

Z Katedry Prawa Karnego Wydziału Prawa UMCS
Kierownik: doc. dr Czesław Gofroń

Janusz WOJCIECHOWSKI

Analiza pojęcia „zaboru” jako elementu kradzieży

Анализ понятия „хищение” как элемента кражи

Analyse des Begriffes „Wegnahme” als eines Elementes des Diebstahls

Art. 257 § 1 k.k. z r. 1932 określa kradzież jako zachowanie się, które polega na zaborze cudzego mienia ruchomego w celu przywłaszczenia. Zatem podkreśla się wyraźnie moment „zabrania” przez sprawcę mienia „innej osobie”.

Podjęcie analizy pojęcia „zaboru” dyktowane jest potrzebą wynikającą z jego przydatności dla kwestii odgraniczenia kradzieży od innych przestępstw pokrewnych (przywłaszczenie, oszustwo, zniszczenie mienia i inne). Nie wydaje się trafny pogląd M. Siewierskiego, który uważa, iż sprowadzenie niejako do wspólnego mianownika kradzieży i przywłaszczenia, co ma miejsce w projektach kodeksu karnego z r. 1963 i z r. 1968, odbierze praktyczny sens „bezpłodnym sporom kazuistycznym, czy dany stan faktyczny wypełnia znamiona kradzieży, czy przywłaszczenia”.¹ Trzeba stwierdzić, że przecież w każdym wypadku sąd będzie musiał wypowiedzieć się zdecydowanie, czy przypisuje oskarżonemu kradzież, czy przywłaszczenie.² Prawo polskie nie przewiduje ustaleń alternatywnych³, pozwalających skazać na przykład za kradzież

¹ M. Siewierski: *Uwagi na marginesie przestępstw przeciwko mieniu według projektu kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo”, 1963, z. 3, s. 519.

² Por. W. Wolter: *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 114.

³ Por. M. Lipczyńska-Koperowa: *Alternatywa w prawie i procesie karnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Wrocław 1963, zwłaszcza s. 60 i n. oraz ss. 127 i 129. Patrz też: J. Bednarzak: *Czy oskarżenie za kradzież wyklucza skazanie za paserstwo?*, „Nowe Prawo”, 1963, z. 4—5, ss. 497—501.

danej rzeczy lub jej paserstwo, tak jak np. § 2b k.k. niemieckiego z r. 1871 czy projekt k.k. S. Śliwińskiego.⁴ Należy jednak zwrócić uwagę, że nawet dyspozycja przewidująca dwie wersje określonego w niej zachowania się sprawcy, nie zwalnia sędziego od zdecydowania się na wybór jednej z nich celem zastosowania jej przy kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego.

Konstrukcja „zaboru” zbudowana jest w oparciu o pojęcie władztwa (w doktrynie niemieckiej — *Gewahrsam*), ponieważ zabrana może być tylko rzecz będąca w cudzym władaniu.⁵ Trafnie podkreślają W. Wolter⁶ i W. Gutekunst⁷, że konstrukcja ta ułatwia ustalenie różnicy między „zaborem” a przywłaszczeniem.

Zdaniem J. Makarewicza, zabranie z cudzego władztwa sprowadza się do przejścia władztwa nad danym przedmiotem bezpośrednio na osobę zabierającą.⁸ Ponieważ owo władztwo sprawować może tylko ktoś względem sprawcy zaboru od niego „inny”, pojęcia „zaboru” i „innej osoby” w kontekście art. 257 § 1 k.k. wiążą się wzajemnie w jeden stosunek osobisto-rzeczowy. „Rozstrzygająca dla władztwa — pisze Makarewicz — jest okoliczność, czy dana osoba ma wolę władania i możliwość wykonywania władztwa”.⁹ Władztwo, które sprawuje nad mieniem owa „inna

⁴ Patrz S. Śliwiński: *W sprawie reformy prawa karnego (Glosy w dyskusji)*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy”, 1947, z. 11, ss. 32—33.

⁵ Por. J. Makarewicz: *Kodeks karny, Komentarz*, Lwów 1938, s. 585; W. Makowski: *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa 1937, s. 762; S. Glaser, A. Mogilnicki: *Kodeks karny, Komentarz*, Kraków 1934, s. 879; M. Siewierski: *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa 1965, s. 346; S. Pławski: *Przestępstwa przeciwko mieniu indywidualnemu*, „Nowe Prawo”, 1951, z. 4, s. 15. Tak też Sąd Najwyższy w wyroku z 13 IV 1938 r., Zb. OSN, 1938, poz. 270. Wyżej wymienieni autorzy używają terminu „posiadanie” w sensie faktycznego władztwa lub faktycznego dzierżenia. W literaturze obcej patrz: R. Garraud: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris 1935, ss. 104—105; R. Charles: *Introduction a l'étude du vol en droit belge et en droit français*, Bruxelles 1961, s. 21; T. Rittler: *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil*, Wien 1962, s. 127; R. Maurach: *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, München 1959, s. 181; A. Dalcke, E. Fuhrmann, K. Schäfer: *Strafrecht und Strafverfahren*, Berlin 1961, s. 290; E. Mezger: *Strafrecht, Besonderer Teil*, München — Berlin 1960, s. 124; V. Manzini: *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1952, t. IX, s. 79; *Ugółownoje prawo, Czast' osobiennaja*, [praca zbiorowa], Moskwa 1966, ss. 263—264.

W kodeksie karnym węgierskim z r. 1950 w art. 422, definiującym kradzież, czytamy, że zabór cudzego mienia musi nastąpić z „władztwa innego”; natomiast k.k. Bułgarii z r. 1968, k.k. Indii z r. 1860, a także k.k. Grecji z r. 1950 stawiają warunek, aby zabór nastąpił w stosunku do rzeczy będącej „w posiadaniu innej osoby”.

⁶ Wolter: *op. cit.*, s. 111, przypis 158.

⁷ W. Gutekunst: *Zabór jako sposób zagarnięcia mienia społecznego*, „Nowe Prawo”, 1955, z. 10, s. 59.

⁸ Patrz Makarewicz: *op. cit.*, s. 586.

⁹ *Ibid.*, s. 585.

osoba”, wedle S. Śliwińskiego, to nie jest posiadanie prawa cywilnego, to stosunek faktyczny do mienia, polegający na tym, że dana osoba na podstawie swej woli rozporządza faktycznie i bezpośrednio daną rzeczą, zgodnie z powszechnie przyjętymi w tym względzie zasadami życia codziennego.¹⁰ Podobnie L. Peiper uważa, że władztwo jest pewnym stanem danej rzeczy, ulegającym zmianie poprzez akt jej zaboru.¹¹ O. Chybiński, W. Gutekunst i W. Świda akcentują istotę władztwa jako faktyczną moc nad mieniem, wyrażającą stosunek człowieka (faktyczny stosunek) do mienia, pozostającego w zasięgu jego władzy.¹² W nauce niemieckiej faktyczne władztwo nad rzeczą, ulegające naruszeniu przez złodzieja, określa się jako *Gewahrsam*. Pojęcie to nawiązuje do frankońskiego i germańskiego prawa ludowego (*Volksrecht*)¹³, a ponadto pewien wpływ na jego kształtowanie miała nauka prawa cywilnego o posiadaniu. Mimo to jednak pojęcia te są różne.¹⁴ *Gewahrsam* jest poję-

¹⁰ Patrz S. Śliwiński: *Prawo karne materialne, Część szczególna*, Warszawa 1948 (skrypt), s. 233.

¹¹ Patrz L. Peiper: *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 542. Tak też Najwyższy Sąd Wojskowy w postanowieniu z 30 IX 1949 r., Zb. NSW, Warszawa 1954, poz. 58, s. 99.

¹² O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda: *Prawo karne, Część szczególna*, Warszawa—Wrocław 1968, s. 111.

¹³ Prawo to знаło pojęcie *Gewere*, co oznaczało opiekę, dozór, zabezpieczenie. W epoce Karolingów określano to pojęcie słowem *investitura*, tj. wprowadzenie w posiadanie. Przez posiadanie natomiast rozumiano faktyczne władanie. Już wtedy rzecz, która była powierzona niewolnikowi, pozostawała w *Gevere* pana. Za kradzież wówczas uważano zabór rzeczy z ogrodzonej posiadłości (*Were*), a także zabranie rzeczy z bezpośredniej ochrony człowieka, a więc jego faktycznego władania (A. Cropp: *Über den Diebstahl nach älteren deutschen Recht, Kriminalistische Beiträge*, t. II, Hamburg 1925—1926, s. 23). Z czasem posiadaniem nazwano faktyczną władzę (*Herrschaft*), lecz nie tę, którą człowiek chce mieć lub uważa, że ma, lecz stosunek władztwa, który powszechnej świadomości objawia się jako faktyczne władztwo nad mieniem. Na kształtowanie się tego pojęcia wpływała też recepcja rzymskiej koncepcji posiadania, które różniło *possessio* (*animus rem sibi habendi*) i *detentio* (*animus alteri habendi*). Stosownie do tego *Landrecht* pruski z r. 1794 zawierał przepisy chroniące zarówno *Gewahrsam* jak i posiadanie (*Besitz*). Por. N. Nöldeke: *Die Begriffe des Gewahrsams und der Wegnahme beim Diebstahl*, Bonn 1964, s. 23 i n.

¹⁴ Zdaniem K. Bindinga (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, t. I, Leipzig 1902, s. 244) instytucja posiadania prawa cywilnego nie miała wielkiego wpływu na prawno-karne pojęcie *Gewahrsam*. Wedle F. Rotheringa, który zwrócił uwagę na socjalną naturę *Gewahrsam*, posiadanie jest sztucznym tworem użytecznej natury prawnej („*ein künstliches Gebilde utilitarischer Rechtsnatur*”), patrz: *Archiv für Bürgerliches Recht*, t. 27, s. 70, cyt. za Nöldeke: *op. cit.*, s. 33. Na niemożność połączenia *Gewahrsam* z prawnym pojęciem posiadania wskazywało też orzecznictwo niemieckie (patrz: *Entscheidungen des Reichsgerichts*, t. 34, poz. 252, cytowane dalej jako — RG). Przeciwnie uważa C. Siebert (*Der strafrechtliche Besitzbegriff besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Halle

ciem prawa karnego i wyraża czysto faktyczny stosunek do rzeczy w przeciwieństwie do cywilno-prawnego posiadania.¹⁵ Zdaniem R. Mauracha¹⁶, *Gewahrsam* wyznacza faktyczny stosunek do rzeczy, wywodzący się z woli władztwa. Według R. Franka¹⁷ „*Der Gewahrsam ist die tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache, vermöge deren die Person ihren Herrschaftswillen über die Sache in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise unmittelbar zu betätigen vermag*”. Nowsza nauka do zakresu pojęcia *Gewahrsam* obok faktycznego stosunku władztwa i woli władania dodaje element społeczny. H. Welzel¹⁸, jako jedyny we współczesnym piśmiennictwie prawniczym, przywiązuje znaczenie do procesu „uduchowienia” faktycznego władztwa nad rzeczą, dowodząc, że normatywno-socjalny moment łączy się ściśle z pojęciem *Gewahrsam* w taki sam sposób, jak momenty: fizyczno-realny czy psychiczny. Do stanowiska Welzela przychyliła się H. Mayer¹⁹, który określa *Gewahrsam* jako socjalnie uznany i przez ogół respektowany stan pokoju (*Friedenzustand*).

Pojęcie zatem *Gewahrsam* we właściwym rozumieniu może być używane wówczas, gdy spełnione są określone warunki.

Istnienie faktycznego stosunku władztwa

Gewahrsam po stronie dzierżącego je przejawia się jako przestrzenno-realna możliwość oddziaływania na rzecz. Nie ma to nic wspólnego z cywilno-prawną władzą rozporządzania, bowiem władztwo posiadają pozycczający i wierzyciel zastawniczy, a także złodziej unoszący skradzione

1928, s. 17), który utożsamia prawnokarne *Gewahrsam* z bezpośrednim posiadaniem jako stosunkiem faktycznym. Patrz również rozważania P. Nolla: *Der Einfluss von Kompensation und Retention bei den Delikten gegen das Eigentum*, „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht”, 1956, z. 2, ss. 153—154. W nauce włoskiej Rocco uważał za celowe jednolite pojmowanie wyrażenia „posiadanie” tak w prawie karnym, jak i w prawie cywilnym. Patrz C. Saltelli, E. di-Falco: *Commento teorico — pratico del codice penale*, Roma 1956, t. IV, s. 433.

¹⁵ Por. Maurach: *op. cit.*, s. 181 oraz RG, t. 30, s. 88.

¹⁶ Patrz — Maurach: *loc. cit.*; tak także H. Jagusch: *Diebstahl und Unterschlagung*, [w:] *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. II, Berlin 1958, s. 309; Mezger: *op. cit.*, ss. 123—124.

¹⁷ R. Frank: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1930, s. 513. Określenie to jest w dużym stopniu zbliżone do definicji władztwa w ujęciu S. Sliwińskiego, zob. przypis 10.

¹⁸ H. Welzel: *Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden*, „Goldammer's Archiv für Strafrecht”, 1960, s. 264 oraz *id.*: *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1965, s. 308.

¹⁹ H. Mayer: *Zum Begriff der Wegnahme*, „*Juristenzeitung*”, 1962, z. 20, s. 618.

rzeczy, paser, który ukrywa skradzioną rzecz.²⁰ Władztwo ma miejsce zawsze wówczas, gdy bezpośrednio urzeczywistnieniu woli władztwa nie przeciwstawiają się żadne przeszkody. Tak więc najemca mieszkania sprawuje władztwo nad wszystkimi znajdującymi się w nim rzeczami, łącznie z bielizną w suszarni i węglem w piwnicy.²¹ Przy określaniu rozpiętości władztwa musi być brana pod uwagę konkretna sytuacja. Chwilowe rozluźnienie, a nawet przemijające zniesienie stosunku władztwa nad rzeczą (stosownie do zwyczajów i okoliczności) nie stanowi jeszcze jego utraty. Wiadomo bowiem wszystkim z doświadczenia, że znaczna większość rzeczy, chociażby one miały znajdować się przemijająco poza określonym obrębem władztwa — nie tylko pozostaje w cudzej własności, lecz także podlega faktycznej władzy rozporządzania określonych osób. Kto swoje rzeczy chce rzeczywiście wykorzystywać pod względem gospodarczym, to nie może ustawicznie pozostawiać ich w zasięgu ścisłej sfery swojego władztwa. Dlatego utratę władztwa dopiero wówczas należy przyjąć, jak się wydaje, jeżeli z okoliczności życia codziennego, w szczególności z położenia i rodzaju rzeczy, jak również upływu czasu — wynika, że dotychczasowy dzierżyciel nie może lub nie chce już więcej (ostatecznie) wykonywać władztwa nad rzeczą.²² Na przykład właściciel psa zachowuje *Gewahrsam* w stosunku do swego zwierzęcia także wówczas, kiedy ten pies oddala się na spacer; posiadacz mieszkania nie traci władztwa w stosunku do rzeczy w nim znajdujących się, pomimo znacznego oddalenia, np. w czasie wycieczki za granicę; rolnik nie traci władztwa w odniesieniu do swoich narzędzi pracy pozostawio-

²⁰ Patrz Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 233; Chybiński, Gutekunst, Swida: *op. cit.*, s. 111; por. też Maurach: *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 1964 r., s. 192; RG, t. 60, s. 278.

²¹ Por. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 233; Maurach: *op. cit.*, s. 192; Nöldeke: *op. cit.*, s. 27; I. Karalis: *Diebstahl nach deutschem und griechischem Recht*, München 1962, s. 8.

²² Patrz na ten temat: Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 233; Makarewicz: *op. cit.*, s. 585; W. Gutekunst: *Zagarnięcie mienia społecznego*, Warszawa 1956, s. 63; Sąd Najwyższy w wyroku z 23 II 1934 r., opublikowanym w „Gazecie Administracji i Policji Państwowej”, 1934, nr 19, s. 623 oraz w wyroku z 20 V 1946 r., opublikowanym Zb. OIK, 1947, z. 1, poz. 13. Doktryna niemiecka mówi o „*der gelockerte Gewahrsam*”, które nie jest jeszcze jego utratą. Por. Maurach: *loc. cit.*, E. Kohlrausch - Lange: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, Berlin 1959, s. 528; tak też orzecznictwo Bundesgerichtshofu m. in. w wyroku z 10 V 1968 r., „*Goldammers Archiv für Strafrecht*”, 1969, z. 1, s. 25; G. Kaniak: *Das österreichische Strafrecht*, Wien 1960, s. 341 oraz omówione przez niego orzecznictwo; V. Schwander (*Das schweizerische Strafrechtbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*, Zürich 1964, s. 327) przyjmuje, że właściciel posiada *Gewahrsam* w stosunku do teczki, którą pozostawił w kabinie telefonicznej; co do stanowiska nauki radzieckiej zob. B. Nikiforow: *Ugołowno-prawowaja ochrana licznój sobstwiennosti w SSSR*, Moskwa 1954, s. 66.

nych w polu na noc; także właściciel sklepu posiada władztwo nad towarami, które ogląda klient, biorący je do ręki, a nawet — nad częściami garderoby, które klient w celu przymierzenia wkłada na siebie.²³

Istnienie woli władania

Faktyczny stosunek władztwa musi być wynikiem zdecydowanej woli władania (*Herrschaftswillen*) po stronie dzierżyciela władztwa.²⁴ Wola, która rozstrzyga o władztwie nad mieniem, nie musi mieć cech specjalnych; nie chodzi bowiem o zdolność prawną lub zdolność do czynności prawnych, lecz o wolę, która decyduje o faktycznym władaniu rzeczą, stosownie do istniejących możliwości, a nie o taką wolę, dzięki której ma się daną rzecz jak własną (*animus rem sibi habendi*).²⁵ Wola tego rodzaju może zostać ujawniona w sposób ogólny lub wynikać z okoliczności towarzyszących. W ten sposób uzyskuje się władztwo na wszystkich listach, które zostały wrzucone do skrzynki, na rybach, które złaapały się w zastawione sieci.²⁶ Ponieważ *Gewahrsam* jest faktycznym stosunkiem do rzeczy, można nie brać pod uwagę prawnej zdolności podjęcia decyzji w kwestii woli władztwa. Stąd to dzieci, pijani, chorzy umysłowo mogą uzyskać *Gewahrsam*.²⁷ Nie następuje utrata woli wła-

²³ Por. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 233; Makowski: *op. cit.*, s. 783; Gutekunst: *Zagarnięcie...*, ss. 63—65; Peiper: *op. cit.*, s. 542, pkt IIIb; Maurach: *op. cit.*, s. 192; Frank: *op. cit.*, s. 512; Schwander: *op. cit.*, s. 327; Rittler: *op. cit.*, s. 128.

²⁴ Por. Śliwiński: *Prawo karne...*, ss. 233—234; Makarewicz: *op. cit.*, s. 585; Peiper: *op. cit.*, s. 542; Sąd Najwyższy w wyroku z 4 I 1937 r., Zb. OSN, 1937, poz. 210; Maurach: *op. cit.*, ss. 192—193; K. Binding: *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, Leipzig 1916, s. 547; Frank: *op. cit.*, s. 513; Kaniak: *op. cit.*, ss. 340—341; P. Thormann, A. v. Overbeck: *Das schweizerische Strafgesetzbuch, Kommentar*, Zürich 1941, t. II, s. 69.

²⁵ Por. J. Ignatowicz: *Ochrona posiadania*, Warszawa 1963, ss. 86—88; a także Nöldeke: *op. cit.*, s. 42 wraz z podanym przez niego orzecnictwem; A. Schönke, H. Schröder: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München—Berlin 1967, s. 1085.

²⁶ Podane przykłady wskazują na możliwość uzyskania władztwa bez wiedzy o rzeczy, przy czym jest to możliwe, gdy rzecz należy wyłącznie do osoby, która ma ogólną wolę wykonywania władztwa nad nią, a nadto sama ma możliwość stwierdzić istnienie danej rzeczy. Nie może być brana pod uwagę konkretyzacja woli w odniesieniu do poszczególnych przedmiotów; ma przeto właściciel sklepu władztwo nad towarami, o których może nawet nie wiedzieć, że trafiły do jego magazynu. Nie można natomiast przyjąć, że władztwo nad rzeczami złodzieja posiada właściciel gruntu, na którym bez jego wiedzy zostały one zakopane (por. Śliwiński: *Prawo karne...*, ss. 237—238). Por. ponadto Schwander: *op. cit.*, s. 326; Binding: *op. cit.*, s. 287.

²⁷ Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 238; Mezger: *op. cit.*, s. 124; Frank: *op. cit.*, s. 514; Jagusch: *op. cit.*, s. 309.

dania mimo jej chwilowego braku, np. w czasie snu lub utraty świadomości.²⁸ Tylko człowiek nieżyjący nie może wykonywać władztwa.²⁹

Władztwo przysługuje jedynie jednostce fizycznej; co do osób prawnych „inną osobą”, której mienie zostaje zabrane, może być określony przedstawiciel lub agent dokonujący obrotu na jej rzecz. Trzeba zwrócić uwagę, że nie ma żadnej podstawy do mniemania, iż w kodeksie użyto sformułowania czysto prawniczego, a więc rozciągnięto pojęcie osoby i na osoby prawne (art. 33 k.c.). Jednak z innych przepisów kodeksu, szczególnie z art. 255 k.k., określającego przestępstwo zniesławienia, dotyczące „osobę, instytucję lub zrzeszenie”, choćby nie mających osobowości prawnej, wynika, że zrzeszenie wykracza poza kodeksowe rozumienie „osoby”. Według S. Śliwińskiego³⁰, osobom prawnym raczej odmówić należy możliwości wykonywania władztwa nad mieniem w rozumieniu art. 257 § 1 k.k., albowiem władztwo to jest stanem faktycznym istniejącym między jednostką fizyczną a mieniem; polega ono na możliwości faktycznego rozporządzania rzeczą. Ten, kto kradmie mienie należące do osoby prawnej, usuwa faktyczne władztwo tej osoby fizycznej, która w imieniu osoby prawnej to władztwo sprawuje.

Władztwo w oczach postronnego obserwatora

Czy istnieje stosunek władztwa uznany potocznie, rozstrzyga osąd postronnego obserwatora.³¹ Wedle C. Sieberta³² ten jest dzierżycielem

²⁸ Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 233; a także Maurach: *op. cit.*, s. 192; Należy zaznaczyć, że tezy tej nie można jednak przyjąć w odniesieniu do wypadku, gdy ktoś w sposób widoczny popadł w stan nieuleczalnej choroby, całkowicie wyłączającej kierowanie swoją wolą.

²⁹ Por. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 232 oraz w głosie do wyroku SN z 4 I 1937 r., Orzecznictwo Sądów Polskich, 1937, poz. 449. W głosie tej autor wyraża pogląd, że zmarłego okraść nie można. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu cytowanego orzeczenia odrzuca możliwość przyjęcia tezy, że podmiotem władztwa może być zmarły w stosunku do rzeczy pozostających przy nim. Tak też: W. J. Medyński: *Kwalifikacja prawna zaboru mienia znajdującego się przy zmarłym*, „Głos Sądownictwa”, 1938, s. 472. Odmienny pogląd reprezentuje Peiper: *op. cit.*, s. 542.

³⁰ Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 239; tak samo Peiper: *op. cit.*, s. 543. W literaturze niemieckiej uważa się tę kwestię za sporną, przy czym przeważa stanowisko negatywne. Patrz: Frank: *op. cit.*, s. 514; Jagusch: *op. cit.*, s. 307; Schönke, Schröder: *op. cit.*, s. 1085.

³¹ Śliwiński: *op. cit.*, s. 233; tak też orzecznictwo austriackie, np. w wyroku Ober Gerichtshofu z 1 VII 1966 r., „Juristische Blätter” 1967, nr 23—24, s. 627.

³² Sieber: *Der strafrechtliche Besitzbegriff...*, s. 60. Słusznie autor ten podkreśla, że konieczne jest uzewnętrznienie woli władztwa, gdyż wewnętrzna wola nie wystarcza do uzyskania władztwa. W doktrynie austriackiej za najważniejsze znamię *Gewahrsam* uznaje się element rozpoznania mocy władztwa stosownie do zwyczajów społecznych (patrz: H. Roeder: *Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff*, „Österreichische Juristenzeitung”, 1966, ss. 373—378).

władztwa nad rzeczą, kto przedstawia się na zewnątrz jako pan tej rzeczy. Można więc powiedzieć, że nie jest konieczna wola szczególnego rodzaju obok faktycznej władzy, lecz wola wyraża się wyłącznie w rzeczywistej władzy, a więc decyduje tylko zewnętrzny stan faktyczny. Zdaniem J. Ignatowicza, jedynie wola władania wyraża istotę władztwa.³³ Uzyskanie władztwa zakłada, że rzecz dostaje się do zakresu władztwa służącego osobie stosownie do społecznych poglądów i tak stworzony obraz zdarzenia pozwala domniemywać przestrzenną przynależność i występowanie odpowiedniej woli władztwa.³⁴ Jeśli rzecz podlega zakresowi władztwa osoby i zachodzi wola władania, wówczas nie traci się władztwa mimo chwilowego braku danych o miejscu, w którym aktualnie rzecz się znajduje.³⁵ Nie traci się władztwa nad przedmiotami, które tylko zapodziały się (*verlegte Sachen*) w mieszkaniu; wystarcza świadomość, że są jeszcze w jego obrębie. Także w stosunku do rzeczy zapomnianych (*vergessene Sachen*) można wykonywać wolę władztwa; co prawda nie są one bezpośrednio dostępne władającemu, lecz może on ustanowić stosunek władztwa, jeżeli zna miejsce ich znajdowania się; w ten sposób dalszemu trwaniu władztwa podlegają rzeczy zostawione przez zapomnienie w pociągu, który jedzie dalej.³⁶ Jednak w przypadku utraty tych rzeczy władztwo przechodzi — w podanym przykładzie — na przedsiębiorstwo kolei, nie można powiedzieć, że nikt nie ma władztwa nad zapomnianymi i oddalonymi rzeczami.³⁷ Rzeczy ukryte (*versteckte Sachen*) pozostają we władztwie tak długo, dopóki ukrywającego je nie pozbawiono na trwałe mocy rozporządzania nimi.³⁸

³³ Ignatowicz: *op. cit.*, s. 53.

³⁴ Por. Nöldeke: *op. cit.*, s. 48.

³⁵ Por. co do tego Maurach: *op. cit.*, s. 193.

³⁶ Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 231; Maurach: *loc. cit.*; Rittler: *op. cit.*, s. 128. Dodać należy, że kradzież rzeczy zapomnianych, zapodzianych i zagubionych jest o tyle możliwa, o ile w miejsce utraconego władztwa przez dotychczasowego właściciela zostało ustanowione władztwo innej osoby.

³⁷ Śliwiński: (*Prawo karne...*, s. 238) przyjmuje w takim wypadku władztwo konduktora nad zapomnianymi rzeczami. Sąd Najwyższy przyjął władztwo kolei — patrz orzeczenie SN z 20 III 1922 r., Orzecznictwo Sądów Polskich 1921—1922, poz. 507 oraz w wyroku z 31 III — 6 IV 1936 r., Zb. OSN 1937, poz. 5. Z literatury obcej por.: Kaniak: *op. cit.*, s. 350; Maurach: *loc. cit.*; Nöldeke: *op. cit.*, s. 56. Natomiast Rittler (*op. cit.*, s. 128, przypis 15) krytykuje rodzime orzecznictwo, które przyjmuje dalej trwające *Gewahrsam* „zapominalskich” podróżnych. Jego zdaniem urzędnicy przedsiębiorstw komunikacyjnych, aby zabrać pozostawione przedmioty i przekazać je do placówek przechowywania, muszą podróżnych „zapominalskich” zastąpić w posiadaniu. Jego zdaniem władztwo zachodzi wówczas, gdy władanie nad rzeczą jest bezpośrednie, a nie za pośrednictwem osób trzecich.

³⁸ Por. co do tego: wyrok SN z 20 V 1946 r., Zb. OIK, 1947, z. 1, poz. 13; Gutekunst: *Zagarnięcie...*, s. 65. Maurach (*op. cit.*, s. 193) pisze, że gdy rzecz jest ukryta poza przestrzenną władzą rozporządzania jej właściciela, np. zostaje

W przypadku rzeczy zagubionych (*verlorene Sachen*) brakuje faktycznej możliwości sprawowania władztwa przez dotychczasowego dzierżyciela, przeto następuje utrata mocy władania.³⁹

Nie trzeba utożsamiać woli zachowania możliwości rozporządzania danym mieniem z „*animus rem sibi habendi*”.⁴⁰ Orzecznictwo niemieckie uznało, że pozostają nadal we władztwie właściciela rzeczy wyniesione przy sprzątnięciu mieszkania na ulicę, byleby ich przynależność do określonego właściciela dała się stwierdzić.⁴¹ Możliwość odzyskania wykonywania władztwa nad rzeczą jest niekiedy zależna od woli innych. Także wówczas pozostaje nadal władztwo tak długo, dopóki osoba trzecia gotowa jest posiadaczowi umożliwić wykonywanie władztwa.⁴² Praktyka sądowa w Niemczech przyjęła możliwość wynikającą z norm procedury cywilnej, utracenia przez dłużnika władztwa nad rzeczą, która została zajęta w toku egzekucji; stąd płynie wniosek, że ów dłużnik, jeżeli tę rzecz zabiera, nie dopuszcza się kradzieży.⁴³

Na gruncie prawa polskiego trzeba wówczas mówić o przewidzianym w art. 282 k.k. występku udaremnienia egzekucji, jeżeli zabór miał na celu udaremnienie. Osoba, która drugiemu, zatrudnionemu w jej gospodarstwie domowym, wręcza pieniądze celem dokonania określonego zakupu lub też zleca zanieśenie określonego przedmiotu do reperacji, utrzymuje swoje władztwo nad tymi pieniędzmi lub nad tymi przedmiotami.⁴⁴ Wspomniany zatrudniony (*Besitzdiener*) ma jednak również

zakopana w lesie, wówczas następuje zniesienie władztwa; późniejsze odtransportowanie rzeczy jest bezkarnym czynem następnym. Natomiast ukrycie rzeczy poprzez osobę uprawnioną nie oznacza rozluźnienia władztwa, lecz przeciwnie, stanowi szczególną manifestację woli władztwa, chyba że zachodzą przeszkody uniemożliwiające w sposób ostateczny wykonywanie władztwa nad tą rzeczą.

³⁹ Por. Sliwiński: *Prawo karne...*, s. 231; Jagusch: *op. cit.*, s. 314; Rittler: *op. cit.*, s. 128. Słusznie autor ten podkreśla, że jeżeli ktoś upuszcza pieniądze na ulicy, to nie traci w tym momencie władztwa, lecz dopiero wtedy, gdy się oddali (*ibid.* przypis 14). Takie samo stanowisko zajął polski Sąd Najwyższy w wyroku z 14 XII 1945 r., Zb. OSN, 1945—1946, poz. 23.

⁴⁰ Por. K. Bzowski: *Przywłaszczenie*, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, Warszawa, t. III, s. 1517.

⁴¹ Por. Nöldke: *op. cit.*, s. 52 oraz wyrok Bundesgerichtshofu z 1 XII 1967 r., „Juristenzeitung”, 1968, nr 9, s. 307 z glosą R. Schmita.

⁴² Por. rozważania W. Schwandera: *Über Gewährsam und Mitgewährsam bei Diebstahl, Veruntreuung und Unterschlagung*, „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht”, 1961, z. 1, s. 86.

⁴³ J. v. Olshausen: *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin 1942, s. 1145.

⁴⁴ Patrz Sliwiński: *Prawo karne...*, ss. 235—237; Makowski: *op. cit.*, s. 763: „Wykonywanie w stosunku do rzeczy pewnych zleconych czynności, chociażby połączone było z fizycznym dzierżeniem, nie stwarza jeszcze stanu posiadania tej rzeczy.” Por. też 3 do art. 262 k.k., s. 873, w tymże komentarzu; Markiewicz (*op. cit.*, s. 586) uważa, że „władztwo można wykonywać przez inną osobę”. Por. też Gutekunst: *Zagarnięcie...*, ss. 65—68.

współwładztwo (*Mitgewahrsam*), co łączy się z jego wolą pozostawiania w zależności od zlecającego. W tej kwestii w literaturze niemieckiej panuje pogląd, że dysponent posiadania (*Besitzherr*) ma w stosunku do zatrudnionego (*Besitzdiener*) wyłączne lub nadrzędne *Mitgewahrsam*, jeżeli zatrudniony (*Diener*) pozostaje od swego pana w socjalnym stosunku zależności, a nadto utrzymuje się w zasięgu wykonywania władzy dysponującego w sensie faktycznej możliwości oddziaływania i kontroli.⁴⁵ Inaczej mówiąc *Besitzdiener* nie popełnia przywłaszczenia, lecz zawsze kradnie, skoro wykonuje on faktyczną władzę w imieniu drugiego, „wewnątrzsocjalnego” stosunku zależności.⁴⁶ Natomiast tzw. „posiadacz krótki” lub posiadacz „z uprzejmości” nie uzyskuje władztwa nad rzeczami, ponieważ jego faktyczny stosunek do rzeczy nie jest wyrazem samodzielnej woli władztwa nad rzeczą.⁴⁷

Nasuują się wątpliwości co do kwestii uzyskania władztwa w cudzym obrębie władztwa. Wydaje się, stosownie do tego, co już powiedziano, że klient, który w sklepie samoobsługowym bierze towar do ręki lub wkłada go do przygotowanego koszyka albo w sposób widoczny niesie w ręce do kasy, nie uzyskuje władztwa ani nad koszykiem, ani nad towarem, mimo że ujmuje te przedmioty w sferę swoich czynności fizycznych (cielesnych) i poprzez to w ścisły przestrzenny stosunek względem swojej osoby. Po stronie nabywcy brak jest woli władztwa, które stosownie do poglądów socjalnych, uzyskuje on dopiero wtedy, gdy zapłaci cenę towaru lub, jeżeli zwleka z zapłatą długu.⁴⁸

Sprawa wygląda zupełnie inaczej, jeżeli klient ukrywa towary pod ubraniem lub w innych osobistych schowkach, zamiast nieść je w koszyku do kasy. Zewnętrzne okoliczności wskazują wówczas wyraźnie,

⁴⁵ Por. Maurach: *op. cit.*, s. 194; Jagusch: *op. cit.*, ss. 311—312; Kohlrausch-Lange: *op. cit.*, s. 529; C. Soltmann: *Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB, Strafrechtliche Abhandlungen*, Breslau 1934, z. 349, s. 61.

⁴⁶ Przeciwnie stanowisko zajmuje judykatura szwajcarska, wbrew poglądom części doktryny (patrz — Schwander: *Über Gewahrsam und Mitgewahrsam...*, s. 88 wraz z przypisem 8).

⁴⁷ Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 233; Gutekunst (*Zagarnięcie...*, s. 67) podkreśla, że ustanowienie władztwa warunkuje trwałość stosunku faktycznego. Pogląd ten nie wydaje się słuszny, ponieważ decyduje w takich przypadkach nie okoliczność czasu trwania władania, lecz rzeczywista wola władania. W ten sposób należy rozumieć uzyskanie władztwa przez złodzieja, którego złapano na gorącym uczynku, jak i wówczas, gdy sprawca bezpośrednio po zabranii rzeczy obdarowuje inną osobę, chociażby od początku chciał zabrać w celu obdarowania i stąd swoje władztwo nie obliczał na dłuższe trwanie. Patrz na ten temat Peiper: *op. cit.*, s. 541; co do literatury niemieckiej patrz: Welzel: *Gewahrsamsbegriff...*, s. 259; Jagusch: *op. cit.*, s. 310.

⁴⁸ Patrz U. Börm: *Entwendungen in Selbstbedienungsläden*, Hamburg 1963. s. 90.

że sprawca od razu „włącza” rzeczy przy pomocy własnej woli do swojego władztwa i dlatego objawia się jako dysponent tych rzeczy, wypierając szersze władztwo przestrzenne, przysługujące dzierżycielowi władztwa nad towarami w sklepie.⁴⁹ Warto podkreślić, że dla istoty kradzieży nie ma znaczenia potajemność działania sprawcy; fakt sprawnie funkcjonującego systemu obserwacji daje okradzionemu jedynie możliwość odzyskania utraconego władztwa nad danym przedmiotem. Rozstrzygnięcia w kwestii uzyskania lub utraty władztwa przesądzają zagadnienie, czy jest to kradzież, przywłaszczenie lub oszustwo popełnione na szkodę „samu”; fakt zaboru z cudzego władztwa przesądzać będzie o ocenie postępków sprawcy — wedle polskiego prawa — jako kradzieży.⁵⁰

Towary w automatach, tak samo jak wrzucone do automatu pieniądze, znajdują się we władztwie osoby, która automat utrzymuje; zabór tego rodzaju towaru lub pieniędzy stanowi przeto kradzież; popełnić ją może również posiadacz lokalu, w którym automat jest wystawiony. Przeciwno kwalifikacji prawnej czynu z art. 264 k.k. jako oszustwa przemawia brak czynnika „wprowadzenia w błąd innej osoby”.

Nie jest pozbawiony władztwa nad wyciekającymi kroplami płynu z naczynia ten, kto włada naczyniem z tym płynem; jest zaborem wyciekającego płynu, będącego „mieniem”, ujmowanie wspomnianych kropli w inne naczynie przez niepowołanego. Traci się władztwo nad kroplami cieczy wsiąkającymi w ziemię, a także nad ciałem ulatniającym się, ponieważ następuje to bez udziału innego człowieka i wynika z właściwości danej rzeczy.

Pojęcie zaboru

Władztwo nad rzeczą określonej osoby zostaje unicestwione między innymi przez akt zaboru. Pojęcie zaboru nie zostało dotychczas jasno

⁴⁹ Welzel: *Gewahrsambegriff...*, s. 259; Börm: *op. cit.*, s. 61 i n. A. Wimmer (*Diebstahl mittels Verbergens*, „*Neue Juristische Wochenschrift*”, 1962, z. 14, ss. 609—614) pisze, że w wypadku zaboru rzeczy w celu przywłaszczenia w cudzym obrębie władztwa przez włączenie ich do własnego fizycznego zakresu władania (*Körperbereich*) zostaje dokonana kradzież, ponieważ następuje ustanowienie władztwa złodzieja; jest to tzw. *Gewahrsamsexklave*. Odnieść to należy również do wypadku, kiedy klient w sklepie samoobsługowym wkłada towary do własnej teczki lub, jeżeli wkłada on np. sweter pod własne palto, aby ukryć „cudzość” przedmiotu. Nie podziela tego poglądu Mayer: *op. cit.*, s. 620.

⁵⁰ Stanowisko tego rodzaju zajmuje judykatura austriacka i NRF. Wiedeński Sąd Najwyższy (w wyroku z 23 IX 1966 r., „*Juristische Blätter*”, 1967, z. 3—4, s. 93) uznał za winnego kradzieży klienta „samu”, który nie ujawnił przy kasie wszystkich towarów zabranych z miejsca wystawienia. Podobnie Bundesgerichtshof w wyroku z 13 IV 1962 r. („*Juristenzeitung*”, 1962, z. 20, s. 638) uznał sprawcę zaboru przedmiotów w „samie” bez uiszczenia opłaty winnym kradzieży, a nie oszustwa, jak domagała się rewizja prokuratorska.

określone⁵¹, ponieważ, jak twierdzi K. Engisch, pojęcie to czerpie swoje uzasadnienie z codziennego doświadczenia.⁵² Polskie prawo i orzecznictwo przez zabór określa działanie polegające na wyjęciu mienia spod władztwa osoby władającej mieniem i przeniesienia tego mienia we władztwo sprawcy zaboru.⁵³ Podobnie w piśmiennictwie niemieckim zabór to złamanie (*Bruch*) cudzego władztwa (*Gewahrsam*) nad rzeczą i ustanowienie (*Begründung*) własnego, nowego władztwa sprawcy.⁵⁴

Zabór cudzego mienia może mieć dwie różne formy, mianowicie, może być dokonany jawnie lub tajnie. Prawo radzieckie, które przyjmuje ten podział, określa jawność jako „widoczny dla osoby rozporządzającej mieniem lub władającej nim zabór tegoż w jej obecności”; zabór tajny ma miejsce wówczas, gdy dokonano go w sposób niewidoczny dla osoby rozporządzającej lub władającej mieniem.⁵⁵ Polskie ustawodawstwo i orzecznictwo nie przyjęło tego podziału, będącego reminiscencją rzymskiego *furtum*, które dzielono na *furtum manifestum* i *furtum nec manifestum*. Nie przeczy to braniu w rachubę tego sposobu zaboru w zespole całokształtu okoliczności zachowania się sprawcy przy wymiarze kary (art. 54 k.k., art. 50 nowego k.k.). Problem ten będzie mieć znaczenie wobec projektowanych rozwiązań w przyszłym kodeksie karnym. Nowy kodeks karny z r. 1968 ustanawia bowiem odrębne prze-

⁵¹ Pogląd ten podziela E. Garçon: *Code pénal annoté*, Paris 1956, s. 571; C. Berr: *Aspects actuels de la notion de soustraction frauduleuse*, „Revue de science criminelle et de droit pénal comparé”, 1967, z. 1, s. 49; Nöldeke: *op. cit.*, s. 16; Mayer: *op. cit.*, s. 617.

⁵² Por. K. Engisch: *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg 1950, s. 19. Uważa on m. in., że pojęcie zaboru, tak jak np. pojęcie dziecka, opiera się na codziennym doświadczeniu.

⁵³ Por. Śliwiński: *op. cit.*, s. 239; Markiewicz: *op. cit.*, s. 586; Siewierski: *op. cit.*, s. 347, teza 10; Sąd Najwyższy w wyroku z 24 IX 1932 r., Zb. OSN 1932, poz. 215.

⁵⁴ Por. Maurach: *op. cit.*, 1964, s. 1194; Jagusch: *op. cit.*, s. 329; Frank: *op. cit.*, ss. 515—516; Binding: *Lehrbuch...*, s. 291; Rittler: *op. cit.*, s. 131; Schwander: *op. cit.*, s. 326. Jurysprudencja francuska nie wypracowała jasnego pojęcia zaboru. Garçon (*op. cit.*, s. 575, teza 48) określa zabór (*soustraction*) jako uzurpację *invito domino* rzeczywistego posiadania w jego współrzędnych elementach: *corpus* i *animus*. Nauka radziecka definiuje pojęcie zaboru (*chiszczenije*) jako bezprawne wyjęcie cudzego mienia przez sprawcę spod władztwa innej osoby i przejęcie tegoż mienia we własne władztwo. Por. Nikiforow: *op. cit.*, s. 64; cyt. wyd. *Ugolownoje prawo...*, s. 263. Wedle piśmiennictwa włoskiego zabór polega na owładnięciu cudzą ruchomą rzeczą, którą sprawca zabiera z posiadania innego; realizacja zaboru następuje poprzez przejęcie posiadania (patrz: Manzini: *op. cit.*, ss. 145—146; Saltelli, di-Falco: *op. cit.*, s. 440).

⁵⁵ Por. W. Mienszagin, Z. Wyszynska: *Radzieckie prawo karne*, Warszawa 1953, s. 181; *Kommentarij k ugotownomu kodeksu RSFRR 1960*, pod red. M. Szargorodskiego i N. Bielajewa, Leningrad 1962, s. 268.

stępstwo w przypadku, gdy sprawca popełnia kradzież w sposób szczególnie zuchwały⁵⁶ lub z włamaniem⁵⁷ (art. 214 nowego k.k.). W wypadku zaś naruszenia władztwa przy zastosowaniu odpowiedniej groźby lub aktu przemocy zachowanie się sprawcy ulega ocenie karno-prawnej na podstawie normy art. 258 k.k.

Do spornych należy kwestia, czy możliwy jest zabór przez zaniechanie. J. Paygert⁵⁸ uważa, że „zasadniczo każda zbrodnia przez zaniechanie popełnioną być może, gdy stosunki faktyczne tak się ułożą, że w zaniechaniu będziemy mogli znaleźć warunek zaistnienia zdarzenia stanowiącego istotę przestępstwa”. Według tego autora, służący, który w czasie sprzątania pokoju swego chlebodawcy znalazł tegoż pieniądze na podłodze, schował je do kieszeni, by zwrócić je po jego powrocie do domu — następnie jednak rozmyślił się i postanowił pieniędzy nie zwrócić, przetrzymywał je przy sobie i zaniechał oddania ich panu — popełnił niewątpliwie kradzież przez zaniechanie.⁵⁹ Przeważa jednak pogląd przeciwny. L. Peiper⁶⁰ twierdzi, że zabór jest bezprawnym pozytywnym działaniem, poprzez które sprawca zmienia dotychczasowy stan władztwa nad rzeczą. J. Makarewicz⁶¹ wyraża pogląd, że „zabór polega na użyciu pewnej siły fizycznej dla przełamania oporu stawianego przez jakąś przeszkodę”. Tą przeszkodą mogą być rzeczy lub zjawiska istniejące między sprawcą zaboru a przedmiotem wykonawczym. Przełamanie przeszkód — w zależności od ich natury — wymaga różnego nasilenia energii osoby zabierającej mienie. Również W. Gutekunst⁶² wypowiada się zdecydowanie, iż zabór możliwy jest tylko przez działanie czynne. Zabór jest czynnością składającą się z ruchów fizycznych, które jednocześnie urzeczywistniają wyjęcie mienia z władztwa osoby władającej mieniem i przeniesienie tego mienia we władztwo sprawcy zaboru. Takim poglądom daje wyraz doktryna niemiecka. H. Welzel⁶³ i E. Mezger⁶⁴

⁵⁶ Por. Uchwałę Sądu Najwyższego z 10 X 1966 r., Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Karnej i Wojskowej, 1967, z. 2, poz. 13 omówione przez H. Rajzmana w *Przeglądzie orzecznictwa SN*, „Nowe Prawo”, 1967, z. 11, s. 842.

⁵⁷ W kwestii istoty kradzieży z włamaniem patrz pogłębione rozważania Z. Bożyczki: *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny i orzecznictwa sądów polskich*, „Nowe Prawo”, 1967, z. 7—8, ss. 909—917.

⁵⁸ J. Paygert: *Zbrodnicze zaniechanie, Studium z prawa karnego*, Lwów 1905, s. 391.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 395.

⁶⁰ Peiper: *op. cit.*, s. 541.

⁶¹ Makarewicz: *op. cit.*, s. 586.

⁶² Gutekunst: *Zagarnięcie...*, s. 56.

⁶³ Welzel: *Deutsches Strafrecht*, s. 310.

⁶⁴ Mezger: *op. cit.*, s. 123. Termin *Betätigung* oznacza, wedle tegoż autora, w kontekście wywodu zachowanie się czynne, działanie, a nie bierną postawę. Uwagę tę odnieść trzeba także do H. Welzela.

piszą: „*Der Diebstahl ist Betätigung der Zueignungsabsicht durch Wegnahme.*” Podobne stanowisko, jak się wydaje, zajmuje A. Kaufmann⁶⁵ i C. Roxin.⁶⁶ Ten ostatni uważa, że sprawstwo przez zaniechanie jest w tym przypadku niemożliwe ze względu na brak samodzielnego stanu faktycznego zaniechania. Analogiczne stanowisko zajmuje nauka radziecka: „Obiektywna strona przestępstwa przeciwko indywidualnej własności charakteryzuje się popełnieniem aktywnych czynności. Drogą zaniechania (*biezdiejstwije*) w poszczególnych przypadkach można tylko zniszczyć lub uszkodzić mienie indywidualne obywateli”.⁶⁷

Charakterystyczną cechą zaboru jest utrata władztwa przez osobę dotychczas sprawującą je nad danym mieniem.⁶⁸ Pozbawienie określonej osoby władztwa nad rzeczą nie stanowi jeszcze zaboru tej rzeczy, ponieważ o zabórze można mówić wówczas, gdy ustanowione zostanie nowe władztwo. Wedle W. Gutekusta⁶⁹ wypuszczenie ptaka z klatki, znajdującej się w domu właściciela, jest jedynie unicestwieniem władztwa tegoż nad ptakiem, ale nie może być traktowane jako zabór ptaka. Stanowisko to nie wydaje się przekonujące, ponieważ odrzucenie kwalifikacji czynu jako kradzieży należy uzasadnić nie brakiem zaboru, lecz tym, iż zabór nie został podjęty w celu przywłaszczenia.

Warto jeszcze zaznaczyć, że działanie sprawcy zaboru jest bezprawne, co zresztą wynika z jego istoty. Bezprawność zaboru cudzego mienia, zgodnie z wymogami ustawy, ma wówczas miejsce, gdy był on przedsięwzięty w „celu przywłaszczenia” tegoż mienia. Ogół składników konstytutywnych zaboru, zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, wystarczająco wskazuje, że ma on charakter bezprawia. Bezprawność zaboru polega na zabraniu mienia przez sprawcę bez żadnej do tego podstawy i bez zgody właściciela lub osoby uprawnionej do sprawowania władztwa nad mieniem.⁷⁰ Zbędne jest tedy podkreślanie w dyspozycji przestępstwa

⁶⁵ A. Kaufmann: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Bonn 1959, s. 319.

⁶⁶ C. Roxin: *Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht*, „Juristenzeitung”, 1966, z. 9, przypis 46.

⁶⁷ Patrz cyt. wydawnictwo *Ugolownoje prawo, Czast' osobiennaja...*, s. 256.

⁶⁸ Por. Makowski: *op. cit.*, s. 768; Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 238.

⁶⁹ Chybiński, Gutekunst, Świda: *op. cit.*, s. 111. Przykład z ptakiem podaje także literatura niemiecka, m. in. E. Mezger, dla ilustracji wykładni pojęcia *wegnehmen*, które — zdaniem tego autora — wskazuje z jednej strony na oddalenie (*Entfernen-weg*), z drugiej zaś — na doprowadzenie (*Zuführen-nehmen*). Pogląd ten jest odosobniony. Por. Nöldeke: *op. cit.*, s. 76.

⁷⁰ Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 241; Makowski: *op. cit.*, s. 764; Siewierski: *op. cit.*, s. 348.

kradzieży, że zabór ma nastąpić bez „zgody posiadacza” lub że działaniu sprawcy ma przyświecać cel „bezprawnego przywłaszczenia”.⁷¹

Wyrażenie zgody na zabór, jak się powszechnie uważa, wyłącza przepiętność czynu.⁷² Należy jednak rozważyć, czy istotnie zgoda uprawnionego wyłącza bezprawność czynu lub sam „zabór”. Wydaje się, że zgoda, która jest wyrazem zaniechania woli władztwa, a więc usuwa dalsze jego trwanie, wyłącza możliwość zaistnienia zaboru. Teza ta łączy się z poprzednimi wywodami dotyczącymi kwestii istoty władztwa leżącego u podstaw pojęcia „zaboru”. Władztwo to można naruszyć wbrew lub bez woli uprawnionego. Na przykład nie można mówić o zaborze — jak się wydaje — kiedy *A* daje książkę *B* do odniesienia z odpowiednią kartką położoną na niej i *B* potem, zgodnie z umową, podczas nieobecności *A* wynosi książkę z mieszkania *A*; bierze ją wprawdzie ze stołu, na którym ona leży dla niego przygotowana, lecz jej nie zabiera. Podobnie jest, jeśli chodzi o sytuację, kiedy klientka „samu” pakuje do swej torby towary obliczone już przez ekspedientkę. Wobec przyjęcia, że norma art. 257 k.k. chroni zarówno własność, jak i władztwo, konsekwentnie należy żądać, by zgoda uprawnionego rozciągnęła się zarówno na utratę rzeczy, jak i na akt zaboru. Bowiem, jeżeli ktoś jest zdecydowany, aby swojemu przyjacielowi podarować książkę, to nie znaczy, że godzi się on również, aby przyjaciel wziął ją bez jego wiedzy. Byłoby zbyteczne podkreślenie, że zgoda lub jej brak w tym przypadku ma znaczenie, jeżeli nie nastąpiła po zabraniu mienia i pochodzi od osoby uprawnionej do dysponowania danym mieniem.⁷³ Co do kwestii wyrażenia tej

⁷¹ Według ustawodawstw niektórych krajów jednym z warunków zaistnienia zaboru jest zabranie cudzej własności „bez zgody posiadacza”. Do nich należy np. k.k. Norwegii z r. 1902 (§ 257), k.k. Turcji z r. 1926 (§ 491), k.k. Danii z r. 1930 (§ 276), k.k. Bułgarii z r. 1968 (art. 194), k.k. Meksyku z r. 1871 (art. 368), ustawa karna Austrii z r. 1852 (§ 171), ustawa kryminalna dla Grenlandii z r. 1954 (§ 72). Według innych ustawodawstw musi to być działanie w celu „bezprawnego przywłaszczenia”. Znajdujemy taki warunek w k.k. Grecji z r. 1950 (art. 372), w k.k. Argentyny z r. 1921 (art. 162), w k.k. Rumunii z r. 1936 (art. 524), w k.k. Holandii z r. 1881 (art. 310), w k.k. niemieckim z r. 1871 (§ 242), w k.k. NRD z r. 1968 (§ 177). Zwrócić należy uwagę, że branie pod uwagę „zgody właściciela” przy określaniu przestępstwa kradzieży miało miejsce również w początkowym etapie prac w Polsce nad k.k. z r. 1932. Takie ujęcie zakwestionował słusznie M. Siewierski jako zbędne, nie wyczerpujące pojęcia bezprawności (patrz *Opinie o projekcie kodeksu karnego*, Warszawa 1931, z. 5, s. 5).

⁷² Glaser, Mogilnicki: *op. cit.*, s. 881; Gutekunst: *Zagarnięcie...*, s. 69. W literaturze niemieckiej powszechnie uważa się, że zabór znajduje się w ostrym przeciwieństwie do dania zezwolenia (*geben lassen*). Por. Frank: *op. cit.*, s. 516; nie inaczej literatura belgijska: Charles: *op. cit.*, s. 54.

⁷³ Por. W. Wolter: *Prawo karne, Część ogólna*, Warszawa 1947, ss. 213—214; Sliwiński: *Prawo karne...*, s. 176 i n. Tenże autor zwraca uwagę, że w przypadku zgody osoby, która nie ma prawa do dysponowania rzeczą, trudno mówić

woli i jej znaczenia należy odwołać się do odpowiednich norm prawa cywilnego (m. in. art. 60 k.c.). Na przykład wręczenie rzeczy do obejrzenia nie jest jeszcze zgodą na jej zabranie. Uzyskanie zgody na zabranie rzeczy, wyrażone na przykład przez chorego psychicznie lub dziecko, albo zaniechanie przeszkodzenia zabraniu lub jego znoszenie nie wyłącza zaboru.⁷⁴ Faktu uzyskania zgody na zabranie rzeczy za pomocą podstępnie nie można traktować jako zaboru, a więc i jako kradzieży, ale należy uważać za oszustwo (art. 264 k.k), ponieważ sprawca wskutek wprowadzenia w błąd właściciela uzyskał przekazanie mu rzeczy. Wydaje się, że przy zaborze wola sprawcy musi być skierowana na opanowanie mienia, natomiast wola ofiary jest bierna, przy oszustwie zaś wola ofiary jest czynna. W wypadku, kiedy zgoda wymuszona została przymusową lub groźbą (*coacta voluntas est etiam voluntas*), można mówić o zaistnieniu „zaboru”.

Ponadto należy poruszyć kwestię kryteriów ustalenia momentu dokonania zaboru. W odniesieniu do tego zagadnienia nauka wypracowała kilka teorii.⁷⁵ W literaturze i orzecznictwie polskim przyjęto teorię zawładnięcia (*Aprehensionstheorie*), według której kradzież jest dokonana z chwilą objęcia przedmiotu wykonawczego we władztwo sprawcy.⁷⁶ A więc zabór jest dokonany wówczas, kiedy następuje unicestwienie władztwa dotychczasowego posiadacza i ustanowienie władztwa nad rzeczą przez sprawcę. Nie posiada znaczenia dla stwierdzenia dokonania zaboru, czy sprawca ma możliwość trwałego wykonywania władztwa nad zabraną rzeczą, a także, czy był podczas zaboru obserwowany.

o uchyleniu bezprawności działania, raczej należy przyjąć, że zabierający w dobrej wierze nie będzie odpowiadał z braku winy. Z literatury obcej por. Charles: *op. cit.*, s. 55; Schönke, Schröder: *op. cit.*, s. 1090; Maurach: *op. cit.*, s. 203.

⁷⁴ Por. np. Binding: *op. cit.*, s. 291; Schönke, Schröder: *op. cit.*, s. 1209.

⁷⁵ Znanie są nauce prawa cztery teorie: a) teoria dotknięcia (*Kontrektationstheorie*), według której zabór jest dokonany z chwilą uchwycenia przedmiotu czynu; b) teoria uniesienia (*Ablationstheorie*), wedle której dokonany jest zabór, gdy sprawca wyniósł przedmiot czynu ze sfery władztwa osoby pokrzywdzonej; c) teoria wniesienia (*Illationstheorie*) uważa za dokonany zabór wówczas, gdy sprawca zdołał wnieść przedmiot czynu w obręb swej sfery władztwa; d) teoria zawładnięcia (*Aprehensionstheorie*) — omówiona wyżej.

⁷⁶ E. Krzymuski: *Wykład prawa karnego*, t. II, Kraków 1911, s. 90; Słowiński: *Prawo karne...*, ss. 239—240; Chybiński, Gutekunst, Świda: *op. cit.*, ss. 111—112. Stanowisko to przyjmuje z pewnymi zastrzeżeniami nauka prawa innych państw, por. Maurach: *op. cit.*, s. 197; E. Beling: *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen 1930, s. 83; Rittler: *op. cit.*, s. 131; Schwander: *op. cit.*, s. 326; Charles: *op. cit.*, s. 109.

РЕЗЮМЕ

Настоящая статья посвящена рассмотрению понятия „хищение” как основного элемента преступления кражи. Этот анализ вызван необходимостью разграничения кражи от других преступлений (присвоение, обман, уничтожение имущества и т.д.). Необходимость рассмотрения этого понятия отчетливо видна на фоне решений, принятых в области преступлений против имущества в новом Уголовном кодексе ПНР 1969 г.

Автор выступает против встречаемого в польской юридической литературе взгляда, что приведение к общему знаменателю кражи и присвоения (что имело место в проектах Уголовного кодекса от 1963 и 1968 гг.), отнимает практическое значение у споров относительно того, какие признаки кражи или присвоения — составляют фактическое, конкретное состояние. Суд обязан решительно высказать свое мнение о том, в чем обвиняется подсудимый — в краже или присвоении, т. к. польское право не предвидит альтернативных определений. Автор утверждает, что даже альтернативно построенная диспозиция, в которой предвидятся две версии определенного в ней поведения виновника преступления, не освобождает судью от решения следующего вопроса — какая из этих версий должна быть применена при квалификации преступления обвиняемого.

В следующей части работы автор проводит тщательный анализ понятия фактического владения, на котором опирается вся конструкция „хищения”. Автор выясняет также разницу между владением и фактическим владением. Кроме того, рассматриваются следующие вопросы: кто может осуществлять фактическое владение, а в особенности — может ли юридическое лицо также осуществлять фактическое владение; что решает об установлении фактического владения. Автор утверждает, что об установлении фактического владения решает внешнее фактическое состояние. Значительная часть статьи посвящена проблемам осуществления фактического владения другими лицами, находящимися в зависимости от правомочного лица. По мнению автора, лицо, которое осуществляет фактическое владение от имени какого-то лица и для этого лица внутри социального отношения зависимости, нарушая при этом это владение — совершает кражу.

В своей работе автор также затрагивает следующий спорный вопрос — возможно ли получение фактического владения в чужих пределах владения. Решение этого вопроса имеет значение для оценки поступка, заключающегося в покушении на чужую собственность в магазинах самообслуживания.

Свои рассуждения автор заканчивает определением понятия „захват“ и разбором других предпосылок, необходимых для его существования.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Abhandlung enthält Betrachtungen, die den Begriff der Wegnahme als eines Grundelementes des Diebstahls betreffen. Die Nützlichkeit einer solchen Analyse liegt darin, dass der Begriff der Wegnahme bei der Unterscheidung zwischen dem Diebstahl und anderen, verwandten Verbrechen (Unterschlagung, Betrug, Vermögensvernichtung u. a.) behilflich ist. Der Bedarf an solchen Betrachtungen geht auch aus den im Strafgesetzbuch von 1969 angenommenen Vorschriften über die Verbrechen gegen das Vermögen hervor.

Der Verfasser bekämpft die in der polnischen Fachliteratur vorkommende Auffassung, nach der das sozusagen „Gleichnamigmachen“ des Diebstahls und der Unterschlagung, das in den Gesetzentwürfen von 1963 und 1968 der Fall ist, den Streit darüber, ob ein Tatbestand Diebstahl oder Unterschlagung ist, jedes praktischen Sinnes beraubt wird. Das Gericht muss sich in jedem Falle darüber eindeutig aussprechen, ob der Angeklagte des Diebstahls oder der Unterschlagung schuldig ist, denn das polnische Recht sieht keine alternativen Feststellungen vor. Selbst wenn die Disposition alternativ konstruiert worden wäre, d.h. zwei Varianten des Verhaltens des Täters vorsähe, wäre doch der Richter nach der Meinung des Verfassers, nicht der Pflicht entbunden, festzustellen, welche der beiden Varianten auf die vollbrachte Straftat anzuwenden ist.

Dann führt der Verfasser eine eingehende Analyse des Begriffes des Gewahrsams durch, der die Grundlage des Begriffes der „Wegnahme“ bildet. Er erörtert auch den Unterschied zwischen dem Besitz und dem Gewahrsam. Ausserdem befasst er sich mit dem Problem, wer den Gewahrsam ausüben darf, insbesondere ob dieses Recht einer juristischen Person zusteht, und dann, was für das Entstehen des Gewahrsamsverhältnisses ausschlaggebend ist. Zu der letzteren Frage stellt der Verfasser fest, dass für das Entstehen des Gewahrsamsverhältnisses die tatsächliche Sachherrschaft ausschlaggebend ist.

Ziemlich viel Platz wird dem Problem der Gewahrsamsausübung durch andere, vom Gewahrsamsinhaber abhängige Personen gewidmet. Wenn eine Person, die im Namen einer anderen Person und für diese innerhalb eines besonderen Abhängigkeitsverhältnisses den Gewahrsam ausübt, gegen diesen Gewahrsam verstösst, begeht sie nach der Meinung des Verfassers einen Diebstahl.

Der Verfasser behandelt auch ein umstrittenes Problem, ob es möglich ist, einen Gewahrsam im Rahmen eines fremden Gewahrsams zu erlangen. Das Problem ist von besonderer Bedeutung für die Bewertung einer Straftat, die in einem Anschlag auf fremdes Eigentum in Selbstbedienungsläden besteht.

Abschliessend bestimmt der Verfasser den Begriff der Wegnahme und bespricht andere für ihr Vorhandensein nötigen Voraussetzungen.

