

Marcin Byczyk*

Rozwiązania prawnokarne zapewniające ochronę konsumentów przed niewspółmiernymi świadczeniami w ramach umów wzajemnych żądanymi od nich przez przedsiębiorców – aspekt prawnoporównawczy

I. UWAGI WSTĘPNE

1. Uwagi metodologiczne

Mającą podstawowe znaczenie dla niniejszej pracy metoda porównawczo-prawna, została oparta na założeniu, że porównywanie samego brzmienia ustaw karnych poszczególnych państw, jeżeli nie jest sprzężone z pogłębioną analizą orzecznictwa i literatury przedmiotu, ukazującego faktyczną treść obowiązującego i stosowanego prawa¹ czy istniejące spektrum dyskutowanych problemów interpretacyjnych, nie posiada wartości poznawczej, a nawet nie spełnia standardów rzetelności naukowej. Ze względu na charakter niniejszego opracowania podjęto próby, aby te zaobserwowane różnice pomiędzy omawianymi porządkami prawnymi wyeksplikować poprzez ich historyczną genezę, a także odnieść je do praktyki stosowania prawa. Poprzedzając część porównawczo-prawną analiza prawa karnego Rzeczypospolitej Polskiej ma charakter skromnej prolegomeny i powinna być traktowana w takich kategoriach.

2. Objaśnienie pojęć

Dla prawidłowego przeprowadzenia badań porównawczo-prawnych konieczne będzie ustalenie sensu podstawowych pojęć dla określonego obszaru analizy².

Eksplikacja poszczególnych terminów o centralnym znaczeniu dla przedmiotowej analizy natychmiast natrafia na trudność o charakterze podstawowym, wyrażającą się

* Dr Marcin Byczyk jest związany zawodowo z Uniwersytetem w Passau.

¹ E.J. Eberle, *The methodology of Comparative criminal Law*, "Roger William University Law Review" 2011/16, s. 51–72.

² Jasne jest, iż poszczególne sformułowania językowe nie mogą służyć jako *tertium comparationis*, zob. U. Müßig, *Recht und Justizhoheit*, Berlin 2003, s. 38.

w pytaniu, czy takie pojęcia jak „konsument” czy „świadczenie” posiadają na gruncie prawa karnego znaczenie swoiste, czy też należy nadawać im taki sens, wiążąc je z takimi samymi desygnatami, jak czyni się to w innych gałęziach prawa, z którymi owe *termini technicus* są związane genetycznie. Nie zagłębiając się w to niezwykle ważne zagadnienie, wypada skonstatować, iż na gruncie polskiej nauki prawa karnego było ono przedmiotem jedynie kilku wypowiedzi przedstawicieli doktryny³, wśród których statystycznie najczęściej występują głosy opowiadające się za koncepcją tzw. „pełnej zależności znaczeniowej” – przynajmniej w odniesieniu do pojęć stanowiących elementy warstwy deskryptywnej opisu typów czynów zabronionych⁴.

Rezygnując w tym miejscu – ze względu na charakter niniejszego opracowania – z prowadzenia obszernej polemiki z takim poglądem⁵, w ślad za ujęciem polskiej doktryny cywilistycznej oraz ogólnymi dyrektywami językowymi kluczowe dla wytyczenia zakresu przedmiotowej analizy pojęcia będą pojmował, o ile nie zaznaczono odmiennie, w następujący sposób:

- 1) „rozwiązanie prawnokarne” – jako wszelkie instrumenty przewidziane w ramach ustawodawstwa penalnego *sensu stricto*, tj. z wyłączeniem odpowiedzialności wykroczeniowej oraz dyscyplinarnej, służące do ochrony praw konsumentów jako stron umów wzajemnych;
- 2) „konsument” – rozumiany jest w ślad za definicją legalną, zamieszczoną w art. 22¹ k.c.⁶, jako osoba fizyczna dokonująca z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową;
- 3) „świadczenie niewspółmierne” – takie zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesowi wierzyciela⁷, które – obiektywnie rzecz ujmując – nie stanowi odpowiednika świadczenia drugiej strony umowy (wierzyciela)⁸;
- 4) „umowa wzajemna” – umowa, w której jedna ze stron zobowiązuje się do świadczenia dlatego i z takim zastrzeżeniem, iż liczy na uzyskanie świadczenia drugiej strony⁹;

³ L. Sługocki, *Glosa do uchwały Izby Karnej Sądu Najwyższego z 21.06.1995 r.*, I KZP 22/95, PiP 1996/7, s. 103; P. Kardas, *Glosa do uchwały Izby Karnej Sądu Najwyższego z 21.06.1995 r.*, I KZP 22/95, WPP/1, s. 117; O. Górniok, *Karne prawo. Wykładnia użytego w art. 300 § 2 określenia „orzeczenie sądu lub innego organu państwowego”*, OSP 2004/7–8, s. 443; S. Zółtek, *Analiza znamion przestępstw gospodarczych przez odwołanie się do regulacji prywatnoprawnych*, PS 2007/11–12, s. 131.

⁴ Spośród autorów przywołanych powyżej w przypisie nr 3 przeciwko koncepcji pełnej zależności znaczeniowej wypowiadają się jedynie L. Sługocki oraz P. Kardas.

⁵ Niezależnie od przytaczanych na jego uzasadnienie argumentów: genetycznego, normatywnego i historycznego oraz „zakazu wykładni homonimicznej”, należy wskazać na szereg trudności z tym związanych – zwłaszcza problemów z ustaleniem pierwotności danego pojęcia w pewnej gałęzi prawa, z tego już choćby prozaicznego względu, iż w historii polskiego ustawodawstwa kodyfikacje prawa prywatnego były chronologicznie późniejsze od kodyfikacji w obszarze materialnego prawa karnego. Innym problemem jest to, że – pomijając istnienie definicji legalnych – w doktrynie prawa cywilnego rzadko panuje zgodność co do rozumienia poszczególnych pojęć. Demaskuje to pewien idealizm koncepcji „pełnej zależności znaczeniowej”.

⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.).

⁷ T. Dybowski, A. Pyrzyńska, *Ogólne uwagi o świadczeniu [w:] Prawo zobowiązań. Część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s.186.

⁸ Pojęcie niewspółmierności ma charakter oceny i jest przedmiotem licznych wypowiedzi komentatorskich karnistów w związku z eksplikacją znamion występku lichwy; będzie ono jeszcze przedmiotem dalszych uwag.

⁹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania. Część Ogólna*, Warszawa 2012, s. 121. Zarazem odrzuca się tutaj pogląd, że istotą umowy wzajemnej jest to, iż „świadczenie jednej ze stron jest uznawane za odpowiednik świadczenia drugiej strony” (tak A. Brzozowski, *Klasyfikacje umów [w:] Prawo zobowiązań...*, red. E. Łętowska, s. 452), gdyż taka definicja – połączona ze stwierdzeniem, że „dla uznawania świadczeń za równoważne decydujący jest miernik subiektywny (ocena partnerów)” (A. Brzozowski, *Klasyfikacje...*) – jest w kontekście przestępstwa lichwy zupełnie nieoperatywna.

- 5) „przedsiębiorca” – rozumiany jest w ślad za definicją legalną, zamieszoną w art. 43¹ k.c., jako osoba prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową.

Powyższe definicje, choć zasadniczo zaczerpnięte z polskiego ustawodawstwa, ze względu na swój prywatno-prawny charakter mają walor bardziej uniwersalny i będą stosowane, o ile nie zostało to wyraźnie wskazane inaczej, także przy objaśnianiu rozwiązań rozwiniętych na gruncie ustawodawstw obcych.

3. Zakres analizy

Przedmiotem poniższej analizy będą wyłączenie czyny zabronione stypizowane w postaci przestępstw, w wyłączeniu trybu odpowiedzialności wykroczeniowej, zwłaszcza na podstawie Rozdziału XV Kodeksu Wykroczeń¹⁰. Opracowanie ukie-runkowane jest więc na pełną charakterystykę kluczowych regulacji stanowiących zręb prawnokarnej ochrony konsumentów, przy czym zagadnienia bardziej problematyczne i sporne poddane zostały szerszemu omówieniu, natomiast kwestie oczywiste przedstawione w postaci lapidarnych wzmianek¹¹.

II. USTAWODAWSTWO RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

1. System prawnokarnej ochrony konsumentów jako stron umów wzajemnych

W polskim porządku prawnym w toku jego historycznego rozwoju, począwszy od pierwszych nowożytnych kodyfikacji prawa karnego, zarysowało się stanowisko¹² afirmujące potrzebę prawnokarnej reglamentacji sfery wolności kontraktowej poprzez stworzenie takich typów czynów zabronionych, które swoim zakresem obejmą pewne formy zachowań stron stosunku umownego – także w jego szczególnej postaci obrotu półprofesjonalnego. Prawnokarnie relewantne zachowania w tym obszarze, zdaniem J. Makarewicza, wyczerpują się w dwóch kardynalnych typach czynów zabronionych: „Kto wyzyskuje nieświadomość, nieznanomość stosunków ekonomicznych, słabość umysłu dla wyrządzenia kontrahentowi szkody – ten popełnia oszustwo; kto wyzyskuje jego trudne położenie ekonomiczne, ten popełnia lichwę”¹³.

¹⁰ Zob. art. 133–139b ustawy z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2017 r. poz. 966).

¹¹ Być może informację takie, jak chociażby odnoszące się do społecznej szkodliwości czy winy przy omawianych regulacji będą dla niektórych czytelników nużącym trywializmem, ale podejmując się kompleksowego przedstawienia rzeczowej problematyki są one nieodzowne. Takiemu założeniu podporządkowana została również struktura niniejszego opracowania, nieco odmienna niż w przypadku klasycznych artykułów problemowych.

¹² W ocenie autora jest ono inherentnie sprzężone z nastawieniem ideologicznym przedstawicieli szkoły socjologicznej prawa karnego, będącymi w większości twórcami k.k. z 1932 r. (rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. Nr 60, poz. 571 ze zm.).

¹³ Komisja Kodyfikacyjna RP, Sekcja Prawa Karnego t. III, z. 1, Lwów 1925, s. 103 i n. Warto jednak dodać, że w sytuacji, w której sprawca podstępnie wmawia pokrzywdzonemu, iż znajduje się on w przymusowym położeniu, celem zawarcia z nim niewspółmiernej umowy wzajemnej, do czego dochodzi, odpowiadać będzie (jak się wydaje w świetle obecnego stanu nauki polskiej) na podstawie art. 286 § 1 k.k., choć ograniczenie swobody kontraktowej przez wywołanie przymusu psychicznego może stworzyć dla kontrahenta to, co *verba legis* ujmuje się jako: „przymusowe położenie”. Jeszcze bardziej problematyczne są sytuacje wyzyskania stanu niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania wywołanego np. odurzeniem narkotykowym czy tzw. głodem narkotykowym, gdzie przynajmniej dyrektywy wykładni językowej wskazują, iż zachodzić będzie rzeczywisty zbieg przekroczenia norm sankcjonowanych z art. 286 § 1 oraz 304 k.k.

Zarazem cechą wspólną obu tych występków jest to, że oba wymagają „wciągnięcia innej osoby do czynności przedsięwziętych przez sprawcę”¹⁴.

Uzupełnienie tych regulacji prawnokarnych stanowią poszczególne przepisy o wykroczeniach, stwarzające konsumentom możliwość ochrony swoich praw¹⁵, jednak zgodnie z założonym zakresem niniejszego opracowania znajdują się one poza obszarem prowadzonych tutaj rozważań, które ograniczone jest do obszaru prawa karnego materialnego

Dla zarysowania całokształtu systemu prawnokarnej ochrony konsumentów należy wskazać jeszcze na dalsze instrumenty prawne, zarówno w obrębie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego, jak i w obszarze tzw. prawa karnego pozakodeksowego. W pierwszym przypadku chodzi o możliwość orzeczenia szczególnego środka karnego w postaci zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej¹⁶. W drugim przypadku należy wskazać na kilka typów czynów zabronionych, które funkcjonowały epizodycznie jako uzupełnienie ochrony konsumentów, teraz abrogowanych¹⁷, oraz regulację ustawy o odpowiedzialności podmiotu zbiorowego¹⁸, która stanowi obecnie *de facto* regulację martwą¹⁹.

Już w świetle powyższego można skonstatować, że podstawowe znaczenie dla polskiego systemu prawa karnego w zakresie ochrony konsumentów posiadają jedynie dwa typy czynów zabronionych zamieszczone w Kodeksie karnym²⁰. Im też wyłącznie wypadnie poświęcić uwagę w ramach niniejszego opracowania.

2. Analiza historyczna

2.1. Okres 1918–1939

Ze względu na istotę polskiego ustawodawstwa karnego w okresie I Rzeczypospolitej, które mimo wysiłków kodyfikacyjnych u schyłku XVIII wieku pozostało wyrazem stanowych stosunków feudalnych gospodarki przedindustrialnej oraz zasadniczego braku samodzielnego polskiego ustawodawstwa karnego na przestrzeni wieku XIX²¹,

¹⁴ J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 66.

¹⁵ Są to na gruncie obowiązującego stanu prawnego w szczególności czyny określone w art. 134, 136, 138c, 139a § 4, 139b k.w.

¹⁶ Art. 39 § 1 pkt 2, art. 41 § 2 k.k.

¹⁷ Będzie o nich mowa *in extenso* w historycznej części opracowania.

¹⁸ Ustawa z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. poz. 1661 ze zm.).

¹⁹ Zgodnie z dostępnymi statystykami w latach 2006–2010 doszło łącznie do wydania 45 prawomocnych orzeczeń wobec podmiotów zbiorowych, zob. *Analiza Statystyczna Działalności Wymiaru Sprawiedliwości w latach 2006–2011*, Wydział Statystyki w Departamencie Organizacyjnym Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 2012, s. 30.

²⁰ Natomiast dla systemu ochrony praw konsumentów jako stron umów wzajemnych bez znaczenia pozostają następujące przepisy: art. 24 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. poz. 1503 ze zm.), art. 303–305 ustawy z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2013 r., poz. 1410), art. 45–47b ustawy z 30.08.2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz.U. z 2016 r. poz. 655), które to ostatnie przepisy, mimo iż penalizują czyny stanowiące w istocie szczególne postacie oszustwa (zob. zwłaszcza art. 47: „Kto umieszcza na wyrobie znak podobny do oznakowania zgodności mogący wprowadzić w błąd użytkownika, konsumenta lub dystrybutora tego wyrobu, podlega grzywnie”), co najwyżej tylko pośrednio mogą zabezpieczać prawidłowe wykonanie umowy wzajemnej.

²¹ W pewnym stopniu wyjątkiem był tutaj Kodeks karzący Królestwa Polskiego z roku 1818, jednak ze względu na epokę, z której się wywodzi, a także brak kontynuacji w późniejszym ustawodawstwie karnym trudno mówić tutaj o antecedeniach współczesnych regulacji, zob. w tej kwestii: J. Śliwowski, *Kodeks karzący Królestwa Polskiego*, Warszawa 1958. Co więcej, nie można zapominać, iż był on w zasadniczej mierze tłumaczeniem austriackiego kodeksu karnego z roku 1803.

zakres prowadzonych tutaj analiz został zawężony do ustawodawstwa polskiego począwszy od roku 1918.

W początkowym okresie niepodległości II Rzeczypospolitej, ze względu na niestabilną sytuację polityczną i ekonomiczną, ustanowiono wiele regulacji prawno-karnych ukierunkowanych na zwalczanie zjawiska tzw. lichwy wojennej²². Wobec faktu, iż rozwiązania te stanowią w dzisiejszej rzeczywistości regulacje anachroniczne, tudzież uwzględniając okoliczność, iż były one już przedmiotem pogłębionych studiów²³, w tym miejscu wypadnie się ograniczyć jedynie do przypomnienia kształtu kodeksowego ujęcia przestępstwa tzw. lichwy w k.k. z 1932 r.²⁴ Zgodnie z art. 268 ówczesnego k.k.: „Kto, wyzyskując położenie przymusowe innej osoby, zawiera z nią umowę, nakładającą na nią obowiązek świadczenia majątkowego oczywiście niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze więzienia do lat 5 lub aresztu”²⁵. Takie ujęcie przestępstwa lichwy, stanowiące zarzucenie charakterystycznego dla wcześniejszego ustawodawstwa rozróżnienia pomiędzy poszczególnymi odmianami karalnej lichwy²⁶ jest zarazem bardzo zbliżone do tego, jakie funkcjonuje w obecnym porządku prawnym.

Praktyczna doniosłość rzeczony regulacji, mierzona liczbą rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, była – mimo trudnych warunków gospodarczych II RP – skromna²⁷.

Drugi natomiast z zasadniczych zrębów prawnokarnej ochrony konsumentów przed nierzetelnymi przedsiębiorcami został wyrażony w przepisach art. 264 § 1 k.k.²⁸ oraz art. 266 k.k. z 1932 r.²⁹ Było to wyrazem rozróżnienia pomiędzy tzw. klasycznym oszustwem, w wypadku którego sposobem działania sprawcy było wprowadzenie lub wyzyskanie błędu pokrzywdzonego a innymi – podobnymi, ale nie tożsamymi zachowaniami, ukierunkowanymi na podstępne uzyskanie korzyści majątkowych od osób trzecich, nazwanych wyłudzeniem³⁰.

Choć wszystkie te przepisy konstituowały zręb prawnokarnej ochrony konsumentów, to jednak ówczesna doktryna nie zajmowała się bliżej tym szczególnym ze względu na osobę pokrzywdzonego rodzajem przestępstw przeciwko mieniu³¹. Z pewnością występowały one wśród liczby ok. 6–7 tysięcy skazań za oszustwa

²² Ustawa z 2.07.1920 r. o zwalczaniu lichwy wojennej (Dz.U. Nr 67, poz. 449).

²³ K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Lichwa (pojęcie, zakres, instrumenty ochrony, praktyka)*, raport IWS, Warszawa 1998, s. 30–37; K. Buczkowski, *Przestępstwo lichwy w Kodeksie karnym – przeszłość i teraźniejszość*, PiP 1999/7, s. 57 i n.; T. Oczkowski, *Oszustwo [w:] System Prawa Karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 117–121.

²⁴ Dz.U. RP z 1932 r. Nr 22, poz. 165.

²⁵ Odnośnie do pogłębionej analizy dogmatycznej tego przepisu, zob. K. Buczkowski *Przestępstwo lichwy...*, s. 58–59.

²⁶ D. Fajgenberg, *Lichwa*, Warszawa 1932, s. 164.

²⁷ W oficjalnych zbiorach orzecznictwa SN przedwojennego w okresie po uchwaleniu k.k. z 1932 r. odszukać można jedynie następujące wyroki dotyczące odpowiedzialności karnej za występki lichwy: I K 251/35, III K 331/35, II K 1438/37.

²⁸ „Kto w celu osiągnięcia dla siebie lub kogo innego korzyści majątkowej doprowadza inną osobę, za pomocą wprowadzenia jej w błąd lub wyzyskania błędu, do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, podlega karze więzienia do lat 5”.

²⁹ „Kto w celu osiągnięcia dla siebie lub kogo innego korzyści majątkowej doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, wyzyskując niezdolność tej osoby do należytego pojmowania przedsiębranego działania, podlega karze więzienia do lat 5 lub aresztu”.

³⁰ J. Makarewicz, *Komentarz do Kodeksu karnego*, Lwów 1938, s. 614.

³¹ Należy wszak odnotować stwierdzenie judykatu SN z 5.01.1938 r., II K 1438/37, OSN(K) 1938/6, poz. 155, w którym trafnie rozróżniono znamiona przestępstwa oszustwa i lichwy, zauważając: „Subiektywne przekonanie wyzyskiwanego o istnieniu przymusowego położenia może być uznane tylko jako błąd, którego wyzyskanie podpaść może pod przepis art. 264 k.k., a nie art. 268 k.k.”

rocznie³². Wydaje się, iż związane było to z brakiem dostrzeżenia jeszcze w naukach prawnych problematyki ochrony konsumentów.

Należy dodać, iż brak było zarazem innych regulacji o charakterze penalnym, które mogłyby stanowić skuteczny instrument zabezpieczenia konsumentów przed nieekwiwalentnością świadczeń kontraktów synalagmatycznych. Sytuacja taka nie była jednak asumptem do formułowania postulatów rozszerzenia regulacji prawno-karnych w tym zakresie, lecz wręcz przeciwnie: akcentowano potrzebę zawężenia zakresu penalizacji³³.

2.2. Okres 1945–1989

Symptomatyczne dla rozwiązań socjalistycznego prawa karnego było wprowadzenie kompleksu regulacji mających na celu zwalczanie spekulacji i lichwy wojennej³⁴.

Zarazem jeszcze pod rządami k.k. z 1932 r. do porządku prawnego Polskiej Republiki Ludowej wprowadzony został szczególny typ czynu zabronionego, ukierunkowany na ochronę osób fizycznych przed zaburzeniem równowagi kontraktowej przy pożyczkach pieniężnych w postaci występku stypizowanego w art. XXV Przepisów Wprowadzających k.c.³⁵ Ze względu na zamieszczoną w nim klauzulę normatywną, wyrażoną w nim zrębowo norma sankcjonowana stała się nieprzekraczalną z chwilą uchylenia z polskiego porządku prawnego stosownego rozporządzenia Rady Ministrów w dniu 30.12.1989 r.³⁶ Przepis ten został formalnie uchylony dopiero w roku 2003³⁷, a już w roku 2006³⁸ w życie weszła kolejna efemeryczna regulacja o podobnej treści³⁹, która została uchylona w roku 2011 na mocy ustawy z 12.05.2011 r. o kredycie konsumenckim⁴⁰. Od tego czasu ponownie w polskim porządku prawnym⁴¹ brak jest innych regulacji prawnokarnych bezpośrednio

³² Dane za: J. Bednarzak, *Przestępstwa...*, s. 3.

³³ Charakterystyczne jest chociażby to, że autor jedyne opracowania monograficznego poświęconego problematyce lichwy, D. Fajgenberg, *Lichwa*, Warszawa 1932, swoją pracę kończy konkluzją o celowości przywrócenia regulacji (przewidzianej w projekcie Kodeksu karnego w pierwszym czytaniu w ówczesnym § 2 art. 174 projektu), iż „nie ma przestępstwa, jeżeli wysokość umówionego świadczenia opiera się na spodziewanym zysku zobowiązanego”, zob. D. Fajgenberg, *Lichwa*, s. 164, 167–168.

³⁴ Zapoczątkowanych dekretem z 25.10.1944 r. o zwalczaniu spekulacji i lichwy wojennej. Były one następnie sukcesywnie zastępowane kolejnymi ustawami, zob. w tej mierze W. Zalewski, *Lichwa [w:] System Prawa Karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarstwu*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 732.

³⁵ Zgodnie z tym przepisem: „Kto w pieniężnych stosunkach kredytowych zastrzega lub pobiera korzyści majątkowe przewyższające wysokość odsetek, określoną w rozporządzeniu Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 359 § 3 kodeksu cywilnego, podlega karze aresztu do lat dwóch i grzywny albo jednej z tych kar.”

³⁶ Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z 23.12.1964 r. w sprawie określenia wysokości odsetek ustawowych i maksymalnych (Dz.U. poz. 321). Trafna jest konstatacja, iż przepis ten „stał się przepisem martwym”, zob. A. Liszewska, W. Robaczyński, *Zastrzeżenie wygórowanych odsetek (Lichwa w ujęciu prawa cywilnego i karnego)*, „Kontrola Państwowa” 1998/6, s. 34.

³⁷ Na mocy art. 2 ust. 2 ustawy z 14.02.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 408).

³⁸ Z dniem 20.02.2006 r.

³⁹ „Kto zawierając z konsumentem umowę o kredyt konsumencki, pobiera korzyści majątkowe przewyższające wysokość odsetek maksymalnych określonych przez ustawę lub zastrzega sobie pobieranie tych korzyści, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2” – wprowadzona ustawą z 7.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1316).

⁴⁰ Dz.U. poz. 715 ze zm. Na marginesie należy przypomnieć, iż ustawa ta zawierała błąd legislacyjny, wyrażający się w pozostawieniu odwołania do tego czynu zabronionego – skreślonego na etapie prac projektowych – w art. 16 ust. 1 pkt 1 lit. i z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2012 r. poz. 768 i 769).

⁴¹ Warto w szczególności podkreślić, iż przepisy takie nie zostały zawarte w ustawie z 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1357, 1830).

ukierunkowanych na prawnokarną ochronę ekwiwalentności świadczeń poza ogólnymi typami czynów zabronionych w postaci lichwy i oszustwa⁴².

Powrót więc należy do ich charakterystyki. Występek lichwy stypizowany został w art. 207 k.k. z 1969 r.⁴³, przynależącym do rozdziału dotyczącego przestępstw przeciwko mieniu. Mimo że ujęcie jego znamion dopuszczało uznanie za przypadek lichwy także wymuszenia nieekwiwalentnego świadczenia o charakterze niemajątkowym, a więc norma sankcjonowana była ujęta szerzej niż w poprzednim stanie prawnym, to praktyczna doniosłość tego czynu zabronionego, mierzona liczbą skazań, była znikoma⁴⁴. Przypisem tym nie interesowała się zresztą także ówczesna doktryna prawa karnego⁴⁵.

Zdecydowanie większą atencję doktryna prawa karnego poświęcała egzegezie karalnych oszustw⁴⁶. I tutaj szczególnie silnie zaznaczały się rozwiązania socjalistycznego prawa karnego, wyrażające się zasadniczo na dwóch płaszczyznach: poprzez tworzenie dodatkowych, kwalifikowanych typów oszustw⁴⁷ oraz wzmoczoną ochronę mienia społecznego przed „wyludzeniem”⁴⁸. Niezależnie od tego wypada uwypuklić istotną zmianę ustawodawczą, jaka zarysowała się w ukształtowaniu znamion czynu ówczesnego art. 205 k.k. z 1969 r., który jako odrębną postać sprawczą obejmował również wykorzystanie „niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania”⁴⁹.

2.3. Okres po roku 1989

Po odzyskaniu suwerenności przez Rzeczpospolitą Polską w roku 1989 i zmianie systemu gospodarczego, do polskiego prawa karnego w zakresie objętym niniejszą

⁴² Należy wszak nadmienić, że Ministerstwo Sprawiedliwości w projekcie ogłoszonym w dniu 18.07.2016 w ramach „walki z lichwą”, ogłosiło propozycję nowelizacji Kodeksu karnego poprzez wprowadzenie do art. 304 k.k. dodatkowego paragrafu o brzmieniu: „Kto, w zamian za udzielone osobie fizycznej świadczenie pieniężne, niepozosujące w bezpośrednim związku z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą, żąda od niej odsetek, wynagrodzenia lub jakiegokolwiek innego świadczenia pieniężnego z tytułu udzielenia świadczenia, o łącznej wartości przekraczającej równowartość należnych odsetek maksymalnych, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Warto w tym miejscu krótko zauważyć, iż jest to wyraz powrotu do tendencji nowelizacyjnych z roku 2005, tym razem jednak w formie skrajnego populizmu penalnego. Jak bowiem wytłumaczyć fakt, że lichwiarz za udzielenie wysokooprocentowanej pożyczki ma popełniać czyn zagrożony surowszą karą niż ten, kto nie udziela pomocy człowiekowi w sytuacji śmiertelnego zagrożenia (zob. art. 162 k.k.)? Czy zaniechanie udzielenia normalnie oprocentowanej pożyczki osobie w trudnej sytuacji materialnej jest bardziej szkodliwe społecznie niż zaniechanie udzielenia pomocy topiącemu się dziecku?

⁴³ „Kto wyzyskując przymusowe położenie innej osoby, zawiera z nią umowę nakładającą na nią obowiązek świadczenia oczywiście niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat.”

⁴⁴ Wahaly się one w przedziale rocznym 1–7, dane podane za W. Zalewski, *Lichwa...*, s. 734.

⁴⁵ W okresie tym zainteresowanie naukowe przestępstwem lichwy, nie licząc wzmianek komentarzowych oraz podręcznikowych, ograniczało się zasadniczo do jednego artykułu naukowego: W. Adamczyk, M. Filar, *Karałość lichwy pieniężnej*, „Nowe Prawo” 1971/7–8.

⁴⁶ Z bogatej literatury wskazać wypada tutaj dwa opracowania monograficzne: J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971 oraz Z. Szczurek, *Oszustwo w handlu na szkodę nabywcy w polskim prawie karnym*, Warszawa 1976.

⁴⁷ Zwłaszcza w postaci tzw. oszustwa handlowego, zob. art. 8 i 11 ustawy z 13.07.1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym (Dz.U. poz. 171).

⁴⁸ Zob. art. 1 § 1 dekretu z 4.03.1953 r. o wzmoczeniu ochrony w własności społecznej (Dz.U. poz. 68).

⁴⁹ W istocie więc przepis ten skondensował normy sankcjonowane wyrażane w Kodeksie karnym w dwóch odrębnych regulacjach w jednej jednostce redakcyjnej, co tym bardziej zaznacza jego pluralny (jednorodnie) charakter; zob. w tej mierze Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 231–234; M. Zieliński, *Wykłady prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 109 i n.; P. Kardas, *Karnoprawne aspekty posłużenia się fakturą nierzetelną*, Prok. i Pr. 2007/2, s. 15.

analizą wdrożone zostały modyfikacje wyrażające się zrównaniem ochrony mienia społecznego i prywatnego oraz wprowadzeniem kwalifikowanego typu występku oszustwa ze względu na wartość niekorzystnego rozporządzenia majątkowego („mienia wielkiej wartości”)⁵⁰.

Uchwalenie nowego Kodeksu karnego z 1997 r. nie przyniosło rewolucyjnych zmian w sferze prawno-karnej ochrony konsumentów. Przeciwnie, nowy art. 286 § 1 k.k., typizujący występki oszustwa, posiada identyczne brzmienie – jedynie z podniesieniem sankcji karnej do 8 lat – jak poprzedzająca go regulacja w Kodeksu karnego z 1969 r.

Większe zmiany dotknęły ujęcie kodeksowego przestępstwa lichwy⁵¹. Łamiąc bowiem dotychczasową tradycję ustawodawczą, przeniesiono ów występki do grupy przestępstw gospodarczych⁵² oraz zrezygnowano z wymogu „oczywistej” niewspółmierności świadczenia⁵³. Odnotować wypada także złagodzenie grożącej kary pozbawienia wolności: maksymalnie do lat 3 zamiast przedziału od 6 miesięcy do lat 5.

Podobnie jak w poprzednim okresie, zainteresowanie doktryny⁵⁴ tudzież praktyczna doniosłość występku stypizowanego w art. 304 k.k. mierzona liczbą skazań⁵⁵ są bardzo niewielkie. Nieporównanie intensywniej absorbuje polską karnistykę czyn zabroniony z art. 286 § 1 k.k.⁵⁶, przy czym ze względu na jego bardzo pojemne ujęcie jedynie niewielki, niemożliwy do oszacowania ułamek skazań na podstawie tego przepisu jest związany z oszukańczymi umowami wzajemnymi, zawieranymi na szkodę konsumentów⁵⁷.

Ze względu na ograniczenia objętościowe niniejszego opracowania powyżej przedstawione antecedencje historyczne współczesnego systemu ochrony praw konsumentów w Polsce mają charakter jedynie szkicowy. One również jednak umożliwiają uchwycenie pewnej prawidłowości: trzon ochrony praw konsumentów przed zaburzeniami ekwiwalentności świadczeń w nowoczesnym prawie karnym stanowiły zawsze dwa typy czynów zabronionych. Jedynie w okresach szczególnych

⁵⁰ Zob. art. 13 pkt 2 ustawy z 12.10.1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz.U. poz. 615).

⁵¹ Zgodnie z aktualnym ujęciem art. 304 k.k.: „Kto wyzyskując przymusowe położenie innej osoby fizycznej, prawnej lub jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, zawiera z nią umowę, nakładając na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

⁵² Co zostało krytycznie ocenione przez większą część doktryny prawa karnego, zob. np. R. Zawłocki, *Komentarz do art. 304 k.k. [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2013, s. 868; W. Zalewski, *Lichwa...*, s. 738.

⁵³ Również ta zmiana spotkała się z krytyką doktryny prawa karnego, zob. W. Zalewski, *Lichwa...*, Warszawa 2015, s. 739 i cyt. tam literatura.

⁵⁴ Ograniczające się, poza literaturą komentarzową, podręcznikową i systemową do kilku artykułów, zob. K. Buczkowski, *Przestępstwo lichwy...*, s. 58–59.; A. Liszewska, W. Robaczyński, *Lichwa w świetle prawa cywilnego i karnego. Kolejny głos w dyskusji*, „Kontrola Państwa” 2004/6; P. Starzyński, *Penalizacja lichwy*, „Diariusz Prawniczy” 2009/9; D. Bierecki, *Zakaz lichwy w prawie państw Unii Europejskiej*, „Pieniądże i Więź” 2015/4.

⁵⁵ Zgodnie z oficjalnymi danymi Ministerstwa Sprawiedliwości (Dorośli--prawomocnie-skazania-wg-rodzajow-przestepstw-i-wymiaru-kary--czyn-glowny-w-latach-2008-2012, dane ze strony <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>, dostęp: 01.10.2016 r.) w roku 2012 na podstawie art. 304 k.k. skazane zostały dwie osoby. Dodać wypada, iż np. w roku 2010 w ogóle nie odnotowano skazań na podstawie tego przepisu.

⁵⁶ Z licznej literatury wskazać w tym miejscu wypadnie na opracowanie monograficzne T. Oczkowskiego, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004.

⁵⁷ Zgodnie z oficjalnymi danymi Ministerstwa Sprawiedliwości (zob. przypis nr 55) w roku 2012 na podstawie art. 286 § 1 oraz art. 286 § 1 w zw. art. 294 § 1 k.k. skazanych zostało 27 206 osób.

(warunki wojenne, autorytarny system prawa karnego czy tendencje populizmu penalnego) były one wzbogacane o inne, dalsze regulacje⁵⁸. Osobnym zagadnieniem, przekraczającym ramy niniejszego ujęcia, jest zagadnienie praktyki ścigania: wypada jedynie wyrazić supozycję, że sam fakt braku wykorzystywania regulacji art. 304 k.k. nie oznacza przecież, iż zjawisko lichwiarskich wymuszeń jest w Polsce nieobecne.

3. Analiza dogmatyczna typów czynów zabronionych chroniących konsumentów jako strony umów wzajemnych z przedsiębiorcami przed niewspółmiernymi świadczeniami w świetle aktualnego polskiego prawa karnego

3.1. Uwagi wstępne

W dotychczasowej polskiej nauce prawa karnego powszechnie stosowana jest egzegeza dogmatyczna treści przepisów prawa karnego, opierająca się na wyodrębnieniu tzw. czwórpodziału znamion, tj. podmiotu, strony podmiotowej, strony przedmiotowej oraz przedmiotu ochrony⁵⁹. Jest ona genetycznie związana z ujęciem socjalistycznego prawa karnego naukowców skupionych wokół ośrodka leninradzkiego w drugiej połowie lat 40.⁶⁰, a fundamentalne zasługi w jego recepcji na gruncie doktryny polskiej miał I. Andrejew⁶¹. Takie ujęcie ma jednak charakter wyjątkowy w perspektywie porównawczo-prawnej i występuje wyłącznie w niektórych państwach postkomunistycznych i komunistycznych (Chiny) oraz w Izraelu⁶², a i w polskiej nauce spotyka się z głosami krytycznymi⁶³. Dlatego też w niniejszej pracy analiza dogmatyczna przeprowadzona zostanie z wykorzystaniem innego schematu – tego, który pozwoliłem sobie zaproponować już wcześniej⁶⁴. Jego zaletą jest zbieżność takiego ujęcia przestępstwa z koncepcjami zachodniej nauki prawa, mającymi swoje historyczne korzenie jeszcze w okresie renesansu⁶⁵, nieskażonymi socjalistycznymi innowacjami. W rezultacie w niniejszym opracowaniu będę się posługiwał przeciwstawieniem obiektywnych i subiektywnych elementów przestępstwa. Zabieg taki jest szczególnie celowy w pracy o charakterze porównawczo-prawnym, bowiem umożliwi on stworzenie jednolitego systemu odniesienia dla objaśniania treści czynów zabronionych w różnych porządkach prawnych, przynależących tak do systemu prawa kontynentalnego, jak i systemu prawa *common law*.

⁵⁸ W doktrynie brak jest zarazem jednoznaczności, czy jako wyraz populizmu penalnego traktować należy także próbę tzw. dużej nowelizacji Kodeksu karnego w roku 2007 (V kadencja, druk sejm. nr 1756), zob. zwłaszcza L. Tyszkiewicz, *Czy karać kontrahenta, który zobowiązał się do mało realnego świadczenia wzajemnego bez wiedzy o tym drugiej strony* [w:] *Reforma prawa karnego. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kumickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008, s. 287–291, gdzie postulowano wprowadzenie odrębnego typu czynu zabronionego (art. 286a), wprowadzającego karalność zachowań polegających na zaciąganiu zobowiązań z godzeniem się z niemożnością ich spłaty.

⁵⁹ Por. praktycznie każdy polski podręcznik prawa karnego czy komentarz do Kodeksu karnego.

⁶⁰ Co do omówienia tych poglądów, zob. *Wina w prawie karnym*, red. W. Wolter, Kraków 1954.

⁶¹ Autor opracowania *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959.

⁶² G. Fletcher, *George Fletcher's Essays on Criminal Law*, Oxford 2003, s. 190. Zob. także G. Fletcher, *Grammar of Criminal law*, Nowy York–Oxford 2007.

⁶³ Zob. np. R. Dębski, *Typ czynu zabronionego* [w:] *System Prawa Karnego*, t 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 417.

⁶⁴ M. Byczyk, *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2016.

⁶⁵ Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis*, Venezia 1590, s. 19, który jako czyn zabroniony ujmował „factum hominis, vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest”.

3.2. Występek lichwy

3.2.1. Strona obiektywna przestępstwa

3.2.1.1. Czyn

De lege lata polskiego prawa karnego niewątpliwie jest, iż zachowanie się lichwiarza może przyjąć postać działania. Zdecydowanie bardziej problematyczne jest zaaprobowanie możliwości wykonania tego czynu także poprzez zaniechanie. Wydaje się, iż dają się pomyśleć – przynajmniej hipotetyczne kazusy – kiedy właśnie taka sytuacja zaistnieje⁶⁶.

3.2.1.2. Sprawca czynu

W polskiej doktrynie prawa karnego obiegowym poglądem jest to, iż przestępstwo lichwy ma charakter powszechny⁶⁷. Zarazem karniści wypowiadający się w tej kwestii zgodni są co do tego, iż fakt umiejscowienia tego występkę w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego oznacza, że „przynajmniej jeden z podmiotów zawierających umowę musi czynić to profesjonalnie”⁶⁸. W rezultacie afirmuje się sytuację, w której podmiotem wyzyskującym jest osoba fizyczna, a osobą wyzyskiwaną – przedsiębiorca, chociażby działający w formie spółki kapitałowej. Zestawienie takiego ujęcia z również dominującym poglądem, iż „dłużnik zawierający umowę na lichwiarskich warunkach, mimo iż przyczynia się bezpośrednio do popełnienia przestępstwa przez inną osobę (lichwiarza), nie popełnia przestępstwa”⁶⁹, skłania do refleksji, że przebiegły, zadłużony przedsiębiorca może starać się wyeliminować z obrotu niewygodnego wierzyciela, będącego osobą fizyczną, poprzez złożenie mu – po przedstawieniu swoich trudności finansowych – oferty bardzo wysoko oprocentowanej pożyczki, po której zawarciu skieruje on przeciwko niemu postępowanie karne. Ujęcie takie jawi się jako problematyczne. Wydaje się więc, że rozważyć trzeba bądź to teleologiczną redukcję zakresu zastosowania tego przepisu w płaszczyźnie karności wyzyskiwania przez osoby fizyczne przedsiębiorców, bądź też zrewidować dość symplicystyczny pogląd, iż dłużnik zawierający lichwiarską umowę jest „tzw. uczestnikiem koniecznym”⁷⁰, co automatycznie wykluczać ma jego odpowiedzialność za podżeganie czy prowokację⁷¹.

⁶⁶ Jak chociażby wtedy, gdy syndyk kilku przedsiębiorstw pozostających ze sobą w stałych stosunkach gospodarczych, tak iż na mocy art. 68² k.c. milczenie może prowadzić do przyjęcia oferty, nie sprzeciwia się niezwłocznie zawarciu umowy o charakterze lichwiarskim, która prowadzi do obniżenia kwoty pozostającej do dyspozycji dla wierzycieli danego przedsiębiorstwa, mimo szczególnego prawnego obowiązku działania w celu zaspokojenia wierzycieli w najwyższym możliwym stopniu (zob. art. 179 ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe, Dz.U. poz. 978 ze zm.), co w konsekwencji nakazuje zawieranie jedynie takich umów, które wiążą się z ryzykiem ich podważania na podstawie art. 388 k.c.

⁶⁷ Zob. np. J. Majewski, *Komentarz do art. 304 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 793; R. Zawłocki, *Komentarz do art. 304 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2013, s. 870, T. Oczkowski, *Oszustwo...*, s. 739.

⁶⁸ T. Oczkowski, *Oszustwo...*, s. 738.

⁶⁹ T. Oczkowski, *Oszustwo...*, s. 738. Jest on uznawany za tzw. uczestnika koniecznego.

⁷⁰ J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 441–442, zob. także R. Zawłocki, *Komentarz do art. 304 k.k.*, s. 875.

⁷¹ Z tych dwóch możliwości oczywiście ta ostatnia jest poprawniejsza, bowiem nie wymaga wykładni *preter legem*, lecz raczej odrzuca arbitralny pogląd o tzw. uczestniku koniecznym, pochoinnie wyłączający go od odpowiedzialności karnej w sytuacji, w której brakuje ku temu podstaw ustawowych. Innym oczywiście pytaniem jest to, na ile celowa jest prawnokarne ochrona przedsiębiorców przed nieprofesjonalnymi wyzyskiwaczami w świetle faktu, iż dostępne są instrumenty ochrony prywatno-prawnej.

3.2.1.3. Sposób działania sprawcy czynu

3.2.1.3.1. Znamiona czynności wykonawczych sprawcy czynu

Istotą działania sprawcy jest zawarcie skutecznej, dwustronnie zobowiązującej umowy⁷², w sytuacji kiedy wiedząc o szczególnym położeniu swojego partnera kontraktowego, w zamian za swoje świadczenie zobowiązuje on go do świadczenia, które nie jest ekwiwalentne z jego świadczeniem. Zarazem dwa kluczowe sformułowania ustawowe, kodujące normę sankcjonowaną w art. 304 k.k. poprzez użycie przymiotników „przymusowe”⁷³ oraz „niewspółmierne”⁷⁴, nie doczekały się powszechnie uznawanej eksplikacji doktrynalnej czy orzeczniczej⁷⁵. Pewne jest natomiast, iż stosowne są tutaj mierniki obiektywne, co zresztą wydaje się jedynym sensownym rozwiązaniem w doktrynie społecznej, która protekcyjnie kształtuje przepisy karne tak, aby limitowały swobodę kontraktową stron. W praktyce, zgodnie z realiami polskiego sądowego stosowania prawa i daleko idącej powściągliwości orzeczniczej Sądu Najwyższego⁷⁶, udzielenie pewnej odpowiedzi na pytanie o niewspółmierność świadczeń będzie domeną biegłego sądowego, co uniemożliwia skonstruowanie jakichś uniwersalnych mierników i czyni stosowanie tego przepisu potencjalnie problematycznym z punktu widzenia równości wobec prawa.

Nie jest szerzej problematyzowana kwestia związku pomiędzy poszczególnymi elementami działania lichwiarza⁷⁷. Niemniej można zadać sobie pytanie, czy wyzyskanie przymusowej pozycji ma być związane z zawarciem samej umowy, która narusza równowagę kontraktową stron, czy też wyzyskanie to ma odnosić się bezpośrednio do samego faktu narzucenia takiego zobowiązania. Zilustruję tę subtelną różnicę przykładem: czy przedsiębiorca, który udziela pożyczki z oprocentowaniem na poziomie odsetek ustawowych za zwłokę, jednocześnie zastrzegający sobie prawo do żądania dziesięciokrotności sumy pod warunkiem uzyskania zatrudnienia przez dłużnika, wypełnia znamiona sprawcze określone w art. 304 k.k.? Warto zwrócić

⁷² Warto podkreślić, że przepis nie precyzuje, o jaki typ umowy chodzi. Mając w pamięci poczynione powyżej uwagi o koncepcjach tzw. zależności znaczeniowej, spostrzec jednak należy, iż *verba legis* nie są wykluczone z zakresu jego zastosowania także umowy publiczno-prawne.

⁷³ Objaśniane chociażby następująco: „szczególne trudne okoliczności” – W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1935, s. 624; „bardzo niekorzystna sytuacja życiowa, taka, że człowiek nie może zaspokoić podstawowych potrzeb życiowych albo że grozi mu bezpośrednio wielka szkoda” – I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1988, s. 184; „niezbędność uzyskania świadczenia mającego to położenie poprawić” – J. Majewski, *Komentarz do art. 304 k.k.*..., s. 795).

⁷⁴ Objaśniane chociażby następująco: „stosunek świadczeń, ustalony zwyczajowo, nie będzie mógł być uważany za niewspółmierny” – W. Makowski, *Kodeks karny*..., s. 624.; „więcej niż sama uszkała” – I. Andrejew, *Kodeks karny*..., s. 184.; „przekroczona została dopuszczalna w obrocie dysproporcja (ma się rozumieć na niekorzyść wyzyskanego)” – J. Majewski, *Komentarz do art. 304 k.k.*..., s. 794.

⁷⁵ Ze względu na zasadniczo sprawozdawczy charakter niniejszej części opracowania, zrezygnować wypadnie z prób pogłębionej prezentacji poglądów własnych autora w tej mierze; ograniczyć się więc do wskazania, iż poszczególne świadczenia, posiadając wartość majątkową (określaną zasadniczo przez współzależność popytu i podaży), nie stają niewspółmierne już przez to, iż nie posiadają dokładnie identycznej wartości, lecz – jak się wydaje – następuje to dopiero wtedy, gdy zysk wierzyciela jest ponad dwukrotnie wyższy niż ten, który uzyskuje się przy normalnych warunkach rynkowych. Przymusowość z kolei to, w mojej ocenie, istnienie takich okoliczności, które wykluczają możliwość podejmowania racjonalnych, uzasadnionych ekonomicznie decyzji.

⁷⁶ W żadnym z orzeczeń SN wydanych na gruncie obowiązującej regulacji nie wskazano procentowej czy matematycznej wartości, która co do zasady indykowałaby niewspółmierność świadczeń.

⁷⁷ Oczywiście jasne jest, iż przestępstwo to uznawane jest za typ formalny, niewymagający dla swojego bytu zaistnienia skutku działania sprawcy w jego prawnokarnym rozumieniu.

uwagę na fakt, iż nie ma tutaj bezwzględnego obowiązku świadczenia niewspółmiernego, nieekwiwalentnego, jednak tak ukształtowana treść umowy czerpie swoje socjologiczne uzasadnienie z przymusowej pozycji jednej ze stron. Wydaje się, że dla bytu tego przestępstwa należy przyjąć albo konieczność wystąpienia związku pomiędzy wyzyskaniem przymusowego położenia a zawarciem umowy, której treść powinna podlegać autonomicznej ocenie w poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy doszło do sytuacji zaburzenia równowagi kontraktowej, albo też wypada zrezygnować z koncepcji objaśniania znamion przestępstw gospodarczych przy wykorzystaniu rozumienia pojęć w doktrynie cywilistycznej⁷⁸ i autonomicznie analizować znamię niewspółmierności świadczenia w ramach danej umowy.

3.2.1.3.2. Naruszenie norm ostrożności przez sprawcę czynu

Dalszą przesłanką odpowiedzialności karnej jest naruszenie przez sprawcę normy ostrożności znajdującej zastosowanie w danej sytuacji⁷⁹. W tym przypadku będzie ona miała, jak się zdaje, postać konkretyzacji naruszenia zalecenia niezawierania umów nakładających na drugą stronę obowiązek świadczeń wyższych niż te, które byłyby normalnie do uzyskania na danym rynku, przy danym układzie sił popytu i podaży.

3.2.1.4. Dobro stanowiące przedmiot zamachu sprawcy czynu zabronionego

W doktrynie polskiego prawa karnego brak jest jednolitości co do pojmowania dobra prawnego, jakie pozostaje pod ochroną przestępstwa lichwy. „Indywidualne interesy majątkowe osób znajdujących się w przymusowym położeniu”⁸⁰, „niezakłócony obrót gospodarczy”⁸¹ czy „zasady uczciwego obrotu”⁸² to tylko z niektóre propozycje, jakie wykrystalizowały się w polskiej nauce prawa karnego na kanwie egzegezy treści dogmatycznej tego przestępstwa. Konweniuje to z częstym zjawiskiem w polskiej myśli karnistycznej, wyrażającym się w daleko posuniętej umowności w określaniu przedmiotu ochrony⁸³.

3.2.1.5. Skutek czynu sprawcy

Obecnie powszechnie w doktrynie polskiego prawa karnego⁸⁴ ujmuje się występki lichwy jako przestępstwo formalne, co związane jest z faktem, iż penalizowane

⁷⁸ I w tym miejscu objawia się poważna słabość koncepcji tzw. pełnej zależności znaczeniowej, bowiem cywilistyczne wąskie pojmowanie „obowiązku świadczenia” jako bezwarunkowego stworzyłoby poważną lukę kryminalizacyjną. Uważam, iż tutaj pojęcie obowiązku rozumieć należy autonomicznie, tak aby obejmowało również obowiązek poddania się obowiązkowi świadczenia w sytuacji, kiedy ziści się warunek określony w umowie.

⁷⁹ Zob. Ł. Pohl, *Niezachowanie wymaganej ostrożności – znamię czynu zabronionego czy odrębny element w strukturze przestępstwa?* [w:] *Nieumysłność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Warszawa 2007, s. 84; M. Byczyk, *Normy...*, s. 461.

⁸⁰ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1998, s. 87.

⁸¹ W. Zalewski, *Lichwa...*, s. 741, który zarazem dodaje, iż obocznym przedmiotem ochrony są „indywidualne interesy profesjonalnych i nieprofesjonalnych uczestników obrotu”.

⁸² J. Majewski, *Komentarz do art. 304 k.k.*, s. 792.

⁸³ Co ciekawe, o ile rozbieżności poglądów co do wymaganego nastawienia psychicznego sprawcy prowadzą do daleko posuniętych sporów doktrynalnych, o tyle w tym przypadku istniejące dywergencje nie prowokują szerszej debaty.

⁸⁴ Zob. T. Oczkowski, *Oszustwo...*, s. 745, J. Majewski, *Komentarz do art. 304 k.k.*, s. 796, R. Zawłocki, *Komentarz do art. 304 k.k.*, s. 874; K. Buczkowski, *Przestępstwo lichwy...*, s. 63.

jest samo zawarcie (lichwiarskiej) umowy, niezależnie od faktu, czy doszło do faktycznego naruszenia interesów majątkowych pokrzywdzonego. Sądowe unieważnienie umowy w trybie postępowania cywilnego, na podstawie art. 388 § 2 k.c., nie anihiluje wcześniejszego przekroczenia normy sankcjonowanej przez sprawcę⁸⁵.

3.2.1.6. Formalna bezprawność czynu sprawcy

W polskiej karnistyce panuje konsensus co do tego, iż zgoda pokrzywdzonego na zawarcie umowy lichwiarskiej nie stanowi okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego w postaci lichwy. Brakuje natomiast szerszych rozważań teoretycznych, usiłujących wyjaśnić taką sytuację; najczęściej przyjmuje się, iż wyrażona w takiej sytuacji „zgoda” nie jest dobrowolna i dlatego nie może być prawnokarnie relewantna⁸⁶. Wyjaśnienie takie jawi się jako dalekie od poprawności. Jeżeli bowiem trudna sytuacja ekonomiczna i związany z tym przymus psychiczny są tak doniosłe, aby uznać, iż pozbawiają one człowieka możliwości w pełni nieskrępowanego formułowania własnej woli, co prowadzić ma do dezawuowania takich oświadczeń na gruncie prawa karnego, to jest to ujęcie systemowo niespójne⁸⁷. Już pewnie prościej byłoby przyznać, iż jest to wyraz interwencyjnej roli państwa, które chroni przed zaburzeniem równowagi kontraktowej wywołanej określonymi czynnikami i eliminuje możliwość dysponowania tym dobrem prawnym⁸⁸. Jednak i to rozwiązanie wydaje się kontrowersyjne, gdyż ujęcie dobra chronionego przez art. 304 k.k. w postaci ogólnej swobody kontraktowej wykluczałoby – ze względu na oczywiście wyższą wartość chronionego dobra – przyjęcie stanu wyższej konieczności po stronie pożyczkodawcy, który udziela lichwiarskiej pożyczki w celu ochrony własnego mienia. To z kolei jawi się jako wątpliwe z punktu widzenia ocen sprawiedliwościowych, zwłaszcza w szczególnych sytuacjach, kiedy ochrona mienia jest powodowana poważnymi życiowymi potrzebami a przestępstwo to jest traktowane jako przestępstwo gospodarcze. Inne rozwiązania, sprawozdające się do poszukiwania innego desygnatu dobra prawnie chronionego, łatwo mogą się stać groteskowe⁸⁹.

3.2.1.7. Materialna bezprawność czynu sprawcy

Na gruncie polskiego systemu prawnego miernikiem materialnej bezprawności jest katalog okoliczności wskazanych w art. 115 § 2 k.k. Możliwość uchylenia

⁸⁵ Tym bardziej, że wywołuje ono bowiem jedynie skutek *ex nunc*, zob. Wyrok SA w Warszawie z 4.12.2013 r., I ACa 1088/13, LEX nr 1428246.

⁸⁶ K. Buczkowski, *Przestępstwo lichwy...*, s. 62 i cyt. tam literatura.

⁸⁷ Już chociażby poprzez odniesienie takiego wniosku do występków określonych w art. 152 oraz 153 k.k. Inne trudności pojawiają się w sytuacji, w której już po zawarciu lichwiarskiej umowy wyzyskany kontrahent, nie będąc już w przymusowej sytuacji, wyraźnie ją potwierdza i dziękuje za „wyratowanie go z opresji”.

⁸⁸ Nie chodzi tu o niewątpliwie problematyczne przyjęcie, iż dysponent dobra nie może wyrazić zgody na swój uszczerbek majątkowy, gdyż mienie nie jest dobrem o bezwzględnej wartości społecznej (zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 283), lecz o ujęcie jako chronionego tutaj dobra prawnego bezwzględnej wartości prawidłowości stosunków kontraktowych *sensu largo*.

⁸⁹ Tak chociażby gdyby przyjąć, iż art. 304 k.k. chroni majątek osób przed uszczerpleniem w sytuacjach przymusowych. Rodzi się pytanie, dlaczego jednak nie można tym dobrem dysponować?

przestępności lichwy ze względu na tzw. znikomą społeczną szkodliwość czynu nie jest obecnie kwestionowana.

3.2.2. Strona subiektywna przestępstwa

3.2.2.1. Wymagane nastawienie psychiczne sprawcy czynu

Dość wyraźnie zarysowuje się w piśmiennictwie opozycja pomiędzy stanowiskiem – statystycznie wysławianym najczęściej – że warunkiem odpowiedzialności karnej za występki lichwy jest działanie sprawcy z zamiarem bezpośrednim⁹⁰ a poglądem uznającym, iż wystarczające jest działanie z zamiarem ewentualnym⁹¹. Argumenty na rzecz zawężenia zakresu penalizacji do czynów wykonanych z zamiarem bezpośrednim mają dwojaki charakter: po pierwsze, wskazuje się na względy leksykalne; pod drugie, przywołuje się konieczność wykorzystania przymusowego położenia w celu nałożenia świadczeń niewspółmiernych. Ten ostatni argument jawi się jako szczególnie trudny do obrony wobec zestawienia brzmienia tego przepisu z art. 286 § 1 czy z art. 305 k.k. Jednak twierdzenie, że „zabarwione podmiotowo znamię «wyzyskując», wskazujące na celowość w działaniu sprawcy, wyłącza możliwość jego popełnienia z zamiarem ewentualnym”⁹², nie wytrzymuje krytyki, bowiem sformułowania: „wyzyskując”, „wykorzystując” czy nawet „oszukując” wcale *per se* nie implikują wyższej kierunkowości w działaniu niż ta, która jest inherentną cechą każdego ludzkiego zachowania, z natury przeciw finalnego. Szukając natomiast synonimów czy wyrażen równoważnych, które mogłyby zastąpić to słowo w warstwie deskryptywnej ustawy karnej, spośród wielu możliwości istotne są dwie: „korzystając z przymusowego położenia osoby w celu osiągnięcia zysku (pożytku)” lub po prostu: „korzystając z przymusowego położenia osoby”. Nie ulega wątpliwości, iż pierwsza możliwość jawi się jako najwierniejsze odzwierciedlenie treści semantycznej i konotacji sprzężonych z polem znaczeniowym morfemu „zysk”, występującego w czasowniku „wyzyskiwać”. Przede wszystkim jednak, widząc te dwie drogi wykładni językowej, dyrektywa postrzegania prawa karnego jako *ultima ratio* nakazuje wybrać tę, która pozostawia większą sferę wolności od prawnokarnej ingerencji.

3.2.2.2. Wina sprawcy czynu

Na gruncie obecnego polskiego prawa karnego wina ujmowana jest przez większość doktryny zgodnie z ujęciem tzw. czystej teorii normatywnej⁹³.

⁹⁰ Tak m.in. O. Górniok, *Prawo karne...*, s. 421, K. Buczkowski, *Przestępstwo lichwy...*, s. 62; J. Majewski, *Komentarz do art. 304 k.k.*, s. 796.

⁹¹ Zob. R. Zawłocki, *Komentarz do art. 304 k.k.*, s. 875, który dla uzasadnienia swojego poglądu wskazuje, iż „brak jest podstaw do odrzucenia karalności także tych osób (...) tym bardziej, iż wydaje się, iż sytuacja taka w obrocie występuje stosunkowo często”.

⁹² J. Majewski *Komentarz do art. 304 k.k.*, s. 796.

⁹³ Zob. np. Ł. Pohl, *Wykład...*, s. 297. Pogląd o przyjęciu czystej normatywnej teorii winy wyrażało już uzasadnienie k.k. z 1997 r., zob. Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 118–119, zostało też powielone przez pierwszych komentatorów (zob. np. A. Zoll, *Nowa kodyfikacja karna. Zasady odpowiedzialności karnej*, nr 12, Warszawa 1998, s. 24) oraz uznane w orzecznictwie – zarówno SN jak i TK (zob. orzeczenie TK z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 103), choć incydentalnie wciąż wysławiane są poglądy o akceptacji tzw. kompleksowej normatywnej teorii winy (zob. np. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 1999, s. 34–35).

3.3. Występek oszustwa

3.3.1. Strona obiektywna przestępstwa

3.3.1.1. Czyn

Możliwość popełnienia tego występkę w drodze zaniechania jest szeroko kwestionowana w polskiej literaturze przedmiotu⁹⁴, a kluczowym argumentem przywoływanym dla uzasadnienia takiego poglądu jest to, iż „dokonanie dyspozycji majątkowej (...) nie jest możliwe bez aktywności drugiej strony”⁹⁵. Wydaje się, że i ten pogląd jawi się jako zbyt uproszczenie. Inwokując przywołaną już powyżej normę, wysłowioną zrębowo w art. 68² k.c., wskazać można na przykład dwóch przedsiębiorców pozostających ze sobą w więzach kontraktowych, zakładających wzajemne informowanie się o określonych wadach dostarczanego towaru. Zaniechanie przekazania takiej wiadomości i zaniechanie odrzucenia zamówienia w sytuacji, gdy przedsiębiorca wiedział, że nie jest już w stanie dostarczać towaru o określonej jakości, to przecież kumulacja dwóch beczynności, które prowadzą do wywołania błędnego przeświadczenia, iż dana partia towaru – podobnie jak te zamawiane i odebrane poprzednio – są właściwej jakości⁹⁶. Trudno zarazem uznać, że przyjęcie przelewu na udostępniony wcześniej numer rachunku bankowego jest wyrazem koniecznej „aktywności drugiej strony”⁹⁷. Zresztą podobne przykłady można również podać w odniesieniu do konsumentów⁹⁸. I w stosunku do tego typu czynu zabronionego przyjąć więc wypada, że może on zostać wykonany w drodze zaniechania.

3.3.1.2. Sprawca czynu

Trudno zakwestionować pogląd, jakoby na gruncie polskiego prawa karnego podmiotem przestępstwa oszustwa nie mogłaby być każda osoba⁹⁹.

⁹⁴ Zob. np. już J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa...*, s. 64 wraz ze stwierdzeniem: „oszustwa nie można popełnić przez zaniechanie”, dalej S. Łagodziński, *Oszustwo popełnione przez zaniechanie*, Prok. i Pr 1999/7–8, s. 40; T. Oczkowski, *Oszustwo jako...*, s. 50–51.

⁹⁵ T. Oczkowski, *Oszustwo jako...*, s. 50.

⁹⁶ Warto tutaj nadmienić, iż szczególny prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi wynikać może choćby z przyjętego na siebie zobowiązania osoby działającej jako reprezentant danego przedsiębiorstwa do zawierania tylko rzetelnych i ważnych umów czy chociażby postanowień umowy zawartej na skutek rozstrzygnięcia przetargu publicznego.

⁹⁷ T. Oczkowski, *Oszustwo jako...*, s. 51.

⁹⁸ Konsument przychodzi do punktu sprzedażowego linii lotniczej i przedstawia swoją chęć zakupu biletu lotniczego do punktu A, dowiadyuje się o cenę, po czym podkreśla, że chciałby przewieźć w bagażu kilka żywych węży. Sprzedawczyni, po udzieleniu informacji o bilecie, w milczeniu wysłuchuje opowieści o węzach, mimo obowiązku poinformowania o kategoriach rzeczy zabronionych w przewozie lotniczym, wynikających z unijnego *acquis*. Kontrahent przekonany, iż milczenie jest wyrazem aprobaty sprzedawczyni, w domu nabywa bilet, po czym na lotnisku jego bagaż zostaje skonfiskowany, co naraża go na stratę majątkową.

⁹⁹ ^{lany} przykład: W biurze pośrednika kredytowego obca osoba, za wiedzą właściciela, zostawia plik dokumentów zachęcających do wypełnienia wniosków kredytowych o kredyt konsumencki, w których podane jest konto owego pośrednika kredytowego do wpłaty „opłat wstępnych i manipulacyjnych”. Kilka osób wypełnia takie wnioski w jego przytomności, pośrednik kredytowy nie reaguje, nie wyprowadza ich z błędu, mimo obowiązków informacyjnych wobec konsumenta, umożliwiających podjęcie mu właściwej decyzji o zawarciu umowy o kredyt konsumencki (zob. rozdział 2 ustawy z 12.05.2011 r. o kredycie konsumenckim, Dz.U. z 2016 r. poz. 1528, zwłaszcza art. 11), na jego konto wpływają pieniądze, mimo że wie, iż przedsiębiorstwo jest niewypłacalne, rachunki bankowe zajęte przez komorników, a on nie posiada majątku osobistego.

⁹⁹ Pogląd niesporny, zob. np. T. Oczkowski, *Oszustwo...*, Kraków 2004, s. 123.

3.3.1.3. Sposób działania sprawcy czynu

3.3.1.3.1. Znamiona czynności wykonawczych sprawcy czynu

Przedmiotem rozważań w tym miejscu nie będzie cały kompleks zagadnień, jaki wiązać się może z tym, co klasyczna doktryna polska określa mianem tzw. strony przedmiotowej przestępstwa oszustwa, lecz jedynie te zagadnienia, które są doniosłe dla ochrony konsumentów przed niewspółmiernymi świadczeniami w ramach umów wzajemnych. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, iż w pewnych przypadkach prawu karnemu przypadnie pierwszorzędna rola, bowiem wpływ terminów do uchylenia się od wady oświadczenia woli¹⁰⁰ często będzie powodował konieczność ustalenia faktu popełnienia przestępstwa celem skorzystania z dłuższych terminów przedawnienia roszczeń deliktowych¹⁰¹.

W pluralnym jednorodnie przepisie art. 286 § 1 k.k. zawarte są trzy sposoby działania przedsiębiorcy, za pomocą których może on doprowadzić do nałożenia na konsumenta niewspółmiernych świadczeń w ramach zawieranej z nim umowy wzajemnej. Ich centralnymi elementami są błąd oraz niezdolność do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Pojęcie błędu rozumiane jest w kategoriach nieprawidłowego odniesienia do obiektywnie istniejącej rzeczywistości¹⁰², choćby tej obecnej jedynie w umyśle oszusta¹⁰³; wywołane ono musi być w sposób celowy przez oszusta¹⁰⁴. Natomiast wykorzystanie niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania ograniczone jest do sytuacji stanu niemożności prawidłowej oceny, w tym zwłaszcza oceny prawnej, działań podejmowanych przez daną osobę¹⁰⁵. Polska doktryna prawa karnego obfituje w kazuistyczne omówienia poszczególnych przypadków i typów zachowań, które są egzemplifikacją działań oszukańczych, bez wypracowania trwałych kryteriów klasyfikacyjnych¹⁰⁶. Pewne jest jednak, iż w kategorii oszustw mieszczą się w sposób niekwestionowany przypadki oszustw na szkodę konsumentów¹⁰⁷, które często wiązać się będą z wyzyskaniem nieświadomości ochrony prawnej¹⁰⁸.

3.3.1.3.2. Naruszenie norm ostrożności przez sprawcę czynu

Jak już wskazano powyżej, odrębną przesłanką odpowiedzialności karnej jest naruszenie przez sprawcę aktualizującej się w danej sytuacji normy ostrożności,

¹⁰⁰ Zob. art. 88 § 2 k.c.

¹⁰¹ Zob. art. 442¹ § 2 k.c.

¹⁰² A więc, jak uznaje to polska doktryna, nie do zdarzeń przyszłych, zob. T. Oczkowski, *Oszustwo jako...*, s. 129; I. Lipkin, *Oszustwo* [w:] Encyklopedia podręczna prawa karnego, red. W. Makowski, Warszawa 1936, s. 1256.

¹⁰³ Odnosić się tym samym może więc do zamiarów wprowadzającego w błąd, zob. J. Giezek, *Wprowadzenie w błąd jako znamię przestępstwa oszustwa popełnianego w obrocie gospodarczym* [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007 s. 70, 74.

¹⁰⁴ A nie jedynie nieumyślnie, zob. J. Giezek, *Wprowadzenie w błąd...*, s. 66.

¹⁰⁵ Wydaje się, że skonstatowanie pluralnego charakteru przepisu art. 286 § 1, wspartego dodatkowo użyciem spójnika „albo”, prowadzić mogłoby do pytania o możliwość jednoczynowego zbiegu przepisów w sytuacji, gdy sprawca wpraw wywołuje błąd, a potem wykorzystuje będącą konsekwencją tego błędu niezdolność do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Stanąć jednak wypadnie na stanowisku, iż w takim przypadku na przeszkodzie w przyjęciu zbiegu stanie reguła specjalności lub też (w szczególności) reguła współkaralności czynności następczych.

¹⁰⁶ Co do takiej próby zob. J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa...*, s. 32–52 oraz 146–163.

¹⁰⁷ Zob. chociażby stan faktyczny, który był kanwą orzeczenia w sprawie V KK 143/05, LEX nr 200259.

¹⁰⁸ Zob. J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa...*, s. 49.

co w przypadku oszustwa przybiera postać zrelatywizowanego do danych okoliczności zalecenia działania uczciwego, najczęściej w myśl dobrych zwyczajów kupieckich.

3.3.1.4. Dobro stanowiące przedmiot zamachu sprawcy czynu zabronionego

Podstawowym dobrem chronionym przed naruszeniem przez istnienie regulacji prawnokarnej w postaci występków określonych w art. 286 § 1 k.k. jest mienie pojmowane zgodnie z jego szerokim ujęciem na gruncie polskiego prawa cywilnego¹⁰⁹.

3.3.1.5. Skutek czynu sprawcy

Pogląd, że oszustwo ma charakter przestępstwa skutkowego, nie jest w obecnej polskiej doktrynie kwestionowany¹¹⁰, jako skutek uznaje się tutaj jednogłośnie niekorzystne rozporządzenie własnym lub cudzym majątkiem¹¹¹.

3.3.1.6. Formalna bezprawność czynu sprawcy

Formalnie brak jest ograniczeń w powoływaniu się na okoliczności uchylające bezprawność wobec zachowań oszusta. Należy jednak zwrócić uwagę, że przyjmowane w doktrynie polskiej znamię subiektywne kontratywu¹¹², wyrażające się w wymaganiu stawianym broniącemu, aby działał w celu wartościowanym dodatnio z punktu widzenia aksjologii prawa karnego (uchylenia zamachu, przeprowadzenia eksperymentu), trudne jest zarazem do pogodzenia z zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej¹¹³. Takie sytuacje zachodzić będą zupełnie wyjątkowo¹¹⁴.

3.3.1.7. Materialna bezprawność czynu sprawcy

Zagadnienie materialnej bezprawności zachowań oszukańczych jest szczególnie doniosłe ze względu na brzmienie rozdziału XIV Kodeksu wykroczeń tudzież art. 134 oraz 136 k.w., przesądzające o tym, iż oszustwo jest karalne niezależnie

¹⁰⁹ T. Oczkowski, *Oszustwo...*, s. 121, J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa...*, s. 75, zob. też SN w orzeczeniu K 367/33, GSW 1934/17, s. 266. Wydaje się, jednak, iż trudno jest zarazem odmówić subsydiarnego przedmiotu ochrony wolności decyzji (odmiennie J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa...*, Warszawa 1971, s. 87), bowiem inaczej problematyczne jest zrozumienie braku przepołowienia tego czynu.

¹¹⁰ Zob. np. I. Lipkin, *Encyklopedia...*, s. 1254, T. Oczkowski, *Oszustwo...*, Kraków 2004, s. 61 i n., zob. także orzeczenie SN w sprawie 210/21 (niepubl.).

¹¹¹ Zarazem jako nieprecyzyjne uznaje wypowiedzi niektórych karnistów, którzy owo rozporządzenie objaśniają jako takie, które „prowadzi do zwiększenia aktywów sprawcy lub do zmniejszenia jego pasywów” (T. Oczkowski, *Oszustwo...*, s. 137 i cyt. tam orzeczenie SN V KK 363/07). Wydaje się, że niekorzystne rozporządzenie majątkowe to również takie, które także jedynie potencjalnie prowadzi do takich przesunięć majątkowych, *par excellence* przykładem takiego zachowania jest wyludzenie poręczenia za cudzą wierzytelność, zob. także orzeczenia SN w sprawach: III KKN 86/98, OSP 2001/1, poz. 10; V KKN 267/00, OSP 2001/3, poz. 51.

¹¹² Zob. w tej mierze J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013.

¹¹³ Tak wydaje się w szczególności ze względu na brzmienie art. 27 § 1 oraz § 2 k.k., że pojęciowo wykluczone jest stosowanie kontratów eksperymentu dla usprawiedliwiania czynności oszukańczych.

¹¹⁴ Można wszak przywołać przykład ojca, któremu porwano córkę, i celem zebrania okupu musi on uzyskać pilnie określoną kwotę pieniędzy, co prowokuje go do podjęcia określonych, oszukańczych działań. Co do innych akademickich przykładów, zob. J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa...*, s. 126–130.

o rozmiarów niekorzystnego rozporządzenia majątkowego¹¹⁵. Pytanie więc, czy czynem zabronionym jest także zachowanie, które prowadzi do szkody majątkowej na poziomie 0,001 grosza, jest jak najbardziej aktualne¹¹⁶. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga, jak się zdaje, wyważenia dwóch przeciwstawnych wartości rangi konstytucyjnej – pewności i równości wobec prawa oraz subsydiarnej roli prawa karnego. Ze względu na charakter niniejszego opracowania ograniczę się do wskazania, iż w polskiej literaturze przedmiotu brak jest głosów opowiadających się za ustanowieniem – *de lege lata* – pewnego progu wartości szkody¹¹⁷, co mimo niewątpliwych walorów prewencyjnych zdaje się być jednak symptomem traktowania prawa karnego jako *prima ratio*¹¹⁸.

3.3.2. Strona subiektywna przestępstwa

3.3.2.1. Wymagane nastawienie intelektualne sprawcy czynu

Ze względu na jednoznaczne ujęcie warstwy deskryptywnej art. 286 § 1 k.k., w polskiej doktrynie nie ulega obecnie większej wątpliwości¹¹⁹, że każda z norm sankcjonowanych zakodowanych w tym przepisie zawiera w swojej strukturze wymaganie działania z zamiarem kierunkowym w postaci osiągnięcia korzyści majątkowej¹²⁰.

3.3.2.2. Wina sprawcy czynu

Na gruncie obecnego polskiego prawa karnego wina rozumiana jest przez większość doktryny zgodnie z ujęciem tzw. czystej teorii normatywnej¹²¹.

¹¹⁵ Pogląd ten stanowi również ukształtowaną linię orzeczniczą SN, gdzie jeszcze pod rządami k.k. z 1932 r. podkreślano, że pojęcie niekorzystnego rozporządzenia należy rozumieć szeroko, nawet jako sytuację, kiedy nie dochodzi do wymiernej szkody (sic!), zob. np. orzeczenie I K 468/34, OSN 1935, nr II, poz. 59/35 wraz ze stwierdzeniem: „Niekorzystne jest rozporządzenie mieniem, gdy wzajemne zobowiązanie nie odpowiada umowie bez względu na szkodę”, oraz: II K 756/37, OSN 1938/3, poz. 57; III K 2466/37, OSN 1938/9, poz. 209; II K 843/61, RPEiS 1962/3, s. 390. Zob. także S. Glaser, *Pojęcie szkody przy oszustwie (art. 264 k.k.)*, „Głos Sądownictwa” 1937/6, s. 476; J. Budzyńska, *Na marginesie artykułu Pojęcie szkody przy oszustwie*, „Głos Sądownictwa” 1937/10, s. 812–813; J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa...*, s. 159–161.

¹¹⁶ Autorowi z praktyki zawodowej znane są przypadki wnoszenia aktów oskarżenia za oszustwa na kwotę poniżej 2 złotych.

¹¹⁷ Rozważania doktryny w tej mierze mają charakter wyjątkowo ogólny, zob. T. Oczkowski, *Oszustwo...*, s. 41, wykluczający wyłączenie społecznej szkodliwości oszustwa ze względu na „kryterium ilościowe i potencjalnie niewielką wartość szkody wyrządzonej danemu nabywcy”, co jest wręcz dosłownym powtórzeniem wcześniejszego o ponad 30 lat sformułowania J. Bednarzaka, *Przestępstwa oszustwa...*, s. 46, który wskazywał na znaczenie „kryterium ilościowego i niewielkiej wysokości wyrządzonej szkody”.

¹¹⁸ Zgodzić się można z uwagami J. Bednarzaka, *Przestępstwa oszustwa...*, s. 169, iż na pierwszym planie przy ocenie materialnej bezprawności oszustwa wyeksponowane są elementy subiektywne, jednak teza, iż „nikt nie uzna oszustwa, którego wyrafinowany sposób popełnienia wskazuje na niebezpieczne psychiczne nastawienie sprawcy, za czyn o znikomym ładunku niebezpieczeństwa społecznego, choćby szkoda jaką wyrządził sprawca, była niewielka” – jawi się jako bardzo polemiczna. Jest ona szczególnie problematyczna wobec traktowania szalbierstwa, które również może dowodzić tych samych predyspozycji psychicznych sprawcy, jako wykroczenia.

¹¹⁹ Co do odmiennego poglądu, zob. I. Stolarczyk, *Przestępstwa oszustwa a zamiar ewentualny*, Prok. i Pr 2007/3, s. 69–71, J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 609.

¹²⁰ I. Lipkin, *Encyklopedia...*, s. 1253; J. Bednarzak, *Przestępstwa oszustwa...*, Warszawa 1971, s. 97; T. Oczkowski, *Oszustwo jako...*, s. 27, zob. także wyrok SN z 27.03.2013, III KK 308/12, KZS 2013/6, poz. 37.

¹²¹ Zob. powyżej przypis nr 93.

3.4. Konkluzje

Konkludując tę część rozważań, stanowiącą jedynie prolegomenę do ekspozycji porównawczo-prawnej, zaznaczyć wypada, iż niezależnie od pewnego bogactwa poglądów doktryny polskiej, faktyczna treść stosowanego prawa, a zwłaszcza przyjęta w orzecznictwie wykładnia znamion, konweniują ze znaczeniem językowym *prima facie* interpretowanych przepisów. Uwaga taka jawi się w kontekście analizy porównawczo-prawnej jako doniosła.

III. ANALIZA SYSTEMÓW PRAWNOKARNEJ OCHRONY KONSUMENTÓW W WYBRANYCH OBCYCH PORZĄDKACH PRAWNYCH

1. System prawnokarnej ochrony konsumentów jako stron umów wzajemnych Republiki Federalnej Niemiec

W Republice Federalnej Niemiec dominuje stanowisko aprobujące stosowanie instrumentów prawnokarnych celem ochrony konsumentów¹²². Częścią tej ochrony są przepisy ukierunkowane na zabezpieczenie ekwiwalentności świadczeń przed jej zaburzeniami związanymi ze szczególną sytuacją konsumenta¹²³. Podobnie jak ma to miejsce w obecnym polskim prawie karnym, ochrona ta jest realizowana przez typizację czynów zabronionych w niemieckim Kodeksie karnym (dalej: StGB)¹²⁴, z których podstawowe znaczenie dogmatyczne mają regulacje § 263 (oszustwo), § 291 (lichwa), a pewne marginalne znaczenie przypisuje się jeszcze regulacjom § 253 (wymuszenie rozbójnicze) oraz § 240 (zmuszenie). Natomiast cechą specyficzną prawa niemieckiego jest to, że przewiduje ono także wykroczenia w postaci „lichwy społecznej”, związane z zaburzeniami podaży na rynku właściwym¹²⁵. Podobnie jak w prawie polskim, wobec przedsiębiorcy skazanego za popełnienie czynu związanego z jego aktywnością profesjonalną można orzec zakaz wykonywania określonego zawodu lub działalności gospodarczej na okres od 1 roku do 5 lat¹²⁶.

W toku dalszych rozważań przedmiotem analizy będą, mające kluczowe znaczenie dla ochrony konsumentów, czyny zabronione lichwy oraz oszustwa.

1.1. Geneza charakteryzowanych uregulowań

Ze względu na zasadniczo odmienny charakter historycznego rozwoju niemieckiego prawa karnego, ewolucja wskazanych wyżej regulacji przedstawiona zostanie

¹²² R. Vergho, *Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht*, Freiburg 2009, s. 23 i n.

¹²³ W literaturze niemieckiej wskazuje się wyraźnie, iż jest to przejaw protekcyjnalizmu i interwencjonizmu państwa celem ochrony wolności, zob. G. Arzt, *Zwischen Nötigung und Wucher* [w:] Festschrift für Karl Lackner, Berlin-New York 1987, s. 653, gdzie stwierdza on wyraźnie: „Wucher ist oktroyierter Vermögensschutz und damit zugleich oktroyierter Freiheitsschutz”.

¹²⁴ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3202) geändert worden ist.

¹²⁵ Zgodnie z tymi regulacjami, karą do 25 000 euro zagrożone jest m.in. pobieranie nadmiernych wynagrodzeń za przedmioty lub usługi niezbędne w codziennym funkcjonowaniu czy pobieranie czynszu za wynajem pokoi wyższego o więcej niż 20% od przeciętnego w danej gminie, zob. § 3–5 Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, BGBl. I S. 1313.

¹²⁶ Zob. § 70 StGB.

odrębnie dla obu ze wskazanych powyżej typów czynów zabronionych, począwszy od uchwalenia obecnie obowiązującego niemieckiego Kodeksu karnego z roku 1871 r.¹²⁷

1.1.1. Występek lichwy

W pierwotnym tekście niemieckiego StGB, pozostającym pod wpływem ideologii liberalizmu, brak było czynów zabronionych penalizujących lichwę. Pierwsza taka regulacja wprowadzona została na skutek noweli z 24.05.1880 r.¹²⁸, kiedy do StGB dodano § 302a–d. Zasadniczym elementem konstrukcyjnym tych czynów zabronionych było oparcie się na znamionach ocennych, a w szczególności – rażącej dysproporcji żądanego świadczenia¹²⁹. Regulacje te zostały uzupełnione penalizacją lichwy rzeczowej (nowy § 302e) na mocy noweli z 19.07.1893 r.¹³⁰ W takim kształcie przepisy te pozostały niezmienione do roku 1971, kiedy to mocą noweli z 4.11.1971 r. dodana została kolejna kazuistyczna subodmiana lichwy w postaci lichwy najemczej (*Mietwucher*, § 302f)¹³¹.

Te rozwiązania ustawodawcze, będące przedmiotem szerokiej krytyki niemieckiej doktryny, chociażby ze względu na luki w kryminalizacji oraz odmienne wysokości sankcji karnych za poszczególne odmiany lichwy¹³², zostały zastąpione zdecydowanie bardziej abstrakcyjnie ujętym czynem zabronionym, penalizującym zachowania lichwiarskie w roku 1976¹³³. Szczególnie godny uwagi dla rekonstrukcji genezy omawianej regulacji jest proces legislacyjny, w którym dominujące znaczenie odgrywała komisja ekspertów, złożona z wybitnych karnistów, debatująca w roku 1974 nad nowym ujęciem tego typu czynu zabronionego¹³⁴. W trakcie tej dyskusji ponownie odrzucono propozycje konkretyzacji znamion lichwy, a dokładniej warunku rażącej dysproporcji świadczeń za pomocą znamion numerycznych, wskazując, iż konieczna jest elastyczność opisu ustawowego, umożliwiająca indywidualną ocenę każdego przypadku¹³⁵. Szczególnie kontrowersyjne w trakcie prac ustawodawczych było zagadnienie, czy jako osobny, uprzywilejowany podtyp lichwy należy penalizować wykorzystanie przymusowej sytuacji przez sprawcę, kiedy to on na skutek swojej lekkomyślności o takiej sytuacji pokrzywdzonego nie

¹²⁷ Wcześniejsze regulacje pozostaną poza obszarem niniejszej ekspertyzy nie tylko ze względu na ich partykularyzm landowy, ale także ze względu na zasadniczo odmienny kontekst społeczny i ekonomiczny ich funkcjonowania, w tej mierze zob. szerzej np. M. Laufen, *Der Wucher (§ 291 Abs. 1 Satz 1 StGB)*, Frankfurt am Main 2004, s. 7–9.

¹²⁸ RGBl. 1880, s. 109 i n.

¹²⁹ Zarazem w czasie debaty parlamentarnej zgłoszono także konkurencyjny projekt, w którym postulowano wprowadzenie sztywnych taks procentowych, przesądzających uznanie świadczenia wzajemnego za lichwiarskie, zob. *Verhandlungen des Deutschen Reichstags*, 4. Legislaturperiode, 11 Session, Drucksache Nr. 40.

¹³⁰ RGBl. 1893, s. 197 i n.

¹³¹ BGBl. I, s. 1745 (1747).

¹³² M. Sickenberg, *Wucher als Wirtschaftsstrafat*, Freiburg 1985, s. 38–40 i cyt. tam literatura.

¹³³ BGBl. I, S. 2034.

¹³⁴ Szczegółowy zapis prac tej Komisji został zaprotokołowany, zob. *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur (dalej: Tagungsberichte IV)*, s. 96 i n.

¹³⁵ Wartość tę uznano zarazem za przeważającą nad pewnością prawa, zob. *Tagungsberichte IV*, s. 106. Warto dodać, że podobną propozycję konkretyzacji tego znamienia zgłoszono ponownie w trakcie prac parlamentarnych, gdzie sugerowano wprowadzenie zapisu, iż co do zasady lichwa występuje w przypadku, gdy wartość świadczenia wzajemnego przewyższa o 50% świadczenie spełnione przez dłużnika, zob. *Sitzungsberichte des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, 7. Wahlperiode (dalej: *Protokolle VII*), s. 2607.

wiedział. W ostatecznie przyjętym przez Komisję brzmieniu przepisu taka norma sankcjonowana zakodowana została w odrębnym redakcyjnie ust. 4¹³⁶. Jednak w trakcie dalszych prac, w skierowanym do Bundestagu projekcie rządowym został on wykreślony¹³⁷. Ostatnim spornym ówczesnie zagadnieniem było ujęcie tzw. *Additionsklausel*, a więc regulacji, która rozszerzała normę sankcjonowaną kodującą lichwę na działanie osób współdziałających, w szczególności pośredników świadczeń lichwiarskich, tak iż dopiero łącznie oceniany bilans wzajemnych świadczeń posiada lichwiarski charakter¹³⁸. Została ona ostatecznie uchwalona i do dziś jest obowiązującym prawem (zob. § 291 ust. 2 zdanie drugie).

W tej formie przepis ten, choć ze względu na dalsze nowelizacje z innym oznaczeniem numerycznym, ostał się do dnia dzisiejszego¹³⁹. Takie, niewolne od kazuistyki w warstwie deskryptywnej, ujęcie występku lichwy związane jest genetycznie z poprzedzającymi go na gruncie prawa niemieckiego kazuistycznymi typizacjami występku lichwy.

Takie ujęcie znamion tego czynu zabronionego na gruncie prawa niemieckiego powoduje zarazem, iż najbardziej charakterystyczną cechą tego przepisu jest sankcjonowanie nie tylko wyzysku przymusowej sytuacji pokrzywdzonego, lecz także wyzyskania jego niezdolności do właściwej oceny sytuacji czy słabości woli. Drugim istotnym konstrukcyjnie elementem tej regulacji jest wprowadzenie typu kwalifikowanego przestępstwa lichwy zagrożonego karą pozbawienia wolności aż do lat 10¹⁴⁰.

1.1.2. Występek oszustwa

Obecne ujęcie przestępstwa oszustwa w prawie niemieckim swoimi korzeniami sięga przynajmniej do roku 1830, kiedy w czasie prac nad reformą pruskiego Kodeksu karnego odrzucono wcześniejsze – inspirowane prawem francuskim – koncepcje, które wyodrębniały poszczególne kazuistyczne typy oszustwa, jak chociażby oszustwo kuratora¹⁴¹. To ogólne ujęcie oszustwa wystąpiło również w Kodeksie karnym

¹³⁶ Tagungsberichte IV, s. 128 i n.

¹³⁷ Bundestags-Drucksache 7/3441, s. 6 i n.

¹³⁸ Protokolle VII, s. 2805–2806, co uwarunkowane zostało wszak od wykorzystania sytuacji dłużnika przez każdego ze współdziałających, zob. uwagi poniżej.

¹³⁹ Zgodnie z brzmieniem § 291 ust. 1 zdanie pierwsze StGB: „Wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten

1. für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen,
2. für die Gewährung eines Kredits,
3. für eine sonstige Leistung oder
4. für die Vermittlung einer der vorbezeichneten Leistungen

Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Wirken mehrere Personen als Leistende, Vermittler oder in anderer Weise mit und ergibt sich dadurch ein auffälliges Mißverhältnis zwischen sämtlichen Vermögensvorteilen und sämtlichen Gegenleistungen, so gilt Satz 1 für jeden, der die Zwangslage oder sonstige Schwäche des anderen für sich oder einen Dritten zur Erzielung eines übermäßigen Vermögensvorteils ausnutzt.

¹⁴⁰ § 291 ust. 2 StGB: „In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. durch die Tat den anderen in wirtschaftliche Not bringt,
2. die Tat gewerbsmäßig begeht,
3. sich durch Wechsel wucherische Vermögensvorteile versprechen läßt.

¹⁴¹ M. Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin 1986, s. 65.

Związku Północnoniemieckiego z roku 1870¹⁴², które zostało następnie literalnie przejęte przez StGB¹⁴³. W dzisiejszej regulacji prawa niemieckiego, w porównaniu z tym pierwotnym ujęciem przestępstwa oszustwa, zauważalne są dwie zmiany, polegające na modyfikacji zagrożenia ustawowego¹⁴⁴ oraz wprowadzaniu typów kwalifikowanych oszustwa, które w obecnym stanie prawnym znajdują swój wyraz w ust. 2, 3 oraz 5 § 263 StGB. Owe typy kwalifikowane zostały po raz pierwszy wprowadzone do StGB w roku 1933¹⁴⁵, jednak ta zmiana została abrogowana w roku 1953¹⁴⁶ i w zmienionej, obowiązującej do dziś, formie została przywrócona w roku 1998¹⁴⁷. Ta ostatnia nowelizacja ustawodawcza wprowadziła także regulacje zawarte obecnie w ust. 5 oraz 7¹⁴⁸.

Taka względna stabilność stanu prawnego w tym zakresie może się jawić jako zadziwiająca w świetle ożywionych sporów niemieckiej doktryny, których dobitnym odzwierciedleniem był szereg propozycji modyfikacji warstwy deskryptywnej § 263 StGB. Tak chociażby już w roku 1909, podczas pierwszych poważnych prac projektowych nad modyfikacją pierwotnego niemieckiego Kodeksu karnego z 1871 r., zaproponowano wprowadzenie szczególnego znamienia w postaci podstępu w wykonanym oszustwie¹⁴⁹. W projektach nowelizacyjnych z lat 1913 oraz 1919 pojęcie podstępu zostało zrelatywizowane do faktów (a więc z wyłączeniem ocen)¹⁵⁰. Przeciwna tendencja zwyciężyła w faszystowskim projekcie nowelizacyjnym z roku 1936, gdzie akcentując element podstępu, zrezygnowano również z zawężania go do sfery deskrypcji, a wyłączenia z jego zakresu ocen¹⁵¹. Jednak w czasie ostatnich poważnych prac koncepcyjnych nad kształtem przepisu kodującego formę podstawową oszustwa w niemieckim prawie karnym, w pracach tzw. Große Strafrechtskommission z roku 1962 znamię podstępu zostało odrzucone jako zbyt niedookreślone¹⁵², podobnie jak ostatecznie zrezygnowano z wykluczenia z zakresu normowania wypowiedzi o charakterze ocen, gdyż oceny

¹⁴² S.n., *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, 1868, s. 549 i n.

¹⁴³ Zob. szczegółowo, W. Naucke, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin 1964, s. 100. Zgodnie z tym przepisem: „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen einen Irrthum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges mit Gefängniß bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu Eintausend Thalern, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden. Der Versuch ist strafbar.

Wer einen Betrug gegen Angehörige, Vormünder, Erzieher oder gegen solche Personen, in deren Lohn oder Kost er sich befindet, begeht, ist nur auf Antrag zu verfolgen.“

¹⁴⁴ Co nastąpiło w roku 1970 wraz z wejściem w życie 1. StrRG (BGBl. I 1969, 645, 656).

¹⁴⁵ RGBl. s. 295, przy czym wtedy za znamiona kwalifikujące uznawano m.in. szkodzenie dobru narodu („Schädigung des Volkswohls“).

¹⁴⁶ Zobacz bliższej K. Tiedemann, *Betrug [w:] StGB Kommentar*, t. 11, red. K. Tiedemann, Berlin 2011, s. 276, s. 19.

¹⁴⁷ BGBl. I, s. 164.

¹⁴⁸ Natomiast regulację obecnych ust. 4 i 6 zostały wprowadzone przez Art. 19 nr 134 EGStGB 1974.

¹⁴⁹ Zgodnie z tym ujęciem: „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er jemand durch arglistige Täuschung zu einer Verfügung darüber bestimmt, wird bestraft“, cytat za: M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 82.

¹⁵⁰ L. Ebermayer, *Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches*, Berlin 1914, s. 78.

¹⁵¹ Zdaniem przedstawicieli ówczesnej doktryny takie ujęcie gwarantuje sędziemu dostateczną swobodę w ocenie, czy w danym przypadku zaistniało karalne oszustwo, zob. G. Dahm, *Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil [w:]* F. Gürtner, *Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil*, Berlin 1936, s. 460.

¹⁵² Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, 1962, s. 252.

posiadają siłę sprawczą do dokonywania przesunięć majątkowych i zawierają element faktyczny, wyrażający się w przekonaniu formułującego daną ocenę, iż jest ona prawdziwa¹⁵³.

W świetle tych rozlicznych prób modyfikacji znamion oszustwa w typie podstawowym, co na przestrzeni ostatniego stulecia było udziałem kilku projektów aktów nowelizacyjnych, za wręcz wyjątkową sytuację uznać wypada, iż żaden z nich ostatecznie nie zmienił kształtu normy sankcjonowanej z § 263 ust. 1 StGB.

1.2. Analiza dogmatyczno-prawna charakteryzowanych uregulowań

Ze względu na założenia niniejszego opracowania oraz ograniczenia miejsca, poniższa analiza dogmatyczna zawężona zostanie do typów podstawowych czynów zabronionych konstytuujących zasadniczy zrąb prawnokarnej ochrony konsumentów przed niewspółmiernymi świadczeniami wzajemnymi na gruncie prawa niemieckiego, tj. występków: lichwy i oszustwa, bez bardziej pogłębionej eksplikacji ich znamion kwalifikujących.

1.2.1. Występek lichwy

1.2.1.1. Strona obiektywna przestępstwa

1.2.1.1.1. Czyn

Pytanie o zaniechanie jako formę działania sprawcy rozważane jest w nauce niemieckiej w szczególnym kontekście podobieństwa dogmatycznego lichwy, wymuszenia oraz zmuszania¹⁵⁴. To genetyczne podobieństwo ma być szczególnie widoczne w tym, iż występek lichwy to nic innego jak konkludentne zagrożenie pokrzywdzonemu odmową spełnienia świadczenia, którego nie może on uzyskać z innego źródła. Szczególny problem wyraża się w tym, iż owo zawołowane zagrożenie zaniechaniem następuje za pomocą oferty zawarcia umowy, która *per se*, tzn. w normalnej sytuacji, jest przecież w warunkach rynkowych dopuszczalna. Przy tak postawionej sprawie konieczne jest karkołomne poszukiwanie dogmatycznych rozwiązań eksplikujących karalność groźenia legalnym zaniechaniem¹⁵⁵. Natomiast ze względu na brzmienie § 151 zdanie pierwsze niemieckiego Kodeksu cywilnego, konwenującego z regulacją prawa polskiego w art. 68² k.c., wydaje się, iż nie ma przeszkód, aby potwierdzić możliwość wypełnienia znamion tego występku nie tylko przez aktywne działanie, ale także wyjątkowo przez ciąg zaniechań.

1.2.1.1.2. Sprawca czynu

Ze względu na użycie w warstwie deskryptywnej § 291 § 1 zdanie pierwsze StGB zaimka osobowego „kto” („Wer”), nie budzi wątpliwości i nie jest przedmiotem

¹⁵³ M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 86.

¹⁵⁴ G. Arzt, *Zwischen Nötigung...*, s. 642 i n.

¹⁵⁵ Tak czyni to właśnie G. Arzt, *Zwischen Nötigung...*, s. 645 i n.

szerszych sporów, iż zasadniczo podmiotem przestępstwa lichwy może być każdy. Szczególnie interesująca jest natomiast wzmiankowana już powyżej tzw. *Additionsklausel* (zob. § 291 ust. 1 zdanie drugie StGB), której funkcje upatruje doktryna niemiecka w tym, iż umożliwia ona przypisanie odpowiedzialności karnej za czyny innych osób w sytuacjach, kiedy nie są one współsprawcami danej osoby¹⁵⁶. Warunkiem jednak ma być to, iż wszystkie one partycypują w jednym zdarzeniu gospodarczym, a każdy z nich, korzystając z przymusowej sytuacji pokrzywdzonego, zapewnia sobie świadczenie wzajemne, które jest nadmierne, lecz już – osobno rzecz ujmując – niekoniecznie rażąco nadmierne. Natomiast w takiej konfiguracji całe dokonujące się między stronami przesunięcia majątkowe mają prowadzić do ich rażącej niewspółmierności¹⁵⁷. W istocie funkcją klauzuli z § 291 ust. 1 zdanie drugie StGB zdaje się być instrumentalizacja prawa karnego w celu nałożenia na osoby partycypujące w złożonych procesach gospodarczych ze słabszymi społecznie partnerami daleko idących obowiązków rzetelności i ostrożności w uzyskiwaniu ich kosztem profitów¹⁵⁸.

1.2.1.1.3. Sposób działania sprawcy czynu

1.2.1.1.3.1. Znamiona czynności wykonawczych sprawcy czynu

Dla bytu występku lichwy na gruncie niemieckiego prawa karnego kluczowym wyznacznikiem są znamiona: wyzyskanie „sytuacji przymusowej, niedoświadczenia, braku zdolności oceny sytuacji lub istotnej słabości woli” tudzież „rażąca dysproporcja” pomiędzy świadczeniami stron.

Pierwsza grupa znamion w istocie odnosi się do kilku odrębnych sytuacji, w których może znajdować się pokrzywdzony. Jako konkretyzację sytuacji przymusowej proponuje się ujęcie takich stanów, kiedy chodzi o zapewnienie dostępu do minimalnych świadczeń, gwarantowanych przez państwo każdemu obywatelowi w ramach publicznych świadczeń socjalnych oraz chronionych przed egzekucją w ramach katalogu przedmiotowych i podmiotowych wyłączeń¹⁵⁹. Jednocześnie przesłanką aktualizacji normy sankcjonowanej ma być to, iż pokrzywdzony nie ma możliwości pozyskania tych świadczeń z innego źródła bądź też nie można od niego racjonalnie wymagać, aby starał się pozyskać te świadczenia gdzie indziej¹⁶⁰. Sytuacja taka musi istnieć realnie, a nie być wynikiem jedynie subiektywnego przeświadczenia danej osoby¹⁶¹.

¹⁵⁶ M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 103; D. Haberstroh, *Wucher im vermittelten Kreditgeschäft*, NStZ 1982, s. 268.

¹⁵⁷ Sporne jest zarazem to, czy lichwiarski charakter wszystkich przesunięć majątkowych może istnieć także wtedy, gdy żadne z poszczególnych świadczeń nie posiada takiego przymiotu, większość karnistyki niemieckiej zdaje się takie ujęcie odrzucać jako „rachunkowo niemożliwe”, zob. np. K. Rühle, *Das Wucherverbot – effektive Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?*, Berlin 1978, s. 59; K. Lenckner, *Anmerkung zur Verfügung 149 Js 275/78*, JR 1980, s. 164, co jednak wydaje się przeoczać fakt, że lichwiarski charakter może wynikać także np. z niedogodnego ukształtowania zbiegających się terminów zapłaty poszczególnych świadczeń. Zresztą przy takiej interpretacji aktualizuje się pytanie o celowość zachowania takiej regulacji.

¹⁵⁸ W doktrynie podkreśla się marginalne znaczenie praktyczne tej klauzuli, zob. M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 106.

¹⁵⁹ M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 89–96.

¹⁶⁰ D. Heinsius, *Das Rechtsgut Des Wuchers: Zur Auslegung des § 302 StGB...*, s. 154 i n.

¹⁶¹ Tak M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 98, inaczej BGH NJW 1958, 2075.

Niedoświadczenie z kolei konkretyzowane jest jako brak doświadczenia właściwego przeciętnemu obywatelowi¹⁶². W nowszej literaturze proponuje się także ujęcie braku doświadczenia jako sytuacji, w której przepisy o ochronie konsumentów nie są wystarczające dla zagwarantowania właściwej ochrony danej osoby, choćby dlatego, iż nie jest ona w stanie zrozumieć wręczanych jej pouczeń¹⁶³.

Brak zdolności oceny sytuacji to, zdaniem niemieckich jurystów, niezdolność do aprecjacji ryzyka związanego z daną transakcją¹⁶⁴. Inny pogląd odnosi to ponownie do zdolności efektywnego korzystania z ochrony konsumenckiej¹⁶⁵.

Wreszcie istotna słabość woli to mniejsza asertywność pokrzywdzonego w porównaniu z przeciętnym obywatelem¹⁶⁶, choć obecny jest też pogląd głoszący, iż słabość woli to nic innego jak patologiczne opanowanie potrzebą, która wyklucza wszelkie racjonalne rozważania o kosztach jej uzyskania, co związane jest zasadniczo ze stanami chorobowymi czy uzależnieniami¹⁶⁷.

Jako cechę wspólną całej tej grupy znamion wskazuje się, iż – w przeciwieństwie do oszustwa czy wymuszenia – sprowadzają się one do wykorzystania pewnego istniejącego już stanu faktycznego, a nie naruszenia obowiązku zaniechania wprowadzenia w błąd celem stworzenia jakiejś nowej sytuacji¹⁶⁸.

Z kolei wymaganie rażącej niewspółmierności (*eines auffälligen Mißverhältnisses*) świadczeń konkretyzowane jest w tym duchu, iż miarodajne musi być porównanie obiektywnej wartości świadczeń z perspektywy wierzyciela¹⁶⁹. Wartość tych świadczeń jest oceniana nie tylko w momencie zawarcia umowy, lecz także w chwili spełniania świadczeń¹⁷⁰. Niemiecka doktryna dość precyzyjnie określa granice nadmiernej wartości świadczeń w odniesieniu do poszczególnych rodzajów lichwy – i tak w przypadku lichwy najemczej ma ona zachodzić w przypadku, gdy czynsz jest wyższy niż 50% w danym rejonie¹⁷¹, natomiast w przypadku lichwy kredytowej uznawano ją wtedy, gdy wysokość łącznych kosztów kredytu przekraczała 102% wysokości miesięcznych kosztów pożyczkowych ustalanych przez bank centralny (*Schwerpunktzins*)¹⁷². Do jednego z żywiej dyskutowanych problemów przynależy pytanie o rażącą dysproporcję świadczeń w sytuacji, kiedy brak jest właściwego rynku dla świadczeń danego rodzaju¹⁷³, przy czym obecnie zdaje się przeważać pogląd, iż tego typu świadczenia nie są objęte zakresem normowania

¹⁶² Taką optykę przyjmuje zwłaszcza orzecznictwo niemieckie, zob. RGSt 37, 206, BGHSt 11, 186; 30, 281; 43, 61.

¹⁶³ M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 116.

¹⁶⁴ R. Sturm, *Die Neufassung des Wuchertatbestandes und die Grenzen des Strafrechts*, JZ 1977, s. 84; K. Rühle, *Das Wucherverbot...*, s. 53.

¹⁶⁵ M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 118.

¹⁶⁶ BayOLG 1985, 873, D. Heinsius, *Das Rechtsgut Des Wuchers: Zur Auslegung Des 302 a StGB.*, s. 168.

¹⁶⁷ M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 122.

¹⁶⁸ M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 111.

¹⁶⁹ Co związane jest z wykładnią językową zwrotu „sich oder einem Dritten”, zob.; G. Schmidt, *Zum neuen strafrechtlichen Begriff der „Subvention” in § 264 StGB*”, GA 1979, s. 132.

¹⁷⁰ Wyjaśnia się zarazem, iż lichwiarski charakter umowy może wynikać ze zmiany warunków gospodarczych pomiędzy chwilą jej zawarcia a chwilą spełnienia umowy, zob.; D. Haberstroh, *Wucher im...*, s. 266; R. Sturm, *Die Neufassung...*, s. 86; OLG Stuttgart wistra 1981, s. 36.

¹⁷¹ Poziom taki został wyraźnie zaakceptowany w orzecznictwie, zob. BGHSt 30, 281, OLG Köln NJW 1976, 120, LG Darmstadt NJW 1972, 1244, G. Schmidt, *Zum neuen...*, s. 140.

¹⁷² Na co składało się przekroczenie odsetek o 100% powiększone o koszty udzielenia kredytu (2%), zob. H. Otto NJW 1982, s. 2748; M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 96; M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 137. Zarazem dodać trzeba, iż od czasu wprowadzenia EBC miernik taki nie istnieje, stąd obecnie niemiecka doktryna analogicznego miernika poszukuje w wysokości odsetek ustawowych przy zaległościach w płatności.

¹⁷³ Jak chociażby w przypadku sprzedaży rzadkich antyków.

§ 291 StGB¹⁷⁴. Wreszcie tematyzowany jest problem ochrony przed wyzyskiem podczas nabywania świadczeń nielegalnych. Tutaj, mimo że często czarny rynek dostarcza dość dokładnych mierników wartości, niemieccy juryści skłaniają się do wyłączenia możliwości stosowania przepisów o lichwie, ze względu na brak potrzeby ochrony konsumentów¹⁷⁵.

1.2.1.1.3.2. Naruszenie norm ostrożności przez sprawcę czynu

W niemieckiej nauce prawa karnego postrzeganie norm ostrożności jako przesłanki odpowiedzialności karnej jest wyjątkowo heterogeniczne¹⁷⁶. Niemniej jednak jasne jest, iż sprawca, który zachowuje aktualizujące się w danych przypadkach normy ostrożności, w postaci chociażby zwyczajowej wysokości marży, nie może odpowiadać karnie, gdyż jego zachowanie jest adekwatne społecznie¹⁷⁷.

1.2.1.1.3.3. Dobro stanowiące przedmiot zamachu sprawcy czynu zabronionego

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień w doktrynie niemieckiej jest pytanie o to, jakie dobro jest przedmiotem ochrony przez występki lichwy¹⁷⁸. Spośród niespotykanej wręcz wielu propozycji w tej mierze, jako najczęściej występujące wskazuje się na: majątek pokrzywdzonego¹⁷⁹, majątek pokrzywdzonego oraz jego wolność¹⁸⁰, wolność obchodzenia się z majątkiem¹⁸¹, majątek oraz prawidłowe funkcjonowanie rynku¹⁸², swobodę kontraktową¹⁸³. W aktualnym stanie debaty akcentuje się zarazem, iż cała ta wielopłaszczyznowa dyskusja o dobru, będącym przedmiotem ochrony w § 291 StGB, jest w zasadzie o tyle bezprzedmiotowa, iż nie wpływa ona w sposób zauważalny na wykładnię znamion występku lichwy¹⁸⁴.

1.2.1.1.4. Skutek czynu sprawcy

Ze względu na deskryptywne ujęcie czynu stypizowanego w § 291 ust. 1 StGB jest przestępstwem formalnym, które popełnione zostaje z w chwilą zawarcia lichwiarskiej

¹⁷⁴ D. Hensius, *op. cit.*, s. 118; M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 142–143, z tym istotnym zastrzeżeniem, że nie dotyczy to ratowania ludzkiego życia, gdzie jako „rynek” właściwy uznaje się cenę, jaką trzeba by zapłacić specjalistom za podjęcie czynności ratunkowych, zob. A. Hohendorf, *Die Bestimmung des auffälligen Mißverhältnisses zwischen Vermögensvorteilen und Leistung beim Ratenkreditwucher*, BB 1982, s. 144.

¹⁷⁵ M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 145.

¹⁷⁶ Jest to zagadnienie znacznie wykraczające poza ramy niniejszego opracowania, zob. M. Byczyk, *Normy...*

¹⁷⁷ Co do pojęcia tzw. *Soziale Adäquanz*, zob. np. F. Schaffstein, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW 72 (1960), s. 377 i n.

¹⁷⁸ M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 20–39.

¹⁷⁹ Tak m.in. M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 57; C. Hohendorf, *Das Individualwucherstrafrecht nach dem ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976*, Berlin 1982.

¹⁸⁰ Tak m.in. R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, Tübingen 1931, § 302a, IV; A. Finger, *Zum heutigen Stand des Wucherstrafrechts*, GS 1924, s. 297; G. Arzt, *Zwischen Nötigung...*, s. 650.

¹⁸¹ U. Scheffler, *Zum Verständnis des Wuchers gem. § 302a StGB*, GA 1992, s. 9–10.

¹⁸² J. Bohnert, *Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung*, Berlin 1991, s. 9.

¹⁸³ U. Kindhäuser, *Zur Struktur des Wuchertatbestandes*, NStZ 1994, s. 106; D. Hensius, *Das Rechtsgut des Wuchers. Zur Auslegung des § 302a StGB*, Frankfurt 1997, 46 i n.

¹⁸⁴ M. Laufen, *Der Wucher...*, s. 39.

umowy, niezależnie od jej ważności na gruncie prawa cywilnego¹⁸⁵. Niemniej ważne jest, aby dostrzec, iż typ kwalifikowany występku lichwy, który „z reguły” występuje w przypadku doprowadzenia pokrzywdzonego do stanu ekonomicznej ruiny¹⁸⁶, ma charakter odpowiedzialności za wywołanie prawnokarnie relewantnego skutku.

1.2.1.1.5. Formalna bezprawność czynu sprawcy

W niemieckiej doktrynie brak jest szczegółowych rozważań o okolicznościach wyłączających bezprawność czynu w przypadku lichwy i o ewentualnych odmiennościach w tym zakresie, zwłaszcza w obliczu zgody pokrzywdzonego. Jak się wydaje, wynika to z prozaicznego faktu, iż § 138 ust. 2 BGB przewiduje nieważność *ex tunc* lichwiarskiej umowy, dlatego też składane w tym zakresie oświadczenia woli pokrzywdzonego pozostają bez znaczenia prawnego.

1.2.1.1.6. Materialna bezprawność czynu sprawcy

Badania empiryczne (aktowe) przeprowadzone na terenie Republiki Federalnej Niemiec wskazują, iż większość postępowań nie jest umarzana z powodu braku szkodliwości czynu lichwy, lecz z powodu niemożności wykazania obiektywnych znamion przestępstwa w postaci szczególnego położenia pokrzywdzonego¹⁸⁷. Jeszcze w latach 80. XX wieku wskazywano, iż łączna liczba umów pożyczkowych i kredytów rocznie, w których występuje rażąca dysproporcja świadczeń, wynosi szacunkowo na terenie RFN milion rocznie, a liczba osób podejrzanych w postępowaniach o lichwę rocznie nie przekracza tysiąca¹⁸⁸. Za podstawowy problem uznaje się wykorzystanie asymetrycznej sytuacji informacyjnej do narzucania konsumentom skrajnie niekorzystnych warunków umownych¹⁸⁹ i brak zgłaszania przestępstw przez osoby pokrzywdzone, a nie umarzanie postępowań przez prokuraturę¹⁹⁰.

1.2.1.2. Strona subiektywna przestępstwa

1.2.1.2.1. Wymagane nastawienie psychiczne sprawcy czynu

Dla skazania za występki lichwy konieczne jest ustalenie, iż sprawca działał umyślnie, tj. miał zamiar lub co najmniej przewidywał i godził się na wypełnienie wszystkich znamion obiektywnej strony przestępstwa¹⁹¹. Ujęcie takie, niekwestionowane praktycznie w literaturze przedmiotu, jest o tyle interesujące, iż StGB wyraźnie operuje silnie zabarwionym kierunkowo czasownikiem „ausbeuten”, który oddać można jako wyzyskanie.

¹⁸⁵ K. Bernsmann, *Zur Problematik der Mißverhältnis beim Sachwucher – eine Untersuchung zu einem „dogmatischen Dunkelfeld”*, GA 1981, s. 158; M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 71. Jest to oczywiście o tyle istotne, że na gruncie niemieckiego prawa prywatnego umowy lichwiarskie są dotknięte sankcją nieważności, zob. § 138 BGB.

¹⁸⁶ § 291 ust. 2 pkt 1. StGB.

¹⁸⁷ M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 352–358.

¹⁸⁸ M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 353.

¹⁸⁹ H. Otto, *Strafrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik*, MschrKrim 1980, s. 406.

¹⁹⁰ M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 188 i n., gdzie wskazuje on na wyjątkową staranność w prowadzeniu postępowań przez prokuraturę, w tym na powoływanie biegłych.

¹⁹¹ Tak już Sąd Rzeszy w orzeczeniu RGSt 71, 327, zob. też M. Sickenberg, *Wucher als...*, s. 106–107.

1.2.1.2.2. Wina sprawcy czynu

W kontekście przestępstwa lichwy brak jest jakichkolwiek odrębności w stosunku do ogólnej koncepcji winy, która ujmowana jest w nauce niemieckiej czysto normatywnie.

1.2.1.3. Praktyka ścigania

Podobnie jak w Polsce, praktyczna doniosłość karalności za występki lichwy była i jest na terenie Niemiec bardzo ograniczona. Tak chociażby w latach 1882–1890 za wszystkie odmiany lichwy na terenie Cesarstwa Niemieckiego łącznie oskarżonych zostało 989, a skazanych – 466 osób¹⁹². Dla porównania, w roku 2000 w Republice Federalnej Niemiec wniesiono 214 takich aktów oskarżenia, natomiast w roku 2001 – 214¹⁹³. Dla właściwego umiejscowienia tych wartości w szerszym kontekście należy podać, iż łączna liczba skazanych w tym kraju w roku 2013 wyniosła 755 938, z czego 48,3% stanowiły czyny zabronione przeciwko mieniu i wiarygodności dokumentów *sensu largo*¹⁹⁴, przy łącznej liczbie wykrytych 5 961 662 czynów zabronionych.

1.2.2. Występek oszustwa

1.2.2.1. Strona obiektywna przestępstwa

1.2.2.1.1. Czyn

Możliwość popełnienia występkę oszustwa w drodze zaniechania była akceptowana przez część dawniejszej niemieckiej doktryny¹⁹⁵. Jako przykłady oszukańczych zaniechań wskazywano milczenie w odniesieniu do przedmiotu umowy¹⁹⁶ czy też w stosunku do samej woli zawarcia umowy¹⁹⁷. W nowszej doktrynie akcentuje się, że zaniechanie sprawcy może stać się karalnym oszustwem tylko wtedy, gdy na sprawcy ciążył szczególnie obowiązek troski o interesy majątkowe osoby trzeciej¹⁹⁸.

1.2.2.1.2. Sprawca czynu

Ze względu na użycie w warstwie deskryptywnej § 263 § 1 zdanie pierwsze StGB zaimka osobowego „kto” („Wer”), nie budzi wątpliwości i nie jest przedmiotem

¹⁹² Dane za: *Materialien zur Wuchergesetznovelle vom 19. Juni 1893*, GA 41 (1893), s. 232, przypis 1.

¹⁹³ *Polizeiliche Kriminalstatistik*, BMI 2001, s. 61.

¹⁹⁴ J.-M. Jehle, *Strafrechtspflege in Deutschland*, Berlin 2015, s. 32.

¹⁹⁵ Co do omówienia zob. M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 42–45.

¹⁹⁶ C. Klien, *Beiträge zur richtigen Bestimmung und naturgemäßen Entwicklung der Theorie über das Verbrechen des Betrugs und der Fälschung in seinen verschiedenen Arten*, „Archiv des Criminalstrafrechts”, t. I (1814), s. 136.

¹⁹⁷ C. Köstlin, *Über die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrüge*, „Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß”, t. XIV (1857), s. 403.

¹⁹⁸ M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 114, co zarazem oznacza odrzucenie rozpowszechnionej wcześniej koncepcji wyprowadzającej takie obowiązki gwaranta z klauzul generalnych niemieckiego Kodeksu cywilnego, zwłaszcza § 242 BGB.

szerszych sporów, iż podmiotem przestępstwa oszustwa może być każda osoba fizyczna. Typ kwalifikowany ze względu na przymioty osoby sprawcy przewidziany został w ust. 5: tutaj kara pozbawienia wolności do lat 10 została przewidziana dla tego, kto jest członkiem grupy zajmującej się popełnianiem oszustw lub fałszowaniem dokumentów.

1.2.2.1.3. Sposób działania sprawcy czynu

1.2.2.1.3.1. Znamiona czynności wykonawczych sprawcy czynu

Mimo że w warstwie deskryptywej § 263 ust. 1 StGB posługuje się alternatywą trzech zachowań, a mianowicie „przedstawieniem, zniekształceniem oraz zatajeniem” okoliczności faktycznych, w doktrynie niemieckiej nie przywiązuje się wagi do subtelnego rozróżniania tych poszczególnych form działania sprawcy¹⁹⁹, a działanie sprawcy jest określone zbiorczo jako oszustwo co do faktów²⁰⁰. Zasadnicze spory związane są z pytaniem, czy twierdzenia o charakterze ocen mogą być kwalifikowane jako oszustwa co do faktów. Kwestia ta jest szczególnie relewantna wobec zagadnienia ochrony konsumentów przed zaburzeniami równowagi kontraktowej, które mogą powstać chociażby poprzez wywołanie decyzji zakupowej reklamami towarów czy usług, prezentującymi je w lepszym świetle niż w rzeczywistości. Orzecznictwo niemieckie wskazuje, iż niekaralne pozostają takie twierdzenia o rzeczywistości, które nie są intersubiektywnie sprawdzalne²⁰¹, a przedstawiciele doktryny dodają, iż wyłączone są czyste oceny, które nie zawierają dającego się udowodnić elementu faktycznego²⁰². Stwierdzenia te jawią się jednak jako dość nieudolne próby wytłumaczenia faktycznej bezkarności zabiegów marketingowych, dlatego podejmowane są próby przeniesienia tego sporu na płaszczyznę oceny zawinionego przyczynienia się ofiary²⁰³. W praktyce jednak orzecznictwo niemieckich sądów jest całkowicie arbitralne²⁰⁴.

Podobny brak spójności zarysowuje się w odniesieniu do karalności wypowiedzi o zdarzeniach przyszłych²⁰⁵. Bardzo sporne jest zagadnienie, czy możliwe jest popełnienie przestępstwa oszustwa poprzez wygłaszanie twierdzeń prawdziwych²⁰⁶.

¹⁹⁹ Zob. M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 89: „keineswegs (...) heterogene Handlungsalternativen“.

²⁰⁰ R.D. Herzberg, *Funktion und Bedeutung des Merkmals „Irrtum“ in § 263 StGB*, GA 1997, s. 289.

²⁰¹ BGHSt 48, 344.

²⁰² G. Janssen, *Betrug...*, s. 531.

²⁰³ M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 94–97. W ten sposób karalne mają być oceny formułowane z wykorzystaniem faktycznej lub rzekomej wiedzy fachowej, np. przez biegłych czy osoby powołujące się na umiejętności okultystyczne.

²⁰⁴ I tak, nieprawdziwa reklama danego produktu jako „najczęściej kupowanego“ nie została uznana za wprowadzenie w błąd (zob. BGH GRUR 1972, 129), natomiast za takie określenie uznano „bezkonkurencyjny” (OLG Frankfurt, wistra 31, 34).

²⁰⁵ Z jednej strony dostrzega się bowiem, iż każda taka wypowiedź związana jest z pewnym twierdzeniem o charakterze faktycznym w postaci przeświadczenia danej osoby, iż jej prognoza jest trafna oraz twierdzenia o zasadności określonych czynników sprawczych, które warunkują wystąpienie danego skutku (M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 98–100), z drugiej jednak strony nie prowadzi to do powszechnej karalności wprowadzających w błąd prognoz, zob. szerzej G. Janssen, *Betrug...*, s. 532.

²⁰⁶ Taką możliwość akceptuje przede wszystkim H. Schröder, *Betrug durch Behauptung wahrer Tatsachen?*, Festschrift für Karls Peters, Tübingen 1974, s. 153–155, a odrzuca m.in. H. Schumann, *Betrug und Betrugsbeihilfe durch wahre Behauptungen?* JZ 1979, s. 588 i n. Wydaje się, że ujęcie deskryptywne § 263 ust. 1 StGB wyklucza taką możliwość.

Wreszcie wspomnieć należy, iż stanowiący znamię przestępstwa oszustwa błąd pojmowany jest jako nieprawidłowe wyobrażenie o rzeczywistości, a nie jedynie *ignorantia facti*²⁰⁷.

Dla pełnego obrazu warto tutaj omówić jeszcze krótko dwie postacie kwalifikowane typu oszustwa, określone w ust. 3 § 263 StGB, ze względu na ich szczególną doniosłość dla ochrony interesów konsumentów, stanowiące co do zasady przykład ciężkiego oszustwa, zagrożonego surowszą karą. W pierwszym przypadku chodzi o drugą alternatywę przykładu w pkt 2 ust. 3 § 263 StGB, gdzie wskazuje się na spowodowanie niebezpieczeństwa utraty wartości majątkowych dużej liczby ludzi przez ciągłe popełnianie oszustw. Przepis ten, ze względu na jego interpretację w orzecznictwie w duchu ochrony wyłącznie osób fizycznych²⁰⁸, stał się instrumentem prewencji generalnej wobec fałszywych przekazów informacyjnych za pomocą mass mediów. W drugim przypadku chodzi o doprowadzenie osoby do stanu trudności ekonomicznej²⁰⁹. Ze względu jednak na stawiane w doktrynie wymaganie, aby sprawca obejmował to swoim zamiarem²¹⁰, stosowanie tej odmiany typu kwalifikowanego jest istotnie ograniczone.

1.2.2.1.3.2. Naruszenie norm ostrożności przez sprawcę czynu

W nauce niemieckiej uznane jest, iż sprawca, który zachowuje aktualizujące się w danych przypadkach normy ostrożności, w postaci chociażby zachwalania własnego towaru w zwyczajowo przyjętej formie, nie może odpowiadać karnie, gdyż jego zachowanie jest adekwatne społecznie²¹¹.

1.2.2.1.4. Dobro stanowiące przedmiot zamachu sprawcy czynu zabronionego

W starszej doktrynie niemieckiej jako przedmiot ochrony przestępstwa oszustwa wskazywano ochronę dobrej wiary²¹². Obecnie niekwestionowany jest pogląd, że właściwym przedmiotem ochrony występkę oszustwa jest majątek²¹³.

1.2.2.1.5. Skutek czynu sprawcy

Oszustwo jest – według jednomyślnego ujęcia doktryny niemieckiej – przestępstwem skutkowym²¹⁴. Jako skutek niemiecka doktryna ujmuje negatywne przesunięcie majątkowe legalnie posiadanej pozycji majątkowej pokrzywdzonego na skutek wprowadzenia w błąd przez oszusta²¹⁵.

²⁰⁷ M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 120–121. Co do różnic między tymi odmianami błędu, zob. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013.

²⁰⁸ BGH NStZ 2001, s. 319.

²⁰⁹ Warto w tym miejscu przypomnieć, iż takim samym znamieniem kwalifikującym odznacza się omówiony § 291 ust. 2 zdanie drugie StGB, co raz jeszcze świadczy o pewnym pokrewieństwie tych typów czynów zabronionych.

²¹⁰ G. Janssen, *Betrug...*, s. 574.

²¹¹ Zob. rozważania poniżej dotyczące formalnej bezprawności występkę oszustwa.

²¹² R. v. Jhering, *Zweck im Recht*, t. II, Lipsk 1886, s. 612.

²¹³ M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 113; K. Tiedemann, *Betrug...*, s. 20.

²¹⁴ G. Janssen, *Betrug* [w:] H. Achsenbach, A. Ransiek (red.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg 2012, s. 555.

²¹⁵ BVerfG NStZ 1998, 506, BGHSt 16, 221; 30, 388. Jako taką pozycję majątkową uznaje się także utratę posiadania, zob. BGHSt 34, 199, 203.

1.2.2.1.6. Formalna bezprawność czynu sprawcy

Szczególnie problematyczna i żywo dyskutowana jest możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej za pomocą figury społecznej adekwatności. Wielu autorów postuluje wyłączenie karalności takich fałszywych twierdzeń o faktach, co do których w obrocie gospodarczym nie przywiązuje się wagi, czy też zwyczajowo przyjętych zwrotów, wyrażań czy zapewnień bez pokrycia²¹⁶. Figura ta jest jednak zdecydowanie odrzucana w nowszym piśmiennictwie ze słusznym, jak się wydaje, wskazaniem na jej wysoce niedookreślony charakter, rozmywający dogmatyczną strukturę przestępstwa oszustwa²¹⁷. Poza tym w piśmiennictwie nie dyskutuje się szerzej problematyki wyłączenia bezprawności przy występku oszustwa, nie zachodzą tutaj, jak się wydaje, żadne partykularyzmy.

1.2.2.1.7. Materialna bezprawność czynu sprawcy

W przypadku przestępstwa oszustwa brak jest dolnej granicy wartości przesunięcia majątkowego, która uzasadniałaby karalność, niemniej jednak bardzo doniosłe jest postanowienie ust. 4 § 263 StGB. Zgodnie z tą regulacją odpowiednie stosowanie do przestępstwa oszustwa znajduje przepis § 248a StGB, zgodnie z którym w przypadku kradzieży lub przywłaszczenia sobie rzeczy niewielkiej wartości – ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego, chyba że szczególnie względy interesu publicznego uzasadniają prowadzenie postępowania z urzędu. Choć brak jest ustawowej definicji przesłanki rzeczy „niewielkiej wartości”, dominująca część orzecznictwa i doktryny opowiada się za granicą 50 euro²¹⁸.

1.2.2.2. Strona subiektywna przestępstwa

1.2.2.2.1. Wymagane nastawienie intelektualne sprawcy czynu

W doktrynie niemieckiej, wobec jednoznacznego brzemienia ustawowego („kto w zamiarze”), powszechnie uznaje się, iż oszustwo można popełnić w obu formach umyślności²¹⁹.

1.2.2.2.2. Wina sprawcy czynu

W kontekście przestępstwa oszustwa brak jest jakichkolwiek odrębności od ogólnej koncepcji winy, która ujmowana jest czysto normatywnie.

1.2.2.3. Praktyka ścigania

Doniosłość występku oszustwa w prawnokarnym systemie ochrony mienia jest na terenie Republiki Federalnej Niemiec bardzo duża. I tak w 2009 r. 60,6%

²¹⁶ Zob. np. H.J. Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW 1962, s. 130.

²¹⁷ M. Ellmer, *Betrug und...*, s. 117.

²¹⁸ OLG Hamm NJW 2003, 3145; OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111; V. Krey, U. Hellmann, *Strafrecht, besonderer Teil: Vermögensdelikte*, Berlin 2008, s. 86.

²¹⁹ Zob. np. BGH wistra 1992, 234 oraz K. Tiedemann, *Betrug [w:] StGB Kommentar*, t. 11, red. K. Tiedemann, Berlin 2011, s. 276.

przestępstw gospodarczych stanowiły oszustwa²²⁰. W liczbach bezwzględnych oznaczać to ma wartość 705.529 zarejestrowanych policyjnie przypadków oszustw (włączając w to karalne zgodnie z § 265a StGB szalberstwa)²²¹. Brak jest niestety danych, które umożliwiłyby ustalenie, jaka część tych oszustw popełniona została na szkodę konsumentów.

2. System prawa karnego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Walii

2.1. Uwagi wstępne

Odmienne niż w systemie prawa niemieckiego, w Wielkiej Brytanii system prawnokarnej ochrony konsumentów przed niewspółmiernymi świadczeniami w ramach umów wzajemnych nie obejmuje penalizacji lichwy. Rozważania zamieszczone poniżej w części historycznej będą ukierunkowane na szczegółowe wyjaśnienie tej sytuacji. Występuje natomiast pewna liczba typów czynów zabronionych penalizujących zachowania oszukańcze. To one będą właśnie przedmiotem pogłębionej analizy dogmatycznej poniżej.

2.2. Geneza uregulowań

2.2.1. Występek lichwy

Jak już zasygnalizowano, symptomatyczna dla porządku prawnego Wielkiej Brytanii i to, jak wypada podkreślić, również w obrębie prawa cywilnego, jest całkowita indyferencja wobec uzgadnianych między stronami świadczeń w ramach umów wzajemnych.

Nie było tak jednak zawsze. Jeszcze w roku 1570 pobieranie jakichkolwiek procentów od udzielonej pożyczki przez obywateli niebędących Żydami było na terenie Anglii przestępstwem²²². Od roku 1571 występują regulacje określające maksymalną wysokość procentu, które w roku 1660 zostały ustalone na poziomie 6%, a na skutek słynnego *The Statue of Usury* z 1714 – zredukowane do poziomu 5%²²³.

Tocząca się w okresie oświecenia ożywiona debata pomiędzy zwolennikami leseferyzmu, których najbardziej prominentnym przedstawicielem był Jeremy Bentham²²⁴, a bardziej konserwatywnymi liberałami gospodarczymi, z Adamem Smithem na czele, doprowadziła do wykrystalizowania się dwóch przeciwstawnych stanowisk. Według J. Benthama pożądane było całkowite zniesieniem prawnych

²²⁰ G. Janssen, *Betrug...*, s. 527, przy czym obejmuje to także wszelkie inne typy oszustwa przewidziane w niemieckim prawie karnym (§ 263a–265b StGB).

²²¹ Dane za rok 2001, cyt. za D. Dölling, *Über die Entwicklung der Kriminalität und der Kriminalitätskontrolle in der Bundesrepublik Deutschland* [w:] P.-C. Müller-Graff, H. Roth (red.), *Recht und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 2000, s. 38. Jako nieprawidłowe uznają natomiast dane, które podaje G. Janssen, *Betrug...*, s. 526, który mówi o 61 000 zarejestrowanych podejrzeń samego przestępstwa oszustwa w typie podstawowym według rejestru policyjnego z roku 2009.

²²² P. Temin, H.-J. Voth, *Interest Rate Restrictions in a Natural Experiment: Loan Allocation and the Change in the Usury Laws in 1714*, "Economic Journal" 2007, s. 5.

²²³ Zgodnie z postanowieniem tej ustawy: „From 29th Sept. 1714 Interest upon Loan of Money, &, at above the Rate of 5l. per Cent per Ann. not to be taken”. 13 Anne c. 15. *The Statutes of the Realm: printed by command of His Majesty King George the Third*, London 1963, t. IX, s. 928.

²²⁴ Autor słynnego traktatu *Defence of Usury*, Dublin 1788.

ograniczeń ekwiwalentności świadczeń w obrocie kredytowym²²⁵, natomiast A. Smith uważał za pożądane utrzymanie go na poziomie nieznacznie powyżej punktu równowagi rynkowej²²⁶. Ostatecznie zwyciężyło stanowisko leseferystyczne i w roku 1833 usunięte zostały ograniczenia procentowe w odniesieniu do pożyczek krótkoterminowych udzielanych przez Bank Anglii²²⁷, a następnie w roku 1854 jakiegokolwiek taksy procentowej w powszechnym obrocie gotówkowym²²⁸. Do dnia dzisiejszego żadne regulacje w tej mierze nie zostały przywrócone²²⁹. Dla nakreślenia pełnego obrazu dodać należy, że prawo brytyjskie nie zna pojęcia lichwy rzeczowej czy innych wyodrębnianych jej postaci. Ograniczenia takie nie występują w szczególności na gruncie prawa prywatnego²³⁰. Panuje tutaj pełen liberalizm, a udzielanie pożyczek o rocznej stopie procentowej przekraczającej 2000% dla osób z chwilowym brakiem gotówki jest powszechną i akceptowaną praktyką²³¹.

Wychodząc krótko poza zakres przedmiotowej ekspertyzy, należy dodać, że regulacja wprowadzona w Wielkiej Brytanii nie jest reprezentatywna dla całego systemu prawa *common law*. I tak, np. na mocy art. 347 (1) kanadyjskiego Kodeksu karnego²³² za kryminalne uznaje się zastrzeżenie oprocentowania (choćby za pomocą kar umownych za nieterminową zapłatę) świadczenia w wysokości powyżej 60% rocznie²³³.

2.2.2. Oszustwo

Kodyfikacja rozwiniętych w systemie *common law* występów oszustwa (wraz z innymi przestępstwami przeciwko mieniu) nastąpiła za pomocą Larceny Act z roku 1916²³⁴.

²²⁵ J. Bentham, *Defence of Usury* (cyt. za wyd. New York 1837), s. 5, pisał: „Among the various species or modifications of liberty, of which on different occasions we have heard so much in England, I do not recollect ever seeing any thing yet offered in behalf of the liberty of making one's own terms in money-bargains. From so general and universal a neglect, it is an old notion of mine, as you well know, that this meek and unassuming species of liberty has been suffering much injustice.”

²²⁶ A. Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Tom 1*, (cyt. za wyd. Hartford 1811), s. 254, pisał tak: „The legal rate ... though it ought to be somewhat above, ought not to be much above the lowest market rate. If the legal rate of interest ... was fixed so high as eight or ten per cent, the greater part of the money which was to be lent, would be lent to prodigals and projectors, who alone would be willing to give this high interest. Sober people, who will give for the use of money no more than a part of what they are likely to make by the use of it, would not venture into the competition”.

²²⁷ Zob. szerzej M. Collins, *Money and Banking in the UK: A History*, Oxon 1988, s. 172.

²²⁸ *Usury Laws Repeal Act 1854* (17 & 18 Vict.) c. 124.

²²⁹ Aczkolwiek w latach 1927–1974 funkcjonował jeszcze the Moneylenders Acts, który ustanawiał domniemanie, iż oprocentowanie pożyczki powyżej 48% rocznie jest nadmierne, zob. Study on interest rate restrictions in the EU, Final Report Project No. ETD/2009/IM/H3/87, http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/credit/irr_report_en.pdf, s. 28 (dostęp: 15.07.2016).

²³⁰ Zob. orzeczenie Office of Fair Trading v. Abbey National plc and Others [2009] UKSC 6, [2009] EWCA 116, gdzie Sąd Najwyższy Wielkiej Brytanii wywiódł, iż wysokość opłat pobieranych przez banki za tzw. debet na koncie nie podlega ocenie z punktu widzenia „fairness”, gdyż należy do zasadniczych warunków kontraktu w rozumieniu art. 6 sekcji 2 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (SI 1999/2083).

²³¹ Szacuje się, iż rynek krótkoterminowych pożyczek do dnia wypłaty (tzw. payday loans) w roku 2009 był warty ponad 1,2 miliarda funtów, zob. M. Burton, *Keep the plates spinning: Perceptions of payday loans in Great Britain*, Consumer Focus, http://socialwelfare.bl.uk/subject-areas/services-activity/poverty-benefits/consumerfocus/141355keeping_the_plates_spinning.pdf (dostęp: 11.08.2016 r.).

²³² Zgodnie z tą regulacją: „Despite any other Act of Parliament, every one who enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate, is:

(a) guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
(b) guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to a fine not exceeding \$25,000 or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.”

²³³ W tej mierze zob. orzeczenie Sądu Najwyższego Kanady, *Garland v Consumers' Gas Co*, (1998) 165 DLR (4th) 385 (SCC).

²³⁴ 6 & 7 GEO. 5. CII. 50,

To sprzężenie zostało utrzymane w kolejnych aktach typizujących czyny karalnych oszustw, tj. w Theft Act 1968²³⁵ oraz Theft Act 1978²³⁶. Ze względu na wskazywane w doktrynie²³⁷ trudności związane ze stosowaniem owych regulacji w zakresie karalnych oszustw, w roku 2006 zostały one zastąpione Fraud Act²³⁸. Jest to odrębna regulacja ustawowa, która typizuje wyłącznie czyny stanowiące karnoprawnie relewantne oszustwa. Jednak już w tym miejscu wypadnie zauważyć, że w akcie tym przewidziane są trzy podstawowe i odrębne sposoby popełniania oszustwa²³⁹: *Fraud by false representation* (sekcja 2), *Fraud by failing to disclose information* (sekcja 3), *Fraud by abuse of position* (sekcja 4)²⁴⁰. Zasadniczym instrumentem do ochrony interesów konsumentów przed zachwianiem ekwiwalentności świadczeń przy kontraktach wzajemnych będzie odmiana oszustwa przewidziana w sekcji 2 Fraud Act 2006, a w pewnych szczególnych wypadkach także czyn określany jako *failure to disclose information*²⁴¹.

2.3. Analiza dogmatyczno-prawna charakteryzowanych uregulowań. Oszustwo

Wobec braku penalizacji lichwy poniższe rozważania zostaną ograniczone do przedstawienia problematyki czynów zabronionych w postaci oszustw. W istocie oba

²³⁵ The Theft Act 1968 (c 68).

²³⁶ The Theft Act 1978 (c 31).

²³⁷ Zob. Law Commission's *Report on Fraud* (Cm 5560, 2002) Home Office, *Fraud Law Reform*, Ministry of Justice, *Post-legislative assessment of the Fraud Act 2006*, s. 3; A.T.H. Smith, *Reforming Section 16 of the Theft Act*, "Criminal Law Review" 1977, s. 259.

²³⁸ 2006 c 35. Regulacja ta obowiązuje od dnia 15.01.2007 r.

²³⁹ Część doktryny traktuje to jako jednolite przestępstwo oszustwa, posiadające różne postacie jego popełnienia, zob. M. Johnson, K.M. Rogers, *The Fraud Act 2006: The E-Crime Prosecutor's champion or the creator of a new inchoate offence?*, materiały konferencyjne dostępne pod adresem: <http://bilet.a.ac.uk/content/files/conference%20papers/2007/The%20Fraud%20Act%202006%20-%20The%20ECrime%20Prosecutor's%20Champion%20or%20the%20creator%20of%20a%20new%20inchoate%20offence.pdf> (dostęp: 06.08.2016 r.).

²⁴⁰ Przepisy te stanowią odpowiednio:

2. Fraud by false representation

- (1) A person is in breach of this section if he—(a) dishonestly makes a false representation, and (b) intends, by making the representation — (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.
- (2) A representation is false if—(a) it is untrue or misleading, and (b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading.
- (3) "Representation" means any representation as to fact or law, including a representation as to the state of mind of— (a) the person making the representation, or (b) any other person.
- (4) A representation may be express or implied.
- (5) For the purposes of this section a representation may be regarded as made if it (or anything implying it) is submitted in any form to any system or device designed to receive, convey or respond to communications (with or without human intervention).

3 Fraud by failing to disclose information

A person is in breach of this section if he— (a) dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose, and (b) intends, by failing to disclose the information— (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

4 Fraud by abuse of position

- (1) A person is in breach of this section if he—
 - (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person,
 - (b) dishonestly abuses that position, and
 - (c) intends, by means of the abuse of that position— (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.
- (2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.

²⁴¹ Będzie to miało miejsce szczególnie w przypadkach wystąpienia szczególnego prawnego obowiązku ujawnienia pewnych informacji, co dotyczy chociażby sytuacji kredytu konsumenckiego, zob. The Consumer Credit (Disclosure of Information) Regulations 2004, s. 3.

występki, mające w tej mierze podstawowe znaczenie konstrukcyjne, a więc *Fraud by false representation* oraz *Fraud by failing to disclose information*²⁴², stanowią kazuistyczne formy popełnienia przestępstwa oszustwa, dlatego też dla celów zwężkości opracowania zostaną one scharakteryzowane zbiorczo²⁴³.

2.3.1. Strona obiektywna przestępstwa

2.3.1.1. Czyn

Podczas gdy oszustwo *by false representation* ze względu, jak się wydaje, na brzmienie językowe²⁴⁴ interpretowane jest w duchu wymagania pozytywnego działania ze strony sprawcy²⁴⁵, występki oszustwa poprzez *failure to disclose information* jest przestępstwem, które może być przede wszystkim, choć – jak się wydaje – nie wyłącznie, popełnione w drodze zaniechania.

2.3.1.2. Sprawca czynu

Przestępstwa karalnego oszustwa mają charakter powszechny. Szczególną właściwością brytyjskiego prawa karnego jest to, że w przypadku gdy oszustwo popełnione jest przez osobę działającą w imieniu i na rzecz danego podmiotu zbiorowego²⁴⁶, możliwe jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnej takiego podmiotu²⁴⁷. Jest to jednak zagadnienie wykraczające poza ramy niniejszej ekspertyzy²⁴⁸.

2.3.1.3. Sposób działania sprawcy czynu

2.3.1.3.1. Znamiona czynności wykonawczych sprawcy czynu

Karalne zachowanie oszusta ujęte zostało bardzo szeroko, bowiem obejmuje ono nie tylko wyraźne lub konkludentnie przedstawienie okoliczności bądź to faktycznej, bądź też odnoszącej się do prawa lub stanu psychicznego jakiegokolwiek osoby w sposób fałszywy²⁴⁹, lecz także takie ich przedstawienie, które wprowadza w błąd. Mimo tak szerokiego ujęcia – w praktyce skazania osób, które wprowadzają w błąd poprzez przedstawienia okoliczności prawdziwych, są uchylane przez sądy wyższych instancji²⁵⁰.

Dodatkowym znamieniem kwalifikującym zachowanie oszusta jest to, iż musi on działać w sposób nieuczciwy. Mimo że pojęcie to z dużą częstotliwością²⁵¹

²⁴² The Fraud Act 2006, s. 2–3.

²⁴³ Jest to uzasadnione tym bardziej, iż obie te odmiany przestępstwa zagrożone są identyczną sankcją, to jest karą pozbawienia wolności do lat 10, zob. The Fraud Act, s. 1 (2).

²⁴⁴ The Fraud Act, s. 2 (1a).

²⁴⁵ Gilbert, R v [2012] EWCA Crim 2392.

²⁴⁶ A więc chociażby przez sekretarkę, zob. The Fraud Act, s. 12 (2).

²⁴⁷ The Fraud Act, s. 12.

²⁴⁸ Zob. Szerzej B. Fisse, J. Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge 1993.

²⁴⁹ The Fraud Act, s. 2 (2, 3).

²⁵⁰ Głośnym przykładem jest orzeczenie w sprawie Cornelius, R v [2012] EWCA Crim 500, gdzie wywieziono: „As it is clear that the representations set out in the indictment were not false, the convictions on the fraud counts cannot be sustained”.

²⁵¹ Zob. chociażby orzeczenia w sprawie White v R. [2014] EWCA Crim 714; Gilbert, R v [2012] EWCA Crim 2392 czy Ho Ling Mo, R. v [2013] NICC 14.

przewija się w uzasadnieniach orzeczeń wydawanych na kanwie The Fraud Act 2006, brak jest w nich jeszcze takich rozważań w tej materii, które dałyby asumpt do twierdzenia, iż eksplikacja pojęcia nieuczciwości dokonana w precedensowym orzeczeniu *R v. Ghosh*²⁵², jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego, utraciła już znaczenie. Wydaje się, iż aktualność zachowuje więc twierdzenie, iż nieuczciwie w rozumieniu The Fraud Act 2006 jest takie zachowanie, które zgodnie ze standardami rozsądnych i uczciwych ludzi jest nieuczciwe²⁵³.

Dla bytu przestępstwa oszustwa na gruncie prawa brytyjskiego nie jest natomiast konieczne wywołanie błędu czy wyzyskanie już istniejącego u pokrzywdzonego błędnego wyobrażenia o rzeczywistości²⁵⁴.

2.3.1.3.2. Naruszenie norm ostrożności przez sprawcę czynu

Problematyka naruszenia norm ostrożności nie występuje wprost w dyskusji nad zagadnieniami odpowiedzialności karnej za karalne oszustwa w Wielkiej Brytanii. Niemniej nie sposób nie dostrzec, że – podobnie jak w ogólnej dogmatyce brytyjskiego prawa karnego – figura ta w istocie występuje skryta w instytucji tzw. rozsądnego człowieka, który to standard ma szczególną doniosłość przy ocenie nieuczciwości sprawcy doprowadzającego do rozporządzenia majątkowego lub zagrożenia straty²⁵⁵.

2.3.1.4. Dobro stanowiące przedmiot zamachu sprawcy czynu zabronionego

Chociaż problematyka przedmiotu ochrony nie jest przedmiotem szerszych rozważań doktryny angielskiej, marginalne uwagi tak doktryny²⁵⁶, jak i orzecznictwa²⁵⁷ dają podstawę do przyjęcia, iż w przypadku przestępstwa oszustwa tym dobrem jest ochrona interesów majątkowych.

2.3.1.5. Skutek czynu sprawcy

Oba typy oszustwa w ujęciu obecnej regulacji The Fraud Act 2006²⁵⁸ nie są już przestępstwami o charakterze skutkowym, gdyż dla ich bytu nie jest konieczne doprowadzenie pokrzywdzonego do negatywnego rozporządzenia majątkowego czy nawet samo sprowadzenie ryzyka takiego przesunięcia majątkowego. Przeciwnie, istota karalnego zachowania oszusta wyraża się w zachowaniu wprowadzającym

²⁵² [1982] QB 1053.

²⁵³ Zgodnie z ujęciem *R v Ghosh*: "In determining whether the prosecution has proved that the defendant was acting dishonestly, a jury must first of all decide whether according to the ordinary standards of reasonable and honest people what was done was dishonest. If it was not dishonest by those standards, that is the end of the matter and the prosecution fails. If it was dishonest by those standards, then the jury must consider whether the defendant himself must have realised that what he was doing by those standards dishonest", zob. też orzeczenie *R v Feely* [1973] QB 530.

²⁵⁴ The Fraud Act, s. 2–3.

²⁵⁵ Inwokowanie figury rozsądnego człowieka w tym kontekście jest krytykowane, zob. D. Ormerod, *The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying*, "Criminal Law Review", March 2007, s. 200.

²⁵⁶ P. Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law. Law, Theory, and the Policy in the UK*, Cambridge 2001, s. 172 i n.

²⁵⁷ *McDevitt, R v* [2012] NICC 16.

²⁵⁸ The Fraud Act, s. 2 (1b) ii, 3 (b) ii.

w błąd, które podejmowane jest z intencją doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia majątkowego²⁵⁹. Trafnie wskazuje się w doktrynie anglosaskiej, iż konsekwencją takiego wyjątkowego szerokiego ujęcia oszustwa jako typu bezskutkowego jest to, iż sama oszukańcza reklama, przesyłana jako spam na adres skrzynki mailowej, zachęcająca do „cudownej diety” czy skorzystania z „super porad” może często być dokonaniem przestępstwem oszustwa²⁶⁰.

2.3.1.6. Formalna bezprawność czynu sprawcy

Regulacja The Fraud Act 2006 nie zawiera żadnych szczególnych okoliczności kontratypowych, przede wszystkim wobec faktu, iż przestępstwa te nie mają charakteru tzw. *strict liability crimes*, brak jest ustawowych *due diligence defences*.

2.3.1.7. Materialna bezprawność czynu sprawcy

Podobnie jak w przypadku prawa niemieckiego, oszustwa, w przypadku których wartość spowodowanej szkody jest niewielka, co do zasady nie większa niż kwota 100 funtów, a sprawca cieszy się dotychczas dobrą opinią, ścigane są w szczególnym trybie tzw. *proceedings by caution*, gdzie nie występuje formalne oskarżenie i skazanie, a organem prowadzącym postępowanie jest policja, która może m.in. wymierzyć pisemne ostrzeżenie sprawcy (tzw. *certificate of caution*)²⁶¹. Poza tym nie występują żadne odrębności w stosunku do ogólnego prawa karnego.

2.3.2. Strona subiektywna przestępstwa

2.3.2.1. Wymagane nastawienie psychiczne sprawcy czynu

Szczegółowa analiza orzecznictwa brytyjskiego na gruncie The Fraud Act 2006 ujawnia, iż warunkiem skazania sprawcy za występki oszustwa jest udowodnienie mu zamiaru wzbogacenia się lub wyrządzenia szkody lub sprowadzenia ryzyka takiej szkody²⁶². Jednocześnie w warstwie deskryptywnej wyraźnie zaznacza się, iż sprawca musi wiedzieć, iż wykonywane przez niego przedstawienie może być nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd. Innymi słowy, wymagana ustawowo treść przeżyć psychicznych sprawcy odpowiada temu, co w kontynentalnej nauce prawa karnego określa się jako *dolus directus coloratus*, choć sama świadomość nieprawdy przedstawienia może być, jak się wydaje, objęta zamiarem ewentualnym.

²⁵⁹ M. Johnson, K.M. Rogers, *The Fraud Act...*, s. 2: „The offence moves from being that of a result crime to a conduct crime”, zob. też G.R. Sullivan, *Fraud – The Latest Law Commission Proposals*, „Journal of Criminal Law” 2003/67, Issue 2, s. 139–148.

²⁶⁰ M. Johnson, K.M. Rogers, *The Fraud Act...*, s. 4, którzy zarazem oceniają to krytycznie w świetle starszych orzeczeń brytyjskiej judykatury, zob. np. tenor wyroku Jones (1704) 2 Ld Raym 1013: „the law ought not to indict a man for making a fool of another.” oraz związanej z tym olbrzymiej władzy dyskrecyjnej organów ścigania, podanej na oceny opinii publicznej danych grup zawodowych.

²⁶¹ Zob. w tej mierze szczegółowe omówienie tego sposobu procedowania Burrows v General Pharmaceutical Council [2016] EWHC 1050 (Admin).

²⁶² Gilbert, R v [2012] EWCA Crim 2392: “In order to commit fraud by representation, a defendant must (...) (c) intend, by making the representation, to make a gain (or to cause loss to another or expose another to a risk of loss)”.

2.3.2.2. Wina sprawcy czynu

Ze względu na inną strukturę przestępstwa wina, która w doktrynie *common law* pojmowana jest w sposób zbliżony do koncepcji normatywnej, tj. jako zarzut stawiany sprawcy z powodu niezachowania się w inny sposób, mimo iż było to możliwe²⁶³, w poszczególnych orzeczeniach wydawanych na kanwie spraw związanych z oszustwami jest często utożsamiana z gradacją przeżyć psychicznych sprawcy czynu, a więc w duchu koncepcji psychologicznych²⁶⁴.

2.3.3. Praktyka ścigania

Oficjalne statystyki wskazują, iż łącznie w Wielkiej Brytanii co roku dochodzi do 3,8 miliona przypadków oszustw, z czego oszustwa bankowe oraz wobec towarzystw budowniczych, a także związane z używaniem kart bankowych stanowią 2,5 miliona przypadków²⁶⁵. Na potrzeby niniejszej ekspertyzy nie udało się, niestety, pozyskać wiarygodnych danych obrazujących praktykę ścigania i skazań oszustw w Wielkiej Brytanii, a w szczególności takich danych, które odnosiłyby się do problematyki ochrony konsumentów przed oszukańczym kształtowaniem treści stosunków umownych.

2.4. Regulacje komplementarne²⁶⁶

Niezależnie od tych regulacji, dla pełnej charakterystyki prawnokarnej ochrony konsumentów przed zaburzeniami równowagi kontraktowej wspomnieć należy jeszcze o przepisach karnych zamieszczonych w The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, a więc ustawie, która implementowała do brytyjskiego porządku prawnego dyrektywę europejską 2005/29/EC. Zawiera ona bowiem szereg typów czynów zabronionych o charakterze tzw. *regulatory offences*²⁶⁷, z których najistotniejsze dla analizowanego zakresu odpowiedzialności karnej są czyny określone w sekcji 8–10. W ujęciu deskryptywnym przepisy te mają charakter blankietowych klauzul normatywnych, odwołujących się do zachowań stanowiących naruszenie innych norm postępowania, sprecyzowanych w ramach tego

²⁶³ United States v. Lyons, 739 F.2d 994, 995 (5th Cir. 1984).

²⁶⁴ Egzemplifikacją takiego nastawienia jest orzeczenie McDevitt, R v [2012] NICC 16, gdzie wywiedziono: "It is a general feature of fraud offences that an offender intended to bring about a gain (whether for the offender or for another person) or to cause a loss, or risk of loss, to another. Generally, therefore, fraud offences involve the highest level of culpability".

²⁶⁵ National Office for Statistics, Overview of fraud statistics: year ending March 2016, s. 3.

²⁶⁶ Serdecznie dziękuję w tym miejscu panu Prof. Dr Peter Cartwright z University of Nottingham, który był uprzejmy wyjaśnić mi korespondencyjnie wiele kwestii związanych z relacją pomiędzy The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 a The Fraud Act 2006.

²⁶⁷ Ta specyficzna kategoria czynów zabronionych, która – ze względu na swoje cechy charakterystyczne – upodabnia się nieco do kategorii wykroczeń w kontynentalnych systemach prawnych (jak wypada bowiem zaznaczyć, system prawa brytyjskiego nie zna dychotomicznego podziału na przestępstwa i wykroczenia, zob. w tej mierze P. Cartwright, *Crime, punishment, and consumer protection*, „Journal of Consumer Policy” 2007, 30:1–20, s. 6), odznacza się zastrzeżeniem jako właściwych *magistrates courts*, szerokim zakresem odpowiedzialności karnej niezależnie od występowania elementów intelektualnych (tzw. *strict liability crimes*) oraz kompetencją dyskrecyjną organów administracji do kształtowania polityki ich ścigania, zob. w tej mierze: I. Ramsay, *Consumer protection: Text and materials*. London 1989.

samego aktu²⁶⁸. Dokonując ich skrótovej charakterystyki, wskazać należy, iż penalizują one²⁶⁹ umyślne bądź świadomie nieumyślne, a w przypadku występów z sekcji 9–10 zachowania przedsiębiorców, w których brak jest aspektu intelektualnego, które wprowadzają bądź mogą wprowadzić w błąd przeciętnych konsumentów, wpływając na podejmowane przez nich decyzje ekonomiczne, chociażby przez zatajenie istotnych informacji (*material information*). Owo kluczowe dla eksplikacji tychże czynów pojęcie *material information* zostało zdefiniowane ustawowo jako jakakolwiek informacja, której przeciętny konsument potrzebuje, aby w danym kontekście podjąć świadomą decyzję o transakcji, bądź inna informacja, której przekazanie jest przedsiębiorcy prawnie nakazane²⁷⁰. Ustawa ta *explicite* wyszczególnia, iż jako wprowadzające w błąd uznaje się nieprawdziwe informacje odnoszące się do tzw. głównych cech charakterystycznych produktu, w tym ceny oraz ryzyk, które mogą stać się udziałem konsumenta po zakupie danego produktu²⁷¹. Należy także wskazać, iż pojęcie istotnej informacji, funkcjonujące również jeszcze na mocy poprzednich regulacji prawno-karnych zawartych w Trade Descriptions Act 1968 tudzież Property Misdescriptions Act 1991, pojmowane było w brytyjskim orzecznictwie bardzo szeroko²⁷². Dla właściwego zrozumienia charakteru regulacji tej ustawy należy wyjaśnić, iż w przypadkach odpowiedzialności karnej bez elementu intelektualnego przewidziane są tzw. *due diligence defences*²⁷³, z których praktycznie najdonioślejszą zdaje się być możliwość uniknięcia odpowiedzialności karnej poprzez wskazania na uzyskanie informacji od osoby trzeciej²⁷⁴.

Konkludując tę część rozważań, spostrzec można partykularyzm obecny w ustawodawstwie brytyjskim w płaszczyźnie ochrony konsumentów. Mimo bowiem istnienia odrębnej ustawy penalizującej zachowania oszukańcze w postaci The Fraud

²⁶⁸ Zgodnie z tymi regulacjami:

8.—(1) A trader is guilty of an offence if—

(a) he knowingly or recklessly engages in a commercial practice which contravenes the requirements of professional diligence under regulation 3(3)(a); and
(b) the practice materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour of the average consumer with regard to the product under regulation 3(3)(b).

(2) For the purposes of paragraph (1)(a) a trader who engages in a commercial practice without regard to whether the practice contravenes the requirements of professional diligence shall be deemed recklessly to engage in the practice, whether or not the trader has reason for believing that the practice might contravene those requirements.

9. A trader is guilty of an offence if he engages in a commercial practice which is a misleading action under regulation 5 otherwise than by reason of the commercial practice satisfying the condition in regulation 5(3)(b).

10. A trader is guilty of an offence if he engages in a commercial practice which is a misleading omission under regulation 6.

²⁶⁹ Górna granica wymiaru kary określona została na poziomie 2 lat, zob. The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (dalej: TCPUTR), s. 13.

²⁷⁰ TCPUTR, s. 6 (3).

²⁷¹ TCPUTR, s. 5 (4). Warto jeszcze dla pełnej jasności dodać, iż pojęcie produktu, zgodnie z definicją legalną zawartą w TCPUTR, s. 2 (1), rozciąga się także na nieruchomości.

²⁷² Bez zagłębienia się w kazuistykę należy wskazać, iż jako karalne wprowadzenie w błąd uznano określenie w ogłoszeniu sprzedawanego samochodu jako „piękny” (chodziło o stary Ford Anglia) w sytuacji kiedy konsument, który – jak ustalono w procesie – istotnie uznał go za „miły dla oka”, ku swojemu zaskoczeniu odkrył następnie daleko posuniętą korozję nadwozia, zob. Robertson v. Diccico [1973] RTR 431. Podobnie za karalną uznano informację o szacunkowym (jego zdaniem) przebiegu, przekazaną przez sprzedawcę samochodu, która w istocie różniła się od faktycznego stanu samochodu, ustalonego następnie w toku procesu sądowego, zob. Holloway v. Cross [1973] RTR 146.

²⁷³ A więc okoliczności obiektywne, których wystąpienie i udowodnienie prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności karnej działającego, TCPUTR, s. 17 s 1.

²⁷⁴ TCPUTR, s. 17 s 2 (a ii).

Act 2006, w większości przypadków ich przepisy będą wypierane przez stanowiącą *lex specialis*²⁷⁵ postanowienia TCPUTR.

3. Inne państwa. Przykład Królestwa Hiszpanii

Celem uzupełnienia powyższych wywodów warto jeszcze uczynić krótkie spojrzenie na system prawa karnego Hiszpanii.

Penalizacja zachowań lichwiarskich w Hiszpanii przewidziana przez ustawodawstwo feudalne została uchylona w roku 1856, kiedy to wprowadzono system pełnego liberalizmu w ustalaniu wartości świadczeń przez strony kontraktów dwustronnych²⁷⁶. Na skutek ujemnych skutków społecznych takiego rozwiązania, na mocy tzw. Ley Azcárate z roku 1908 ograniczono lichwę w płaszczyźnie prawa cywilnego, która następnie stała się czynem zabronionym Kodeksu karnego z roku 1928²⁷⁷. Penalizacja lichwy została utrzymana w faszystowskim Kodeksie karnym z 1944 r., gdzie poświęcono jej aż 5 artykułów²⁷⁸. Cechą charakterystyczną tej regulacji była penalizacja licznych zachowań towarzyszących lichwiarskim praktykom, jak chociażby brak zabezpieczania przez pożyczkodawcę otrzymanego zastawu lub innego poręczania ze strony dłużnika²⁷⁹. W tym kompleksie czynów znajdował się występki polegający na wyzyskaniu niedoświadczenia czy pasji osoby małoletniej²⁸⁰. Wykładnia dogmatyczna tych przepisów w ówczesnej doktrynie hiszpańskiej była analogiczna do tej, która zaznaczyła się w nauce niemieckiej²⁸¹.

Przepisy te zostały abrogowane wraz z wejściem w życie nowego, obecnie obowiązującego Kodeksu karnego z roku 1995²⁸². Zarazem na podkreślenie zasługuje, iż w tej nowej kodyfikacji wprowadzony został godny uwagi odrębny podrozdział, zawierający przestępstwa przeciwko rynkowi i konsumentom²⁸³. Zamieszczone w nim typy czynów zabronionych na szkodę konsumentów²⁸⁴ można zbiorczo

²⁷⁵ Co do zakresu i pojmowania zasad *lex specialis* oraz *ejusdem generis* w systemach *common law* zob. S. Zorzeto, *The Lex Specialis Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire*, "Revista en Cultura de la Legalidad" 2013/3, s. 61–87.

²⁷⁶ M. Bajo Fernandez, *Usura*, "Actualidad Penal" 1987/14, s. 649.

²⁷⁷ M. Bajo Fernandez, *Usura*, s. 650.

²⁷⁸ Por. art. 542–546 hiszpańskiego k.k. z 1944 r.

²⁷⁹ Zob. art. 546 hiszpańskiego k.k. z 1944 r.

²⁸⁰ Zob. art. 544 hiszpańskiego k.k. z 1944 r.

²⁸¹ Odzwierciedla to chociażby debata na temat dobra chronionego przez występki lichwy, gdzie spierano się o to, czy dotyczy to tylko mienia, czy także wolności kontraktowej, por. np. M. García Aran, *Sentido actual y contenido material de la incriminación de la usura*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, VI, 1983, s. 302; M. Bajo Fernandez, *Usura*, s. 653. Podobnie wskazywano na formalny charakter tego występku, zob. np. G. Landrove, *El delito de usura*, Barcelona 1968, s. 203 i n.

²⁸² Zmiana ta konweniowała z postulatami części doktryny hiszpańskiej, która domagała się dekryminalizacji tego przepisu, zob. np. A. Fernandez Albor, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona 1978, s. 136 i n. Co do tej dyskusji i podnoszonych argumentów, zob. G. Landrove, *Las formas periférica de usura en el proyecto de Código penal*, "Anuario de derecho penal y ciencias penales" 1981/2–3, s. 595 i n.

²⁸³ Sección 3.^a De los delitos relativos al mercado y a los consumidores, zawierający czyny zabronione określone w art. 278–286.

²⁸⁴ Są to następujące czyny zabronione: art. 281 (stanowiący typ występującej na gruncie niemieckiego porządku prawnego tzw. „lichwy społecznej”), zgodnie z którym:

„1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o castróficas” dalej, art. 282 (penalizujący zachowania polegające na publicznym rozpowszechnianiu za pomocą ofert lub reklam fałszywych informacji o sprzedawanych produktach), zgodnie z którym:

scharakteryzować jako szczególne typy oszustw, wyodrębnione ze względu zarówno na sposób działania sprawcy, jak i osobę pokrzywdzoną przestępstwem.

Rodzi to naturalnie pytania o charakter relacji zachodzących pomiędzy tymi regulacjami, który w hiszpańskiej doktrynie jest przedmiotem poważnych kontrowersji²⁸⁵. W zakresie zastosowania czynu zabronionego określonego w art. 282 i jego relacji do podstawowego typu oszustwa podkreśla się, iż jest on ukierunkowany na ochronę interesów ogółu, dlatego pojedyncze fałszywe twierdzenie nie może zostać uznane za wypełniające znamiona tego typu czynu zabronionego i stanowi jedynie usiłowanie popełnienia oszustwa w typie podstawowym, określonego w art. 248²⁸⁶. Zarazem podkreśla się, iż te regulacje mogą się zbiegać ze względu na fakt, iż mimo że art. 282 jest przypadkiem typu czynu zabronionego spowodowania konkretnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnie chronionego, a art. 248 jest przestępstwem skutkowym, co winno implikować relację konsumpcji między zakodowanymi w tych przepisach normami, to krąg osób pokrzywdzonych tymi czynami typów czynów zabronionych nie jest jednakowy²⁸⁷. Jest to zarazem stanowisko podzielane przez judykaturę sądów niższych instancji²⁸⁸, odrzucane jednak przez hiszpański Sąd Najwyższy²⁸⁹.

Równie sporna jest relacja zachodząca między przestępstwem oszustwa a czynem stypizowanym w art. 283 hiszpańskiego k.k. Zgodnie z dominującym poglądem w hiszpańskiej literaturze przedmiotu w przypadku zaistnienia uszczerbku finansowego w majątku konsumenta, zasadne jest ukaranie sprawcy za jeden czyn zabroniony na podstawie zbiegających się norm sankcjonowanych²⁹⁰. Część piśmiennictwa kwestionuje jednak to rozwiązanie, akcentując, iż – analogicznie jak to miało miejsce w przypadku czynu określonego w art. 282 – krąg osób poszkodowanych przestępstwem z art. 283, mającym charakter czynu spowodowania konkretnego niebezpieczeństwa²⁹¹, nie jest identyczny z kręgiem osób pokrzywdzonych występkiem oszustwa²⁹². Niemniej również

„Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.”, dalej art. 283 (penalizujący zachowania polegające na fakturowaniu wyższej ilości niż ustalona za pomocą urządzeń automatycznych), zgodnie z którym:

„Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.”

²⁸⁵ Co do ogólnego przeglądu zagadnień z tym związanych, zob. J.L.S.G. Murillo, *Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa*, “Estudios Penales y Criminológicos” 2011, vol. XXXI.

²⁸⁶ A.L.M. Puente, *Delitos económicos contra los consumidores y delitos publicitario*, Valencia 2002, s. 298; M. Nieto [w:] *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, red. G. Rivero, Madrid 2010, s. 497, przeciwko takiemu pogładowi: M. Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 2010, s. 511.

²⁸⁷ Dlatego zasada konsumpcji nie mogła znaleźć zastosowania, zob. S.M.V. López, *El delito de publicidad engañosa en la jurisprudencia* [w:] *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia 2008, s. 902.

²⁸⁸ SAP Logroño de 12 de febrero de 2003, SAP Barcelona de 30 de noviembre 2005 y SAP La Coruña de 17 de agosto de 2008. Warto zwrócić uwagę, że w samym art. 282 in fine wskazuje się, że regulacja stosowanie tej regulacji nie wpływa na kary, które mogą wynikać z innych typów czynów zabronionych.

²⁸⁹ Zob. orzeczenie STS de 19 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3413).

²⁹⁰ A.L.M. Puente, *Delitos económicos...*, s. 122 i n.

²⁹¹ V. Muñiz, M. Prats [w:] *Comentarios al Código penal*, vol. II, PE, 2008, s. 940; orzeczenie STS de 31 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 70045; EDJ 2001/56488).

²⁹² J.L.S.G. Murillo *Delitos contra los...*, s. 621.

w tym przypadku hiszpański Sąd Najwyższy opowiada się za stosowaniem reguły konsumpcji²⁹³.

Podsumowując te – z konieczności bardzo ograniczone – wywody, wypada stwierdzić, iż wzrost liczby prawnokarnych regulacji ukierunkowanych na ochronę konsumentów przed działaniami oszukańczymi nie przyczynił się do stworzenia klarowniejszego systemu ochrony przed zaburzeniami równowagi kontraktowej. Wręcz przeciwnie, sprowokował jedynie zasadnicze spory co do zakresu zastosowania poszczególnych typów czynów zabronionych.

Na gruncie tego porządku prawnego więc system ochrony konsumentów przed nadmiernymi, lichwiarskimi świadczeniami w ramach umów wzajemnych ograniczony jest obecnie do regulacji cywilnoprawnych²⁹⁴, konkretyzowanych orzeczeniami Hiszpańskiego Tribunal Supremo²⁹⁵. Natomiast prawnokarne regulacje w zakresie penalizacji oszustwa²⁹⁶ rozbudowane są poprzez wprowadzenie licznych dodatkowych typów czynów zabronionych, ustanowionych na swoistym przedpolu skutkowego przestępstwa oszustwa.

IV. KONKLUZJE

Przeprowadzona powyżej analiza rozwiązań legislacyjnych ukierunkowanych na ochronę konsumentów w Polsce, Niemczech oraz Wielkiej Brytanii, uzupełnionych krótkim spojrzeniem na stan prawny w Hiszpanii, ujawniła obraz wyjątkowo heterogeniczny. Wskazać można tylko na pewne podobieństwo występujące pomiędzy rozwiązaniami przyjętymi w prawie polskim oraz w prawie niemieckim, których zasadniczą cechą wspólną jest karalność lichwy oraz oszustwa jako podstawowych instrumentów reglamentacji zaburzeń równowagi kontraktowej. Nawet ta – uwzględniając praktykę ścigania w obu tych krajach środkowej Europy w przypadku lichwy, w istocie symboliczna – kryminalizacja nie jest wyrazem jednolitej, szerszej, paneuropejskiej tendencji.

Powstrzymując się od formułowania daleko idących wniosków, które byłyby niewskazane w niniejszym ograniczonym studium, spostrzec można trzy rzeczy.

Primo, występujące rozbieżności w zakresie kryminalizacji zdają się być inherentnie sprzężone z całkowicie odmiennymi wizjami organizacji społeczeństwa. W Niemczech przyjmuje ona postać protekcjonalizmu wobec uznanej za słabszą strony stosunku umownego, co ma – jak się wydaje – swoje korzenie tak w tradycjach niemieckiej myśli socjaldemokratycznej, jak i chadeckiej, czerpiącej z doktryny społecznej Kościoła katolickiego i protestanckiego solidaryzmu. Natomiast daleko posunięta afirmacja liberalizmu oraz indywidualizmu, cechy znamienne dla społeczeństwa angielskiego, stanowiące spuściznę istotnej części myśli oświeceniowej, determinują kształt regulacji angielskiego prawa karnego w płaszczyźnie reglamentacji swobody kontraktowej.

²⁹³ STS de 31 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 70045; EDJ 2001/56488).

²⁹⁴ Wśród których podstawowe znaczenie odgrywa wciąż Ley Azcárate z 1908 r., która uległa wielu nowelizacjom. Poza tym istnieje wiele przepisów szczegółowych, określających np. maksymalną wysokość odsetek za zwłokę, zob. art. ustawy 16/2011 de Contratos y Créditos al Consumo (w roku 2015 – 10%).

²⁹⁵ Tak chociażby w orzeczeniu z dnia 18.06.2012 (ROJ STS 5966/2012) wywiedziono, iż pożyczka, w której łączna suma ustalonych odsetek nie wynosi 20,5% nie ma jeszcze charakteru lichwiarskiego.

²⁹⁶ Której wyrazem są przepisy tytułu XIII k.k. z 1995 r., w szczególności art. 248 a 251bis.

Secundo, zarysowujące się w projektach ustawodawczych polskiego Ministerstwa Sprawiedliwości²⁹⁷ propozycje rozszerzenia zakresu kryminalizacji sytuacji zaburzeń równowagi kontraktowej poprzez dodanie § 2 do art. 304 k.k. jawią się jako wyraz odosobnionej tendencji oraz całkowicie błędnego przeświadczenia, iż poprzez kreowanie nowych, systemowo niespójnych i zagrożonych wysokimi karami typów czynów zabronionych można uzdrowić pewne występujące niewątpliwe w życiu gospodarczym patologie. Ustosunkowując się jednoznacznie i w pełni krytycznie do takiego nastawienia, wypada podkreślić, że obecne przepisy polskiego prawa karnego w tym zakresie, analizowane w perspektywie porównawczo-prawnej, nie jawią się jako dysfunkcjonalne czy niewystarczające.

Tertio, przeprowadzona analiza porównawczo-prawna skłaniać musi do ostrożności wobec prostego przejmowania rozwiązań, które funkcjonują w obcych porządkach prawnych. W szczególności krytycznie odnieść wypada się do ujęcia przestępstwa oszustwa jako czynu zabronionego o charakterze formalnym, a więc rozwiązania przyjętego obecnie na gruncie ustawodawstwa angielskiego. Rozszerza ono bowiem nadmiernie zakres kryminalizacji, stwarzając szerokie pole do nadużyć dla organów ścigania, co w połączeniu z brakiem przepełnienia występką oszustwa prowadzić może do nadużywania prawa karnego i wyjątkowo nierównej polityki kryminalnej, zróżnicowanej w zależności od miejsca popełnienia czynu zabronionego i lokalnej praktyki. Co więcej, interesy konsumentów dostatecznie zabezpiecza w obecnym stanie prawnym możliwość karania za rzeczony czyn zabroniony popełniony w formie stadialnej usiłowania. Godne rozważenia wydaje się natomiast skryształizowanie – chociażby w postaci miękkich dyrektyw sformułowanych w orzecznictwie sądowym – progu wartości uszczerbku majątkowego, które stanowić będzie dolną granicę karalności za dokonany występki oszustwa. Wydaje się jednak, że najbardziej zasadne byłoby ustawowe przepełnienie tego czynu zabronionego i karanie go jako wykroczenia tak długo jak wartość wyłudzonej korzyści majątkowej lub osobistej nie przekracza progu wartości 1 czy 2% minimalnego wynagrodzenia²⁹⁸.

Wreszcie, nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż praktyczne funkcjonowanie regulacji art. 304 k.k. jest niewydolne. Roczna ilość skazań, która zamyka się wartościami jednocyfrowymi ujawnia, iż mamy tutaj do czynienia z kryminalizacją o charakterze symbolicznym. Wydaje się, że zdecydowanie bardziej efektywnym mechanizmem ochrony interesów konsumentów byłoby wykorzystywanie instrumentów reglamentacji cywilno-prawnej wraz z kontrawencjonalizacją tego czynu zabronionego do postaci wykroczenia, przy jednoczesnym udzieleniu kompetencji organom ochrony konsumentów do nakładania grzywien w trybie postępowania mandatowego. Sądzić należy, iż ten uproszczony tryb postępowania stworzyłby możliwość wymierzania umiarkowanej, lecz realnej dolegliwości dla większego grona lichwiarzy zamiast srogiej, ale w praktyce całkowicie iluzorycznej groźby skazania na karę pozbawienia wolności do lat 3.

²⁹⁷ Konferencja prasowa Ministerstwa Sprawiedliwości w dniu 18.07.2016 r.

²⁹⁸ Podkreślić wszak należy, iż określenie tej granicy nie powinno być pozostawione arbitralnemu uznaniu prawodawcy, lecz raczej poprzedzone musi być dokładnymi badaniami empirycznymi nad zjawiskiem drobnych oszustw na terenie RP.

Słowa kluczowe: prawo karne, ochrona konsumentów, lichwa.

Summary

Marcin Bczyk, *Criminal law arrangements ensuring control of the consumers against bad practices in services under mutual arrangements claimed by entrepreneurs – comparative law analysis*

In the presented analysis, legislative solutions providing consumer protection have been taken into consideration. It concerns Poland, Germany, Great Britain. Additionally, also a quick overview of Spanish legislative system has been provided. As a result I have obtained quite heterogeneous outcome. Some similarities occur in between legislative solutions in Poland and Germany where usury and fraud penalization are the basic means of regulation of the imbalance in the contractual relationships.

Two general circumstances have been pointed out.

Firstly, discrepancies occurring in criminalization appear to be coherent with different visions of the civil society. In Germany it is clemency towards, regarded as weaker, party to the agreement - the consumer. On the other hand, far advanced liberalism and individualism affirmation, what is distinctive for the English society, being important heritage of the Enlightenment, determine the shape of English criminal ruling on the regulations on the freedom of contract.

Secondly, the legislative proposals outlined by Polish Ministry of Justice (press conference of the Ministry of Justice on 18th of July 2016) on conceptions of broadening the scope of criminalization of the imbalance due to the contract by adding sec. 2 to the Art. 304 of Penal Code, seem to be an expression of a mistaken conviction that creating new systematically inconsistent and highly penalized offences might be a remedy for the pathologies observed in the economic life, whereas in fact other means, such as private law and more rigorous implementation of the already existing legal stipulations can be utilized to provide an effective consumer protection.

Keywords: criminal Law, consumers protection, usury.