na rzecz obcej sobie osoby. Potrzeba ukarania sprawcy w takiej sytuacji nie budzi wątpliwości. By jednak ukaranie było możliwe, konieczna jest albo inna interpretacja dotycząca wymogów błędu, albo odmienna wykładnia pojęcia niekorzystności.

W tym miejscu wyrazić należy przekonanie, że nietrafnym byłoby w omawianej sytuacji dokonywanie odmiennej interpretacji wymogów związanych z charakterem błędu. Po pierwsze zabieg taki byłby wątpliwy z racji wyżej opisanych konsekwencji konieczności wykazywania związku przyczynowego pomiędzy błędem, a niekorzystnym rozporządzeniem. Ponadto opisywany zabieg prowadziłby do niepożądanych rezultatów w perspektywie kryminalnopolitycznej. W przypadku rozporządzeń niemotywowanych przewidywaniem wyrównania uszczuplenia majątkowego, dochodziłoby do objęcia zakresem karalności absolutnie wszystkich rozporządzeń dokonywanych pod wpływem błędu jedynie subiektywnie istotnego⁴⁶. Innymi słowy, skutki w zakresie penalizacji byłyby w omawianym zakresie zrównane ze skutkami przyjęcia koncepcji subiektywnej. Poważniejsze konsekwencje wniknęłyby jednak w przypadku rozporządzeń z zasady motywowanych przewidywaniem wyrównania uszczuplenia. Otóż w przypadkach takich, błąd co do okoliczności pozamajątkowej, o ile tylko byłby istotny, mógłby prowadzić do karalności nawet w przypadku, gdyby rozporządzający uświadamiał sobie, że jego rozporządzenie może prowadzić do pogorszenia sytuacji majątkowej. Przykładowo wyobrazić sobie można, że wyłudzenie kredytu dla przedsiębiorców poprzez wprowadzenie w błąd, co do posiadania statusu przedsiębiorcy mogłoby być karalne jako oszustwo z art. 286 § 1 k.k. nawet wówczas, gdyby bank udzielając kredytu uświadamiał sobie, że osoba kredyt zaciągająca kredytu tego nie spłaci.

Wobec powyższego uznać należy, że niespójność skutków koncepcji obiektywnej z wymogami dotyczącymi charakterystyki błędu również prowadzić powinna do podważenia

46 np. nabywca jest skłonny nabyć po zawyżonej cenie towar pochodzący z tzw. uczciwego handlu; jednocześnie nabywca jest przekonany że żaden towar wyprodukowany w Chinach nie może pochodzić z uczciwego handlu; gdyby w takim przypadku sprzedawca wprowadził nabywcę w błąd co do kraju pochodzenia towaru odpowiadałby karnie, nawet jeśli ten towar powstałby wprawdzie w Chinach ale odpowiednim dla uczciwego handlu standardzie

koncepcji obiektywnej.

Podsumowując, uznać można, że zaprezentowana tu koncepcja obiektywna nie jest prawidłowa tak pod względem jej operatywności, jak i pod względem jej skutków z punktu widzenia zakresu penalizacji przestępstwa oszustwa.

c) Koncepcja mieszana

Na gruncie nauki sformułowano również stanowisko mieszane, łączące cechy koncepcji obiektywnej oraz subiektywnej. Stwierdzono, iż „niekorzystne rozporządzenie mieniem powinno być oceniane z punktu widzenia kryteriów podmiotowych, tj. z punktu widzenia interesów pokrzywdzonego, przy jednoczesnym uwzględnieniu kryteriów przedmiotowych, czyli obiektywnego pogorszenia sytuacji majątkowej pokrzywdzonego”⁴⁷. Zauważyć można, że koncepcja ta nie jest koncepcją nową. Podobne stanowisko wyrażane było jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1969 roku⁴⁸. Dodatkowo wskazać można, że wyrazem podobnego stanowiska są również poglądy utożsamiające niekorzystny charakter rozporządzenia mieniem z pojęciem szkody lub przynajmniej z zagrożeniem powstania szkody⁴⁹. Zauważyć bowiem można, że szkoda w rozumieniu cywilistyki jest pojęciem wiążącym element majątkowego uszczerbienia z naruszeniem woli podmiotu w którego majątku uszczerbienie powstało⁵⁰.

Jak się wydaje, koncepcje mieszaną można hipotetycznie rozumieć dwojako. W każdym jednak z owych ujęć koncepcja ta powieli przynajmniej niektóre wady bądź to koncepcji obiektywnej, bądź to koncepcji subiektywnej.

Koncepcję mieszaną rozumieć można jako zawężenie koncepcji subiektywnej poprzez wprowadzenie kryteriów obiektywnych (wady koncepcji subiektywnej akcentowały szeroki jej charakter stąd zasadna może być wyłącznie próba jej zawężenia). W takim ujęciu rozporządzenie mieniem wówczas jest niekorzystne, gdy narusza wolę pokrzywdzonego (element subiektywny) poprzez to że pogarsza jego sytuację majątkową (element obiektywny). Zauważyć można jednakże, że takie rozumienie koncepcji mieszanej prowadziłoby do rezultatów tożsamyh jak w przypadku koncepcji czysto obiektywnej. W

47 T. Oczkowski (w:) *System Prawa Karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015; s. 139,

48 J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1987, s. 267

49 M. Gutowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 1998 r.*, *Palestra* 1999/7-8/, s. 186

50 M. Kaliński (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014; s. 83; M. Gutowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 1998 r.*, *Palestra* 1999/7-8/, s. 187,

ujęciu tym, z uwagi na fakt, że to pogorszenie sytuacji majątkowej ma stanowić podstawę oceny naruszenia woli pokrzywdzonego, nie będzie można mówić o naruszeniu woli pokrzywdzonego gdy do pogorszenia sytuacji majątkowej nie dojdzie. W konsekwencji koncepcja ta nie zapewni ochrony oczekiwania zysku ani też nie zapewni ochrony innych niż majątkowe racji rozporządzenia. Co więcej koncepcja ta podobnie jak koncepcja obiektywna, będzie dysfunkcyjna w przypadku rozporządzeń nieekwiwalentnych. Przykładowo, w przypadku dokonanej pod wpływem błędu darowizny nie będzie można wykazać, ani że błąd darującego obejmował uszczuplenie majątku ani też, że z uszczuplenia majątku wynikało naruszenie jego woli.

Koncepcję mieszaną rozumieć można również, jako rozszerzenie koncepcji obiektywnej poprzez uzupełnienie jej o kryteria subiektywne (wady koncepcji obiektywnej akcentowały wąski jej charakter stąd zasadna może być wyłącznie próba jej rozszerzenia). W takim ujęciu, niekorzystnym rozporządzeniem mieniem będzie każde takie pogorszenie sytuacji majątkowej (element obiektywny), które z uwagi na całokształt rzeczywiście zaistniałych okoliczności jednocześnie jest naruszeniem woli pokrzywdzonego (element subiektywny)⁵¹. Przy takim ujęciu wyraźnie jest dostrzegalne, że uznanie rozporządzenia mieniem za niekorzystne, podobnie jak przy koncepcji obiektywnej, uzależnione jest od wystąpienia pogorszenia sytuacji majątkowej. To sprawia, że w odniesieniu do zaprezentowanego tu ujęcia koncepcji mieszanej również aktualne pozostaną wcześniej omówione argumenty dotyczące braku ochrony spodziewanego w związku z rozporządzeniem dochodu oraz braku ochrony innych racji rozporządzenia niż racje majątkowe przy świadczeniach ekwiwalentnych. Atutem koncepcji mieszanej w takim ujęciu będzie natomiast wyeliminowanie wady koncepcji obiektywnej polegającej na niemożności objęcia błędem okoliczności dotyczących niekorzystnego rozporządzenia mieniem w przypadku rozporządzeń świadomie nieekwiwalentnych. Zauważyć wszak można, że jeżeli przez rozporządzenie niekorzystne rozumieć takie rozporządzenie, które prowadzi do pogorszenia stanu majątkowego, które również z innych przyczyn można ocenić jako sprzeczne z wolą pokrzywdzonego, to błąd co do niekorzystności wystąpi zarówno wówczas, gdy dotyczyć będzie pogorszenia sytuacji majątkowej jak i wówczas, gdy dotyczyć będzie wyłącznie sprzeczności z wolą pokrzywdzonego. Celem zilustrowania podać można, że w myśl omawianego ujęcia, darowizna może zostać uznana za niekorzystną nie dlatego, że doprowadzi do uszczuplenia majątku ale dlatego, że powstałe uszczuplenie z uwagi na

51 Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2005 roku, II Aka 74/04 (*Apel. - W-wa 2005, nr 3 poz. 11*)

przykład na błąd co do osoby sprzeczne będzie z wolą pokrzywdzonego. W takim przypadku nie ulegnie zarazem wątpliwości, że rozporządzający, jakkolwiek będzie świadom uszczuplenia, to jednak poza jego wiedzą pozostanie okoliczność, że uszczuplenie nastąpi na rzecz innej niż oczekiwana osoby. Spełniony zostanie zatem warunek, by błąd rozporządzającego dotyczył okoliczności przesądzających o niekorzystności. Na tym tle zauważyć jednak można, że w przypadku rozporządzeń nieekwiwalentnych koncepcja ta powieli wady koncepcji subiektywnej. Otóż okaże się, że zwłaszcza w przypadku świadczeń świadomie nieekwiwalentnych (np. darowizna) ochronie podlegać będzie każdy subiektywnie istotny interes pokrzywdzonego.

Wobec powyższego zająć należy stanowisko, że również koncepcja mieszana, ponieważ nie eliminuje w rzeczywistości istotniejszych wad koncepcji obiektywnej oraz subiektywnej, nie może zostać uznana za trafną.

3. Kryteria ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem

Całokształt powyższych rozważań prowadzi do uznania, że istnieje potrzeba wypracowania nowych kryteriów ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem. Poszukiwanie alternatywnego rozwiązania oprócz można na wnioskach jakie płyną z analizy dotychczas wywodzonych koncepcji.

Analiza merytorycznej wartości koncepcji subiektywnej prowadzi do uznania, że prawidłowo sformułowane kryteria ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem, nie mogą być na tyle szerokie aby obejmowały nawet najbardziej dowolny interes pokrzywdzonego. Ponadto kryteria te muszą abstrahować od rzeczywistych przeżyć pokrzywdzonego gdyż ich weryfikacja w wielu sytuacjach może okazać się niemożliwa.

Na podstawie wniosków wywiedzionych na gruncie analizy koncepcji obiektywnej poczynić natomiast można spostrzeżenia następujące. Po pierwsze, nie jest zasadne wiązanie niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem wyłącznie z wymiarem majątkowym rozporządzenia. Takie zawężanie kryteriów prowadzi do braku ochrony innych niż majątkowe racji rozporządzenia. Ponadto może skutkować trudnością w ustalaniu realizacji znamion przestępstwa oszustwa w przypadku rozporządzeń, co do których pokrzywdzony wie, że wiąże się z pogorszeniem jego sytuacji majątkowej. Ponadto niedostatki koncepcji obiektywnej uwidaczniają, że niewłaściwe jest przy ustalaniu niekorzystności odnoszenie się do sytuacji podmiotu pokrzywdzonego z chwili przed dokonaniem rozporządzenia. Taki punkt odniesienia nie pozwala na objęcie pojęciem niekorzystności braku osiągnięcia

spodziewanych w związku z rozporządzeniem dochodów. Ponadto prowadzi do ograniczenia operatywności koncepcji obiektywnej w znaczeniu ścisłym.

Analiza koncepcji mieszanych pokazuje, że niedostatki koncepcji subiektywnej oraz obiektywnej nie mogą być wyeliminowane poprzez proste połączenie obu koncepcji. Jak się wydaje, w obie koncepcje wbudowane są błędne założenia powodujące ich nieadekwatność i właśnie owe założenia należy wyeliminować.

Podsumowując powyższe, skonstatować można, że kryteria ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem oparte winny być na następujących założeniach. Ocena niekorzystności powinna być oparta na elementach podlegających obiektywizacji lecz kryteria niekorzystności nie powinny sprowadzać się wyłącznie do racji o charakterze majątkowym. Jednocześnie, jako punkt odniesienia dla oceny niekorzystności nie powinna być przyjmowana sytuacja pokrzywdzonego przed rozporządzeniem ale sytuacja jaka w związku z rozporządzeniem mogłaby być przewidywana lub oczekiwana.

Pewnym paradoksem mogłoby się wydawać jednoczesne założenie konieczności sięgania po kryteria o charakterze obiektywnym a zarazem odrzucenie kryterium majątkowego stanowiącego podstawę właśnie koncepcji obiektywnej. Paradoks ów jest jednak pozorny i wynika z nadmiernego zawężenia kryteriów obiektywnych w przypadku koncepcji obiektywnej przyjmowanej na gruncie prawa karnego. Nie można uznać, iż jedynym obiektywnym miernikiem korzyści lub braku korzyści jest ocena sytuacji majątkowej. Jak wyżej próbowano wykazać, racje dokonywania rozporządzeń mogą być niezwykle różnorodne i tym samym kryteria oceny niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem, ową różnorodność powinny uwzględniać. Kryteria majątkowe z uwagi na charakter przestępstwa oszustwa mogą się jawić jako najdogodniejsze. Są wszak łatwo mierzalne, a zarazem ich użyteczność w wielu wypadkach jest wysoka. Kryteria te jednak zawodzą we wszystkich przypadkach gdy konieczne jest uwzględnienie okoliczności o charakterze niemajątkowym.

Potrzeba obiektywnej weryfikacji racji o charakterze niemajątkowym prowadzi do konieczności odwołania się do teoretycznej figury wzorca osobowego. Przez wzorzec osobowy rozumie się „konstrukt wykorzystywany dla potrzeb prawnej kwalifikacji zachowania. Najogólniej rzecz ujmując, dokonuje się tu porównań na „osi” pomiędzy konkretnym realnym podmiotem a obiektywnym wzorcem (modelem) w celu odpowiedzi na pytanie, czy ten realny podmiot spełnia model, a w szczególności czy zachowanie bądź rozumowanie postaci modelowej byłoby w danych warunkach sytuacyjnych takie samo jak

to, które uzewnętrznił podmiot realny”⁵². Pojęcie modelu czy też wzorca osobowego wykształciło się głównie jako miernik staranności⁵³. W prawie karnym jednakże, cele posługiwania się pojęciem modelu wykraczają jednak poza wskazany obszar. Zauważa się, że wzorce osobowe mogą służyć również na przykład przy ustalaniu realizacji znamion ocennych⁵⁴. Na tym tle ocenić można, że odwołanie się do wzorca osobowego w zakresie ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem nie będzie zabiegiem sprzecznym z istotą owego konstruktów.

Wiążąc wcześniej wyliczone założenia z koniecznością odwołania się do konstruktów wzorca osobowego, dojść należy do wniosku, że ustalanie niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem powinno polegać na zbadaniu, czy całokształt okoliczności faktycznych zaistniałych na skutek rozporządzenia, jest co najmniej równoważny względem takich możliwych przewidywań i oczekiwań jakie obiektywny wzorzec osobowy znający cechy i sytuację konkretnego pokrzywdzonego uznałby za uzasadnione w związku z konkretnie dokonany rozporządzeniem. W konsekwencji ustalanie niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem przebiegać powinno w trzech etapach. Najpierw należy ustalić jakie hipotetycznie oczekiwania lub przewidywania z konkretnym rozporządzeniem wiązałyby osoba o cechach i sytuacji pokrzywdzonego. Następnie należy zweryfikować czy i które z wymienionych oczekiwań lub przewidywań mogłyby zostać uznane za uzasadnione przez obiektywny wzorzec osobowy, który cechy i sytuacje pokrzywdzonego oraz charakter konkretnego rozporządzenia zna. Wreszcie należy ustalić, czy sytuacja rzeczywiście zaistniała jest co najmniej równoważna oczekiwaniom lub przewidywaniom ustalonym w sposób powyższy.

W powyższym ujęciu wyodrębnić można elementy nawiązujące do obiektywnych oraz subiektywnych aspektów niekorzystności. Niewątpliwie do elementów obiektywnych nawiązuje odniesienie się do oceny wzorca osobowego, uwzględnienie hipotetycznych przewidywań i oczekiwań jak również dokonywanie porównania względem faktycznie zaistniałej na skutek rozporządzenia sytuacji. Do elementów subiektywnych z kolei nawiązuje postulat, by uwzględniać w sposób indywidualny cechy i sytuacje pokrzywdzonego oraz dokonane konkretnie rozporządzenie. Wymienione elementy nawiązujące do ujęć subiektywnych powinny wskazywać konieczność maksymalizacji starań w celu odtworzenia racji jakie faktycznie mogły towarzyszyć w związku z rozporządzeniem pokrzywdzonemu.

52 M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 87

53 M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 105

54 M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 91

Ideąłem bowiem byłoby, aby przez pryzmat kryteriów obiektywnych weryfikować nie przewidywania i oczekiwania wywiedzione tylko abstrakcyjnie, a przewidywania i oczekiwania jakie faktycznie osobie pokrzywdzonej towarzyszyły. Jednocześnie wskazany tu postulat prowadzi w konsekwencji do uznania, że w razie poczynienia ustaleń co do rzeczywistej woli pokrzywdzonego, wola ta przy badaniu niekorzystności powinna być uwzględniona. Oczywiście nie chodzi tu o to, by jak w koncepcji subiektywnej owa wola determinowała samo pojęcie niekorzystności. Rola jej ustalenia sprowadzona powinna być raczej do tego, by wywiedzione abstrakcyjnie racje rozporządzenia nie rozciągały się dalej niż sam pokrzywdzony mógłby tego oczekiwać. Jak się wydaje, indywidualna ocena cech i sytuacji pokrzywdzonego jak również konkretnie dokonanego rozporządzenia nie powinna nigdy prowadzić do przypisania ochrony interesom dalej idącym niż interesy realnie przez pokrzywdzonego założone.

Na tle powyższego zauważyć można, że omawiana propozycja, inaczej niż wyżej przedstawione koncepcje, nie skupia się na tym jakie warunki muszą być spełnione by uznać rozporządzenie za niekorzystne. Wskazuje raczej co przy badaniu niekorzystności należy uwzględniać oraz jaka perspektywa powinna być przy tym przyjmowana. W konsekwencji omawiana propozycja najwyższą użyteczność wykazywać powinna nie jako kryterium rozstrzygające, a raczej jako dyrektywa dotycząca wyboru argumentów przy podejmowaniu określonego rozstrzygnięcia. Jako przykład zastosowania omawianej propozycji we wskazanym ujęciu można przytoczyć przypadek doprowadzenia do darowizny za pomocą wprowadzenia w błąd polegający na tym, że darujący jest przeświadczony że suma pieniężna będzie przeznaczona na cenioną przez niego organizację charytatywną, a w praktyce okazuje się, że pieniądze przeznaczone zostają na organizację charytatywną, z której działalnością z przyczyn ideologicznych darujący się nie zgadza. W przypadku zastosowania koncepcji subiektywnej, zachowanie osoby wprowadzającej w błąd będzie w omawianym przykładzie realizowało znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. Na tle owej koncepcji rozstrzygające będzie ustalenie, że dokonana darowizna była niewątpliwie sprzeczna z wolą osoby darującej. W przypadku koncepcji obiektywnej, dokonane rozporządzenie również będzie mogło zostać uznane za niekorzystne gdyż na skutek rozporządzenia nastąpi uszczuplenie w majątku osoby darującej. W przypadku tej koncepcji jednakże, nie dojdzie do realizacji znamion przestępstwa oszustwa, gdyż nie będzie można wykazać, że darujący był w błędzie co do okoliczności przesądzających o niekorzystności. W przypadku propozycji omawianej w niniejszej pracy, jednoznaczne rozstrzygnięcie, czy rozporządzenie dokonane przez darującego było niekorzystne będzie wymagało uwzględnienia dodatkowych okoliczności. W

omówionym przykładzie, rozstrzygnięcie czy sprawca doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, będzie w szczególności wymagało zbadania, czy powody dla których darujący nie chciałby dokonać darowizny na rzecz innej niż przewidywana organizacji mają doniosłość obiektywną. Wydaje się, że gdyby miało się okazać, że obie organizacje dobroczynne zajmują się skutecznie ratowaniem życia ludzkiego, trudno byłoby uznać, że rozporządzenie było niekorzystne. Wszak niezależnie od szczególnych pobudek darującego, cel przez niego założony mógłby obiektywnie zostać osiągnięty. Omówiony przykład należałoby ocenić odmiennie gdyby okazało się, że darujący jest osobą ubogą a przy tym był przekonany, że dokonuje darowizny na rzecz organizacji zajmującej się ratowaniem życia ludzkiego, podczas gdy w rzeczywistości jego pieniądze zostały przeznaczone na fundację zajmującą się krzewieniem kultury polskiej za granicą. Jakkolwiek obydwie cele uznać można za społecznie pożądane, to jednak konieczna jest ocena, czy według oglądu obiektywnego obserwatora, cele w postaci ochrony życia oraz w postaci krzewienia kultury są dla osoby o małych zasobach pieniężnych równoważne. Wydaje się, że w podanym układzie istniałyby poważne argumenty za tym by przyjąć, że wskazane cele nie są równoważne a tym samym uprawniona byłaby ocena, że dokonane rozporządzenie było niekorzystne.

Na tle powyższego przykładu można byłoby zarzucić prezentowanej w niniejszej pracy propozycji, że wprowadza niepotrzebną niejasność i prowadzi do komplikacji w stanach faktycznych, które za pomocą innych koncepcji można rozstrzygać o wiele łatwiej. Wydaje się jednak, że wskazane okoliczności paradoksalnie prezentowaną propozycję wspierają. Zwłaszcza przedstawiony powyżej przykład pokazuje, że dotychczas przyjmowane koncepcje w niedostatecznym stopniu uwzględniają złożoność rzeczywistych sytuacji społecznych i prowadzą do automatyzmu, który może prowadzić bezpośrednio do niesprawiedliwych rozstrzygnięć. Prezentowana w pracy niniejszej propozycja natomiast, dzięki temu, iż wymusza znacznie szersze zbadanie zaszczości faktycznych, pomimo iż w niektórych przypadkach może utrudniać proces subsumpcji prawa, powinna ostatecznie prowadzić do rozstrzygnięć możliwie najbardziej adekwatnych z perspektywy pożądanego zakresu kryminalizacji art. 286 § 1 k.k.

Propozycji prezentowanej w niniejszej pracy zarzucić można byłoby, że nie pozwala ona na precyzyjne oznaczenie zakresu szkody wyrządzonej oszustwem. Taka ocena owej propozycji byłaby jednak błędna. Ustawodawca na gruncie przepisu art. 286 § 1 k.k. nie posłużył się pojęciem szkody. O tym zaś, że był to zabieg świadomy świadczy, że w innych

typach przestępstw pojęcie szkody niejednokrotnie się pojawia⁵⁵. W konsekwencji nie ma powodów by kryteria ustalania niekorzystności w jakikolwiek sposób relacjonować do kryteriów ustalania szkody. Oczywiście nie oznacza to, że przestępstwo oszustwa nigdy szkody nie będzie powodować ani też, że szkoda ta z perspektywy tego przestępstwa jest nieistotna. Zaznaczyć jednak należy, że ustalanie szkody powinno dokonywać się w oderwaniu od ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem. Ustalanie niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem jest kwestią realizacji znamion przestępstwa oszustwa i dokonywać się powinno wedle metody autonomicznej, uwzględniającej funkcje i specyfikę prawa karnego. Ustalanie szkody z kolei, jako zagadnienie pozostające w ścisłej więzi z prawem cywilnym dokonywać się powinno według kryteriów wypracowanych w nauce prawa cywilnego.

Prezentowanej tu koncepcji zarzucić można wreszcie, że jakkolwiek zgodna jest z literalnym brzmieniem art. 286 § 1 k.k. tak jednak prowadzi do objęcia zakresem penalizacji takich zachowań, które nie stanowią naruszenia przedmiotu ochrony w postaci mienia⁵⁶. Uznać należy, że takie stanowisko również byłoby nieuprawnione.

Wydaje się, że aby przyjąć, iż doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia stanowi atak na dobro w postaci mienia, nie jest konieczne wykazywanie że niekorzystność polega na uszczupleniu bądź zagrożeniu uszczupleniem mienia. Jak to we wstępie wykazano, każde rozporządzenie może być postrzegane jako pogorszenie sytuacji majątkowej. Owo pogorszenie będzie mogło zostać uznane za atak na mienie zawsze jeśli nie wystąpią obiektywnie usprawiedliwione racje owego pogorszenia. Zaspokojenie interesów majątkowych tylko w przypadku niektórych rozporządzeń będzie mogło stanowić uzasadnienie rozporządzenia. W wielu jednak wypadkach nieodzowne będzie zbadanie również przesłanek innego rodzaju. Jeśli jakiegokolwiek racje rozporządzenia wbrew usprawiedliwionym oczekiwaniom rozporządzającego nie zostaną zrealizowane, to rozporządzenie mieniem będzie mogło zostać uznane za atak na dobro w postaci mienia. Ilustrując to przykładem podać można, że doprowadzenie do darowizny, która z perspektywy czysto finansowej zawsze stanowi uszczuplenie majątku, czasem może stanowić atak na

55 Por. art. 268 § 3 k.k. czy art. 296 § 1 k.k.

56 W literaturze przyjmuje się, że dobrem chronionym na gruncie przestępstwa jest mienie: por. zwłaszcza M. Dąbrowska Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, s. 253, oraz L. Wilk (w:) M. Królikowski (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222-316*, Warszawa 2013, *komentarz do art. 286* nb 12, Zastrzec jednak należy że został wywiedziony również pogląd, w myśl którego dobro chronione na gruncie przestępstwa oszustwa można rozumieć szerzej – również jako wolność od oszukańczych zabiegów w zakresie dyspozycji mieniem – por. A.N. Preibisz, *Przedmiot ochrony przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k.*, Prok. i Pr. 2004, nr 10, s. 41;

mienie, a czasem nie. Otóż jeśli towarzyszące darującemu, pozamajątkowe racje dokonania darowizny ziszczą się w rzeczywistości, można będzie uznać, że uszczuplenie majątkowe zostało obiektywnie zrównoważone. Jeśli zaś owe pozamajątkowe racje się nie ziszczą, wówczas uszczuplenie pozostanie w żaden sposób nieuzasadnione i będzie postrzegane jako czyn naruszający dobro prawne w postaci mienia. Z drugiej strony jako przykład można podać sytuację zawarcia umowy sprzedaży w której kupujący uiszcza umówioną cenę i w zamian dostaje towar wartości równej uiszczonej ceny ale sprzeczny z jego obiektywnie uzasadnionymi oczekiwaniami (np. oczekuje starszego samochodu rodzinnego a otrzymuje nowy samochód dwuosobowy). W opisanej sytuacji, jakkolwiek uszczuplenie mienia rozporządzającego zostanie wyrównane, to jednak dające się obiektywnie uzasadnić racje rozporządzenia mieniem nie zostaną w istotnej mierze zaspokojone. W obu omówionych wypadkach atak na dobro w postaci mienia polegać będzie na uruchomieniu pewnych zasobów pieniężnych, w celu, który ostatecznie nie zostanie osiągnięty. Na tym tle skonstatować można, że atak na mienie w przypadku przestępstwa oszustwa nie polega na uszczupieniu lub zagrożeniu uszczupleniem mienia, a na tym, że mienie zostaje użyte w realizacji interesu innego niż obiektywnie usprawiedliwiony interes dysponenta mieniem.

Podkreślenia wymaga, że wyżej opisany sposób pojmowania zakresu ochrony mienia znajduje silne oparcie w wykładni systemowej. Jak wynika to z bezpośrednio z treści art. 288 § 1 k.k. oraz art. 289 § 1 k.k., przestępstwa przeciwko mieniu mogą dotyczyć nie tylko naruszeń mienia polegających na obniżeniu jego wartości czy zagrożeniu dla jego integralności, ale również na ograniczeniach dla swobodnego nim dysponowania przez pokrzywdzonego. Zauważyć można że chociażby art. 288 § 1 k.k. prowadzi do uznania za przestępne zachowań polegających na czynieniu rzeczy niezdatną do użytku. Przepis art. 289 § 1 k.k. z kolei pozwala na uznanie za przestępne zachowań polegających na krótkotrwałym użyciu cudzego pojazdu mechanicznego. W obu wskazanych przykładach nie jest istotne czy zachowanie sprawcze doprowadziło do uszczuplenia czy chociażby zagrożenia stanu majątkowego pokrzywdzonego w perspektywie jego integralności czy wartości. Tym co w przypadku omawianych przestępstw podlega ochronie, jest prawo pokrzywdzonego do w pełni swobodnej i podległej wyłącznie jego woli dyspozycji mieniem.

W świetle powyższego, w pełni uprawniona jest konkluzja, że proponowana w niniejszym opracowaniu perspektywa oceny charakteru rozporządzenia mieniem, pomimo iż abstrahuje od ściśle pojętych kryteriów majątkowych, nie prowadzi do rozszerzenia zakresu karalności przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k. poza zakres ochrony dobra w postaci mienia.