

Katarzyna Banasik

Kradzież w zamiarze ewentualnym (umyślność w austriackim prawie karnym)

Wprowadzenie

Prima facie tytuł może wydawać się absurdalny. Wydaje się wszak oczywiste, że nie jest możliwa kradzież w zamiarze ewentualnym. Takie ukształtowanie przestępstwa kradzieży jawi się wprost jako niewyobrażalne. Teza ta przyjmowana jest niemalże jak dogmat, nawet bez odwoływania się do brzmienia ustawy. Normatywny opis kradzieży w polskim kodeksie karnym potwierdza, że zaistnienie u sprawcy jedynie zamiaru ewentualnego wyklucza przyjęcie realizacji znamion typu kradzieży. Na gruncie polskiego prawa kradzież może zostać popełniona jedynie z zamiarem bezpośrednim, i to o szczególnym zabarwieniu. Złodziejowi musi towarzyszyć *dolus directus coloratus*, na co wskazuje brzmienie art. 278 § 1 k.k., a dokładniej znamię „w celu przywłaszczenia”. *Dolus directus coloratus* odnosi się wprawdzie jedynie do znamienia „zabiera”, jednak zamiarem bezpośrednim musi być objęta całość znamion przedmiotowych czynu¹.

¹ Por. np. P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3: *Komentarz do art. 278–363*, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 54–55; B. Michalski, [w:] A. Wąsek (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*.

Tymczasem odmienne, niekiedy nawet zaskakujące, rozwiązania można spotkać w prawie karnym innych państw, należących nie tylko do systemu prawa pisanego, tradycyjnie odróżnianego od systemu *common law*, ale również do tego samego obszaru prawnego, czyli Unii Europejskiej. Przykładem takiego odmiennego rozwiązania jest ustawowe ukształtowanie przestępstwa kradzieży (*Diebstahl*) w prawie karnym Austrii. Podstawowy typ kradzieży określony jest w § 127 StGB² (*Strafgesetzbuch* – kodeks karny). Zgodnie z tym przepisem, kto zabiera komuś innemu cudzą rzecz ruchomą z zamiarem bezprawnego wzbogacenia siebie lub kogoś trzeciego poprzez jej przywłaszczenie, podlega karze pozbawienia wolności aż do sześciu miesięcy albo karze grzywny aż do 360 stawek dziennych („*Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen mit dem Vorsatz wegnimmt, sich oder einen Dritten durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagesätzen zu bestrafen*”). Opis typu czynu zabronionego polegającego na kradzieży nie wskazuje wprost na formę zamiaru, z jakim sprawca ma działać. *Prima vista*, z uwagi na dosłowne brzmienie znamion z przedmiotowego przepisu uprawniona wydaje się teza, że sprawca kradzieży może działać w zamiarze ewentualnym. Potwierdzenie tej tezy wymaga uprzedniego zbadania problematyki zamiaru w austriackim prawie karnym.

Umyślność w austriackim prawie karnym

1. Usystematyzowanie zamiaru

W austriackiej nauce prawa karnego przez kilka ostatnich dziesięcioleci trwała dyskusja na temat, czy zamiar jest formą winy, czy subiektyw-

Część szczególna, t. 2: Komentarz do artykułów 222–316, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 923; M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 541; T. Bojarski [w:] *idem* (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 684.

² *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, BGBl 1974/60.

nym znamieniem czynu zabronionego. Wykształciły się w tej materii trzy ujęcia³.

Zgodnie z ujęciem klasycznym (*klassischer Verbrechensbegriff*), propagowanym w szczególności przez Theodora Rittlera, u podstaw przestępstwa leży obiektywna nauka o bezprawiu, wedle której wszystkie obiektywne elementy należą do bezprawia, a wszystkie subiektywne elementy wyłącznie do winy. Nie było znane pojęcie subiektywnych znamion czynu zabronionego. Zamiar popełnienia czynu zabronionego traktowany był jako forma winy⁴.

Neoklasyczne ujęcie przestępstwa (*neoklassischer Verbrechensbegriff*) bazowało na ujęciu klasycznym. Rozwój i modyfikacje ujęcia klasycznego doprowadziły do uznania subiektywnych znamion czynu zabronionego. W szczególności przy usiłowaniu włączano zamiar do typu czynu zabronionego. Poza tym pozostał on jednak centralnym elementem winy⁵.

Osobowe (podmiotowe) pojęcie przestępstwa (*personaler Verbrechensbegriff*) bazuje na wzmocnionej personalizacji, to jest subiektywizacji nauki o bezprawiu. Różni się ono od ujęcia neoklasycznego tym, że zamiar popełnienia czynu nie jest formą winy, lecz podmiotowym elementem bezprawia (*personales Unrechtselement*) i jako taki należy do typu czynu zabronionego. Adherenci tego ujęcia uznają, że bezprawie czynu jest wyciśnięte nie tylko przez skutek oraz zewnętrzny rodzaj i sposób zachowania, ale jest ono decydująco współokreślane przez „podmiotowe części składowe” zachowania⁶.

Spośród współczesnych wybitnych przedstawicieli austriackiej doktryny prawa karnego zamiar traktowany jest nadal jako forma winy jedynie przez Diethelma Kienapfela⁷. Powszechnie przyjęte jest osobowe

³ Zob. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, wyd. 13, Wien 2009, s. 97–98; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, wyd. 10, Wien 2010, s. 43; O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, wyd. 2, Springer-Verlag Wien 1984 i 1995, s. 90–91.

⁴ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, s. 97–98.

⁷ *Ibidem*, s. 93. W dawnej nauce pogląd taki reprezentował m.in. F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 20. Lieferung*, Wien 1984, Kommentar zu § 5, s. 84.

pojęcie przestępstwa⁸. Występuje jednak zgoda co do tego, że uplasowanie zamiaru jest kwestią czysto systemową i nie ma żadnego wpływu na rozstrzygnięcie we właściwych kwestiach merytorycznych, takich jak treść, rodzaje i granice zamiaru⁹. Oba ujęcia obowiązują jako równorzędne¹⁰.

Judykatura pozostawia otwartą kwestię dogmatycznego przyporządkowania zamiaru i mówi najczęściej o subiektywnej (*subjektive Tatseite*) lub wewnętrznej stronie czynu (*innere Tatseite*)¹¹. Austriacki Sąd Najwyższy (*Oberster Gerichtshof*) nie prezentuje jednolitego stanowiska. W jednych orzeczeniach potraktował zamiar jako formę winy (*Schuldform*)¹², w innych jako subiektywne znamię typu czynu zabronionego¹³. Ostatecznie wywiódł, że oba ujęcia są równorzędne¹⁴.

Budowa zamiaru

Samo pojęcie i budowa zamiaru popełnienia czynu zabronionego (*Tatvorsatz*) postrzegane są w nauce austriackiej tak samo jak w polskiej. Istota zamiaru (*Vorsatz*) polega na wiedzy (*Wissen*) i woli (*Wollen*) obiektywnych znamion, należących do ustawowego typu czynu (*Tatbild*)¹⁵. Krótko mówi się, że „zamiar jest to wiedza i wola urzeczywistnienia typu czynu zabronionego” (*„Vorsatz ist das Wissen und*

⁸ Tak m.in.: E. Steininger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt*, Wien 2008, s. 129; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis*, Band 1, 3. Lieferung, Kommentar zu § 5, s. 11; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 90; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien 1999, s. 25; S. Seiler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien 2007, s. 60.

⁹ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 98. Podobnie E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, wyd. 6, Wien 1997, s. 38; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 43.

¹⁰ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 98.

¹¹ Zob. np. EvBl (Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen der ÖJZ) 1997/43.

¹² Zob. np. EvBl 1976/97; EvBl 1982/88; EvBl 1987/183.

¹³ Zob. np. EvBl 1988/121; EvBl 1998/80; EvBl 2003/140.

¹⁴ Zob. SSt (Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen) 2006/20 = RZ (Österreichische Richterzeitung) 2007/3.

¹⁵ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 37.

Wollen der Tatbildverwirklichung)¹⁶ albo „chcenie niesione przez wiedzę” („*das vom Wissen getragene Wollen*”)¹⁷. To ostatnie określenie akcentuje, że nie chodzi tu o dwa równowartościowe, psychologicznie możliwe do rozdzielenia komponenty. Przeciwwstawienie wiedzy i woli jest jedynie natury pojęciowej. Oba te elementy są ze sobą bardzo ściśle związane. Z powołaniem na dorobek nauki niemieckiej mówi się, że zamiar to „chcenie opanowane przez wiedzę” („*vom Wissen beherrschtes Wollen*”)¹⁸. W literaturze pojawiła się też krótka formuła definicyjna, wedle której zamiar oznacza „urzeczywistnienie planu” („*Planverwirklichung*”)¹⁹. Zamiar składa się zatem z dwóch komponentów²⁰. Wiedza jest intelektualnym elementem zamiaru (*intellektuelles Vorsatzelement*), a wola elementem woluntatywnym (*voluntatives Vorsatzelement*²¹), zwanym także elementem emocjonalnym (*emotionales Element*)²². Oba te komponenty mają zróżnicowaną intensywność, w zależności od rodzaju zamiaru²³. Wiedza i wola realizacji czynu zabronionego są zatem stopniowalne²⁴. Przepis § 5 ust. 1 półzdanie 1. StGB wymienia wyraźnie tylko komponent wolicjonalny. W literaturze podkreśla się, że komponent intelektualny jest w nim nieroz-

¹⁶ O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, wyd. 3, Eisenstadt 1992, s. 97; H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, wyd. 7, Springer, Wien–NewYork 2008, s. 116; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 25.

¹⁷ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116.

¹⁸ Tak K. Schmoller, *Das voluntative Vorsatzelement*, *ÖJZ* (Österreichische Juristenzeitung) 1982, s. 261.

¹⁹ Tak: E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129.

²⁰ S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 61; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 93; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 58. Lieferung, Wien 2005, Komentarz zu § 5, s. 4.

²¹ Szerzej na temat elementu woluntatywnego zob. K. Schmoller, *Das voluntative...*, *op. cit.*, s. 259 i n.

²² H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 61; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 97; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 4–5; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 25–26; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42.

²³ Zob. np. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129; H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116.

²⁴ O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 98.

łącznie zawarty, ponieważ „to, co jest chciane, musi zawsze być wyobrażone” („*Was gewollt ist, muss immer vorgestellt sein*”)²⁵. Każde utworzenie woli jest nierozdzielnie połączone z odpowiednią wiedzą. Nie istnieje zatem „nieświadome chcenie”²⁶. Komponent intelektualny dotyczy wyobrażenia zdarzenia (*Vorstellung vom Geschehen*). Element intelektualny obejmuje znajomość wszystkich okoliczności czynu, które uzasadniają we wszystkich elementach „zewnętrzny” typ czynu. „Zewnętrzny” i „wewnętrzny” typ czynu muszą sobie o tyle odpowiadać²⁷. Komponent intelektualny jest fundamentem i punktem wyjścia dla komponentu woluntatywnego²⁸.

W przypadku laików nie jest wymagane, aby rozpoznawali normatywne znamiona czynu. W orzecznictwie i w piśmiennictwie zaznacza się, że w sferze laików wystarczy ocena równoległa (*Parallelwertung in der Laiensphäre*), to znaczy oszacowanie równe ocenie ustawodawcy²⁹. Zdolność do zawinienia (*Schuldfähigkeit*) nie jest przesłanką powstania zamiaru³⁰. Bezsporne jest, że zamiar musi rozciągać się na wszystkie obiektywne znamiona typu czynu zabronionego³¹. Zamiar jest subiektywnym odbiciem, to znaczy „obrazem lustrzanym” („*Spiegelbild*”) wszystkich obiektywnych znamion typu czynu zabronionego³². Oczywiście jest, że zamiar musi zawsze występować w czasie czynu³³. Inny mi słowy, zamiar jako „podstawa urzeczywistnienia planu” musi pod

²⁵ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 42; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, op. cit., s. 97; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 38; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 93.

²⁶ E. Steininger, *Strafrecht...*, op. cit., s. 129.

²⁷ H. Fuchs, *Österreichisches...*, op. cit., s. 116.

²⁸ E. Steininger, *Strafrecht...*, op. cit., s. 129.

²⁹ EvBl 1988/104; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 43; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 38; S. Seiler, *Strafrecht...*, op. cit., s. 70–71; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 93; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, op. cit., s. 26.

³⁰ S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, op. cit., s. 5.

³¹ Zob. np. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 93; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 42.

³² O. Triffterer, *Österreichisches...*, op. cit., s. 94. Por. E. Steininger, *Strafrecht...*, op. cit., s. 131–132; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, op. cit., s. 13.

³³ Zob. np. S. Seiler, *Strafrecht...*, op. cit., s. 60; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, op. cit., s. 27; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 42.

względem temporalnym wystąpić przy wykonaniu czynu³⁴. W tym sensie mówi się, że „zamiar niesie czynność”³⁵. *Ergo, dolus antecedens* (zamiar uprzedni; zamiar wcześniejszy; zamiar powstały wcześniej, ale w czasie czynu już nie istniejący)³⁶ i *dolus superveniens* (zamiar następczy; zamiar późniejszy; zamiar powstały już po dokonaniu czynu, zwany również *dolus subsequens*³⁷)³⁸ są prawnie irrelevantne³⁹.

3. Rodzaje zamiaru

a) Ustawowe formy zamiaru

Legalna definicja umyślnego działania zawarta jest w § 5 StGB. Zgodnie z § 5 ust. 1 StGB, umyślnie działa ten, kto chce urzeczywistnić pewien stan faktyczny, który odpowiada ustawowemu typowi czynu zabronionego; wystarczy przy tym, że sprawca to urzeczywistnienie poważnie traktuje za możliwe i godzi się z tym („*Vorsätzlich handelt*,

³⁴ Tak E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 139.

³⁵ *Ibidem*, s. 140.

³⁶ Przykład: Y jest zasadniczo zdecydowany utopić swoją żonę w czasie urlopu. Jeszcze przed wyjazdem, podczas czyszczenia broni przez nieuwagę oddał strzał, który spowodował śmierć żony. Y dopuścił się nieumyślnego spowodowania śmierci. S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 9.

³⁷ Znana łacińska formuła głosi: „*Dolus subsequens non nocet*”. Zgodnie z inną systematyką *dolus subsequens* to zamiar powstały później, a *dolus superveniens* to – tak samo jak *dolus antecedens* – zamiar w czasie czynu już nie istniejący. Zob. E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 27.

³⁸ Przykład: Y wcale nie chce zabić swojej żony, ale podczas czyszczenia broni przypadkowo oddaje strzał i przez to powoduje śmierć małżonki. Już po czynie Y jest zadowolony z tego, co się stało. Później powzięty zamiar nie może uzasadniać odpowiedzialności karnej. S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 9.

³⁹ Por. F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 99; H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 122–123; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 140; Ch. Mayerhofer, *Das österreichische Strafrecht. Erster Teil. Strafgesetzbuch*, wyd. 6, Wien 2009, s. 67; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 38; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 9; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 60; E. Fabrizio, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 160.

wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet”). Dla przyjęcia umyślności wystarczy zatem zaistnienie zamiaru ewentualnego, chyba że ustawa bliżej precyzuje wymagany rodzaj zamiaru⁴⁰. W większości tych przypadków szczególna forma zamiaru wymagana jest nie dla wszystkich znamion typu czynu, lecz tylko dla niektórych, a odnośnie do tych pozostałych znamion wystarczy zamiar ewentualny⁴¹.

We współczesnej doktrynie austriackiej zdecydowanie dominuje stanowisko wyróżniające trzy formy zamiaru, to jest: zamiar ewentualny, zamiar bezpośredni i zamiar specjalny⁴². Powszechnie odrzuca się ujęcie propagujące jeszcze jedną formę, to jest zamiar normalny, bezwarunkowy (*der normale, unbedingte Vorsatz*), mający polegać na zwykłej wiedzy i woli realizacji czynu zabronionego, a według stopnia intensywności sytuowany pomiędzy zamiarem ewentualnym i zamiarem bezpośrednim (określonym w tym ujęciu jako *Wissentlichkeit*). Zakorzeniony w tradycyjnej nauce *unbedingter Vorsatz* określany bywa również jako *direkter Vorsatz, einfacher Vorsatz* lub *dolus directus* i we współczesnej nauce prawa karnego wchodzi on w zakres zamiaru bezpośredniego⁴³.

Warto wspomnieć, że na gruncie dawnej austriackiej ustawy karnej istniał również *dolus indirectus* (zamiar pośredni), będący formą winy. Obok niego stał *dolus directus*. Obecny austriacki kodeks karny nie zna zamiaru pośredniego. W tym sensie wszystkie rodzaje zamia-

⁴⁰ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 127; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 65.

⁴¹ Tak H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 117.

⁴² Zob. np. E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 38–40; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 27; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 93; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 64 i n.; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 10. Dawniej tak m.in.: F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 87; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 98.

⁴³ Szerzej zob. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 144–145; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 32–33 (autor stwierdził jednak, że rozszerzenie katalogu o zamiar bezwarunkowy jest sensowne). i s. 50–52. Cztery formy zamiaru przyjął O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 171–176.

ru są przypadkami *dolus directus*⁴⁴. Takie wypowiedzi można spotkać również w najnowszej literaturze⁴⁵. W niniejszym sensie termin „*dolus directus*” jest pojęciem ogólnym (zbiorczym, nadrzędnym), mającym historyczne uzasadnienie⁴⁶. Dla uzyskania przejrzystości terminologicznej i jasności wyводу trzeba zaznaczyć, że aktualnie – wedle zdecydowanie dominującego ujęcia – termin ten oznacza tylko jeden rodzaj zamiaru, odpowiadający pojęciu „*Wissentlichkeit*”. W takim znaczeniu termin ten będzie stosowany w niniejszym tekście.

b) *Dolus eventualis*

Zamiar ewentualny (*Eventualvorsatz, dolus eventualis*) rozumiany jest identycznie jak na gruncie polskiego kodeksu karnego. Wyraża on najmniejszy stopień ciężkości zamiaru, zarówno pod względem intelektualnym, jak i wolicjonalnym⁴⁷. Zgodnie z definicją ustawową, zawartą w § 5 ust. 1 półzdanie 2. StGB, z zamiarem ewentualnym działa ten, kto poważnie przyjmuje za możliwe, że urzeczywistnia on stan faktyczny, który odpowiada ustawowemu typowi czynu zabronionego, i godzi się z tym („*dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet*”). Przesłanką zaistnienia elementu wolicjonalnego jest element intelektualny, który musi zostać sprawdzony zawsze jako pierwszy⁴⁸.

Komponent intelektualny polega na „poważnym traktowaniu za możliwe”, co oznacza, że sprawca na gruncie konkretnych okoliczności poważnie liczy się z możliwością urzeczywistnienia znamion typu czynu zabronionego, a nie traktuje tej możliwości tylko jako dalece oddaloną⁴⁹. Sprawca musi rozpoznawać bezpośrednią czasową rele-

⁴⁴ O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 103.

⁴⁵ Zob. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 128.

⁴⁶ O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 103.

⁴⁷ E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 94.

⁴⁸ S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 65.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 64.

wantność niebezpieczeństwa naruszenia dobra prawnego, a zatem kwalifikować niebezpieczeństwo jako ostre lub konkretnie grożące. Znamię „poważnie” („*ernstlich*”) dotyczy prawdopodobieństwa urzeczywistnienia znamion typu. Chodzi tutaj o „stopień możliwości, jaki działający ma przed oczyma” („*Grad der Möglichkeit, den der Handelnde vor Augen hat*”). Ustawa nie określa wyznaczników stopnia prawdopodobieństwa. Nie da się go sformułować również matematycznie. Z pewnością wymagany jest tu wyraźnie wyższy stopień prawdopodobieństwa niż przy świadomej nieumyślności⁵⁰.

Komponent woluntatywny polega na „godzeniu się” (*das „Sich – Abfinden*”) ⁵¹. Pojęcie to interpretuje się najczęściej poprzez odwołanie do znanych w polskiej nauce prawa karnego koncepcji, to jest teorii ryzyka, teorii prawdopodobieństwa bądź teorii obojętności woli. Zamiar ewentualny występuje, gdy sprawca nie jest pewien, czy zrealizuje pewne znamię czynu, ale rozpoznaje i tak wysoko ocenia ryzyko, że możliwość urzeczywistnienia typu czynu widzi jako „blisko leżącą”, a mimo to decyduje się na czyn⁵². Godzenie się wymaga zaistnienia u sprawcy pewnej pozytywnej decyzji woli⁵³. Godzenie się jest wykluczone, gdy sprawca ma nadzieję, że określone znamię typu czynu nie zostanie zrealizowane, a więc zakłada on pewien emocjonalny „akt przeciwny” („*Gegenakt*”) ⁵⁴. Godzenie się oznacza, że sprawca wprawdzie nie dąży do nastąpienia skutku, ale myśli, że jeżeli on nastąpi, to „nie da się nic zrobić”. Świadoma obojętność (*bewusste Gleichgültigkeit*⁵⁵) sprawcy jest wskazówką dla przyjęcia godzenia się. Ponadto musi jeszcze dojść do „emocjonalnego przyjęcia” skutku, co nie oznacza jednak, że sprawca jednocześnie pochwała ten skutek⁵⁶. Sprawca

⁵⁰ E. Steining, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150–151.

⁵¹ *Ibidem*, s. 151.

⁵² E. Fabrizzo, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44–45; E. Steining, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150; Ch. Mayerhofer, *Das österreichische...*, *op. cit.*, s. 64; O. Leukauf, H. Steining, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 100.

⁵³ Por. E. Steining, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150 i 153; E. Steining, [w:] O. Triffler (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 46.

⁵⁴ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 129; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 27.

⁵⁵ W literaturze akcentuje się, że termin ten nie jest szczęśliwy, gdyż wyłącza rozstrzygającą decyzję woli (E. Steining, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 153).

⁵⁶ S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 65.

działający w zamiarze ewentualnym kalkuluje możliwość realizacji czynu zabronionego i mimo to działa, ostatecznie dlatego, ponieważ chce skutku, jeżeli już on nastąpi. Dlatego też zachodzi relacja woli pomiędzy jego zachowaniem a urzeczywistnieniem typu czynu zabronionego. Należy przyjąć, że ten, kto nie działa w zaufaniu, że „będzie dobry koniec; jakoś się ułoży”, godzi się na nastąpienie skutku⁵⁷.

W literaturze austriackiej, tak samo jak i w niemieckiej, dla określenia zamiaru ewentualnego tradycyjnie przyjęła się i jest powszechnie stosowana również nazwa „zamiar warunkowy” (*bedingter Vorsatz*)⁵⁸. Niektórzy akcentują jednak, że nie jest ona do końca prawidłowa, gdyż nie wystarczy warunkowa decyzja o podjęciu działania („*bedingter Handlungsentschluss*”)⁵⁹. Stosując tę nazwę, należy więc mieć na uwadze właściwą treść normatywną tego zamiaru.

c) *Dolus principalis*

Zamiar bezpośredni (*Wissentlichkeit, direkter Vorsatz, dolus directus*⁶⁰, *dolus principalis*⁶¹) stanowi średni stopień ciężkości zamiaru⁶². Jest on typowym rodzajem zamiaru (*Normalfall*)⁶³. Na jego określenie używana jest, tak jak w Polsce, łacińska nazwa „*dolus directus*”, aczkolwiek w literaturze zaznacza się niekiedy, że jest to nazwa stosowana w języ-

⁵⁷ Tak E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 151–152.

⁵⁸ Tak m.in.: F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 90; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 39; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 64; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 27; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 94; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 176; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 32.

⁵⁹ Tak H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 128. Podobnie E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150.

⁶⁰ W literaturze wyrażono również pogląd, że terminem „*dolus directus*” określane są dwie formy zamiaru: *Absichtlichkeit* i *Wissentlichkeit*; tak S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 10.

⁶¹ Nazwa użyta m.in. w: Ch. Mayerhofer, *Das österreichische...*, *op. cit.*, s. 64; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 148; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44.

⁶² Zob. np. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95.

⁶³ S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 64.

ku niemieckim, podczas gdy w języku austriackim odpowiada temu zamiarowi termin „*dolus principalis*”⁶⁴. Legalna definicja tego zamiaru znajduje się w § 5 ust. 3 StGB. Zgodnie z tym przepisem, sprawca działa z zamiarem bezpośrednim, jeżeli okoliczność lub skutek, dla której lub którego ustawa zakłada zamiar bezpośredni, uważa nie tylko za możliwe, lecz jej lub jego występowanie albo nastąpienie uważa za pewne („*Der Täter handelt wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nich bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiß hält*”).

W zamiarze bezpośrednim dominuje czynnik (element, faktor) intelektualny⁶⁵. Komponent intelektualny oznacza tutaj wiedzę, że przez konkretną czynność nastąpi skutek. Ta forma zamiaru zakłada więcej niż tylko „znajomość” lub „wiedzę”⁶⁶. W odniesieniu do występujących już okoliczności czynu konieczna jest „pewna wiedza”. Co do przyszłych okoliczności czynu niezbędna jest „subiektywna pewność”⁶⁷. Komponent woluntatywny tego zamiaru skierowany jest na spowodowanie skutku. Sprawcy działającemu z zamiarem bezpośrednim niekoniecznie chodzi o urzeczywistnienie bezprawia zgodnego z typem czynu albo okoliczności, względem której ustawa wymaga zamiaru bezpośredniego. Sprawca liczy się natomiast z pewnością z nastąpieniem tego skutku lub występowaniem tej okoliczności, nawet jeżeli chce on osiągnąć inny, być może nawet legalny cel⁶⁸. *Dolus principalis* występuje zatem wtedy, gdy sprawca wprawdzie nie ma na celu ani nie pożąda, ani nie dąży do „przestępczego zła”, jest ono jednak świadomym mu następstwem, nierozzerwalnie powiązany z jego czynnością⁶⁹.

⁶⁴ Zob. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95.

⁶⁵ Zob. m.in.: E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 37; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 148.

⁶⁶ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95.

⁶⁷ *Ibidem*; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 28.

⁶⁸ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44.

⁶⁹ Tak Ch. Mayerhofer, *Das österreichische...*, *op. cit.*, s. 64.

d) *Dolus specialis*

Najcięższą formą zamiaru jest zamiar specjalny (*Absicht = Absichtlichkeit, dolus specialis, dolus directus specialis*⁷⁰), określane niekiedy jako specjalna forma zamiaru bezpośredniego⁷¹ lub szczególnie kwalifikowana forma zamiaru bezpośredniego⁷². Zawartością normatywną odpowiada on znanemu w Polsce *dolus directus coloratus*. Ten łaciński termin nie jest w Austrii stosowany. Według definicji z § 5 ust. 2 StGB sprawca działa z zamiarem specjalnym, jeśli chodzi mu o to, aby zrealizować okoliczność lub skutek, dla której lub którego ustawa zakłada działanie w zamiarze specjalnym („*Der Täter handelt absichtlich, wenn es ihm darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt*”).

Zamiar ten występuje, gdy określony cel jest na tyle głównym motywem działania sprawcy, że chodzi mu właśnie o urzeczywistnienie tego celu⁷³. Zamiar specjalny występuje zatem wtedy, gdy sprawca dąży do celu, jakim jest urzeczywistnienie bezprawia odpowiadającego typowi czynu zabronionego, nawet jeżeli miałyby to być jedynie środek do urzeczywistnienia innego celu⁷⁴. Działanie w zamiarze specjalnym bywa określane jako „chcenie ukierunkowane na cel” („*zielgerichtetes Wollen*”)⁷⁵. W zamiarze specjalnym na pierwszy plan wysuwa się czynnik wolicjonalny⁷⁶. Jest on maksymalnie wzmocniony⁷⁷. Obojętne jest, czy sprawca nastąpienie oczekiwanego skutku uważa za pewne, czy tylko za możliwe. Zamiar specjalny nie jest wykluczony również przez

⁷⁰ Nazwa użyta m.in. [w:] Ch. Mayerhofer, *Das österreichische...*, op. cit., s. 63; E. Steininger, *Strafrecht...*, op. cit., s. 145.

⁷¹ *Ibidem*, s. 145.

⁷² E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, op. cit., s. 34.

⁷³ S. Seiler, *Strafrecht...*, op. cit., s. 67.

⁷⁴ E. Fabrizey, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 43.

⁷⁵ Tak D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 95.

⁷⁶ E. Fabrizey, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 43; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 95; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, op. cit., s. 28.

⁷⁷ Tak E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, op. cit., s. 33; E. Steininger, *Strafrecht...*, op. cit., s. 145.

to, że sprawca nie życzy sobie wystąpienia pewnego skutku „pomiędzy” (*Zwischenerfolg*), na przykład zabójstwo świadka czynu, ale nie widzi on innej możliwości osiągnięcia swojego ostatecznego celu (także nieodpowiadającego znamion żadnego typu czynu zabronionego, na przykład pozostania niewykrytym)⁷⁸. Każde przestępstwo umyślne może zostać popełnione w zamiarze specjalnym. Jest on natomiast wymagany tylko przy niektórych deliktach⁷⁹.

e) *Dolus praemediatus i dolus repetitus*

Rodzaje zamiaru w postaci zamiaru przemyślanego (*dolus praemediatus*⁸⁰) i zamiaru nagłego (*dolus repetitus*) są rzadko wymieniane w austriackiej literaturze. Jeżeli już pojawią się te pojęcia, to akcentuje się, że pozycja wyjściowa warunkowana motywacyjnie jest dla zamiaru bez znaczenia⁸¹. Dla stwierdzenia zamiaru jest nieistotne, czy sprawca działał z rozmysłem (*mit Vorbedacht*), czy całkiem spontanicznie⁸².

f) *Dolus alternativus i dolus cumulativus*

Oprócz przedstawionych wyżej zasadniczych rodzajów zamiaru, we współczesnej austriackiej nauce prawa karnego niektórzy autorzy wyróżniają zamiar alternatywny (*Alternativvorsatz, alternativer Vorsatz, dolus alternativus*) i zamiar kumulatywny (*Kumulativvorsatz, dolus*

⁷⁸ Tak D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95. Por. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 145–146.

⁷⁹ E. Fabrivy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 43–44.

⁸⁰ Według innego autora „*dolus praemediatus*”; zob. F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 99.

⁸¹ Tak E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 141.

⁸² E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburg-er...*, *op. cit.*, s. 27. Podobnie F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 99.

cumulativus)⁸³. Przy zamiarze alternatywnym (przemiennym) sprawca co najmniej poważnie liczy się z tym, że urzeczywistni jeden z dwóch faktycznie wykluczających się skutków, przy czym obie ewentualności obejmuje on swoją wolą. W odróżnieniu od zamiaru kumulatywnego sprawca nie chce jednak spowodować jednocześnie obu skutków. Przy zamiarze kumulatywnym sprawca chce sprowadzić dwa lub więcej skutków⁸⁴. Innymi słowy, terminem „zamiar alternatywny” określane są konstelacje stanów faktycznych, w których sprawca dopuszcza się tylko jednego czynu, którym chce urzeczywistnić alternatywnie jeden z kilku możliwych typów czynów zabronionych. Może tak się zdarzyć, jeżeli sprawca ma wątpliwość co do istnienia istotnych, relewantnych dla ustawowego typu cech obiektu swego zachowania. Na przykład: Y strzela do figury, która wedle jego wyobrażenia jest albo człowiekiem, albo statua. Inny przypadek *dolus alternativus* mogą uzasadniać wątpliwości co do możliwych skutków czynu. Na przykład: Y strzela do człowieka i uważa za możliwe, że trafi tego człowieka, albo stojącego obok niego konia (obiekt nierównorzędny), albo stojącego obok niego człowieka (obiekt równorzędny)⁸⁵.

Strona podmiotowa przestępstwa kradzieży w Austrii

1. Opis normatywny

Strona podmiotowa, czyli strona subiektywna przestępstwa, zwana jest w Austrii „wewnętrzną stroną czynu” („*die innere Tatseite*”)⁸⁶ lub „we-

⁸³ Zob. np. E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger..., *op. cit.*, s. 28 i n.; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 141–142; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 187–188.

⁸⁴ E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger..., *op. cit.*, s. 28; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 141.

⁸⁵ Tak S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 23.

⁸⁶ Tak m.in. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 11, Springer, Wien–NewYork 2010, s. 189.

wewnętrznym typem czynu zabronionego („*der innere Tatbestand*”)⁸⁷, albo „subiektywnym typem czynu zabronionego” („*der subjektive Tatbestand*”)⁸⁸, albo też „subiektywną stroną typu czynu zabronionego” („*subjektive Tatbestandsseite*”)⁸⁹ lub po prostu „subiektywną stroną czynu” („*subjektive Tatseite*”)⁹⁰. W przypadku kradzieży wyraża się ona słowami: „*mit dem Vorsatz (...), sich oder einen Dritten durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern*” (z zamiarem bezprawnego wzbogacenia siebie lub osoby trzeciej). Na gruncie takiego opisu normatywnego mówi się o dwóch zamiarach, jakie musi mieć sprawca kradzieży: zamiar przywłaszczenia (*Zueignungsvorsatz*) i zamiar wzbogacenia (*Bereicherungsvorsatz*)⁹¹. Oba te zamiary tworzą łącznie zamiar rozszerzony (*der erweiterte Vorsatz*), jaki ma przyswieceć złodziejowi. W piśmiennictwie pojawiły się też określenia „rozszerzony zamiar przywłaszczenia” i „rozszerzony zamiar wzbogacenia”⁹². W literaturze spotyka się również inne usystematyzowanie dogmatyczne zamiaru złodzieja. Mianowicie, przy opisie subiektywnego typu kradzieży wyróżnia się „zamiar czynu” („*Tatvorsatz*”) i „zamiar rozszerzony” („*erweiterter Vorsatz*”), a w ramach tego ostatniego mówi się o przywłaszczeniu (*Zueignung*) i wzbogaceniu (*Bereicherung*)⁹³. Albo też stwierdza się, że § 127 StGB wymaga „zamiaru” („*Vorsatz*”) i „zamiaru wzbogacenia” („*Bereicherungsvorsatz*”)⁹⁴. Można zetknąć się również z nieco odmiennym uporządkowaniem, to znaczy podaniem „tendencji wzbogacenia” („*Bereicherungstendenz*”)

⁸⁷ Tak m.in. H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 3, Springer, Wien-NewYork 2009, s. 121; H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116.

⁸⁸ Tak m.in. O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 94; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 405; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 127; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 24.

⁸⁹ Tak S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 60.

⁹⁰ Tak W. Zagler, *Strafrecht. Besonderer Teil. Eine Auswahl für Studium und Praxis*, wyd. 1, Wien 2000, s. 136.

⁹¹ Por. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 189–191; W. Zagler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 138.

⁹² Tak D. Kienapfel i K. Schmoller (*Studienbuch. Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen Vermögenswerte*, Wien 2003, s. 84), aczkolwiek autorzy ci zasadniczo używają pojęć „zamiar przywłaszczenia” i „zamiar wzbogacenia”.

⁹³ Tak H. Wegscheider, *Strafrecht. Besonderer Teil*, wyd. 3, Wien 2009, s. 185–186.

⁹⁴ Tak E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 405. Por. P. Lewisch, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 2, Wien 1999, s. 159–160.

jako przykładu zamiaru rozszerzonego⁹⁵. Inni autorzy z kolei znamię w postaci przywłaszczenia traktują jako opisujące czynność sprawczą (*Tathandlung*)⁹⁶, a przy analizie wewnętrznego typu czynu kradzieży wymieniają jedynie pojęcie zamiaru rozszerzonego⁹⁷. W stanowisku tych autorów można zauważyć pewną niekonsekwencję (albo nieprecyzyjność), a mianowicie w innej części rozważań stwierdzają oni, że przywłaszczenie jest w niektórych deliktach czynnością sprawczą (dla przykładu wymieniono sprzeniewierzenie i przywłaszczenie), a przy kradzieży jest ono częścią zamiaru rozszerzonego, czyli „zamiaru na wzbogacenie przez przywłaszczenie” („*Vorsatz auf Bereicherung durch Zueignung*”)⁹⁸.

2. Zamiar rozszerzony

Zamiar rozszerzony (poszerzony) nie jest kolejnym, odrębnym rodzajem zamiaru. Nie ma on samodzielnej pozycji w katalogu zamiarów, dlatego też jego byt prawny nie zaprzecza podanej wyżej tezie, że są trzy rodzaje zamiaru (zamiar ewentualny, zamiar bezpośredni, zamiar specjalny).

Ogólnym (powszechnym) znamieniem przestępstw umyślnych (*Vorsatzdelikte*) jest „zamiar czynu” („*Tatbildvorsatz*”), czyli wiedza i wola pewnego stanu faktycznego, który odpowiada ustawowemu typowi. Niektóre typy czynów zabronionych wymagają ponadto dalszego zamiaru, którego przedmiotem nie jest typ czynu, lecz dodatkowy stan faktyczny, będący poza typem (*Sachverhalt außerhalb des Tatbildes*). Stąd też wywodzi się nazwa „*erweiterter Vorsatz*”⁹⁹. O zamiarze rozsze-

⁹⁵ Tak E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 46. Oprócz zamiaru wzbogacenia, do zamiaru rozszerzonego zalicza się w szczególności *Gebrauchsvorsatz* – zamiar użycia i *Schädigungsvorsatz* – zamiar uszkodzenia (O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 104).

⁹⁶ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 117 („*Zueignung ist Tathandlung*”).

⁹⁷ *Ibidem*, s. 121–122.

⁹⁸ *Zob. ibidem*, s. 113.

⁹⁹ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 130.

rzonym mówi się wtedy, gdy delikty zawierają znamiona, które muszą wystąpić jedynie subiektywnie, czyli nie mają odpowiednika (Pendant) w obiektywnym typie czynu zabronionego. W tego typu deliktach zamiar musi obejmować nie tylko znamiona typu czynu zabronionego, lecz także wypełniać szczególne subiektywne znamiona. W tym sensie zamiar wykracza poza obiektywny typ czynu zabronionego (sięga ponad urzeczywistnienie obiektywnego typu czynu)¹⁰⁰. Dlatego też jako synonim zamiaru rozszerzonego używa się terminu „*überschießende Innentendenz*” („wykraczająca tendencja wewnętrzna”)¹⁰¹ lub terminu „*überschießender Vorsatz*” („wykraczający zamiar”)¹⁰². Te „wykraczające tendencje wewnętrzne” nie muszą – w przeciwieństwie do zamiaru („normalnego”, to znaczy zamiaru popełnienia czynu) – odzwierciedlić się w obiektywnym typie czynu zabronionego¹⁰³. Zamiar rozszerzony zaliczany jest do szczególnych subiektywnych znamion typu czynu zabronionego¹⁰⁴. Innymi słowy, jest on częścią subiektywnego typu czynu zabronionego¹⁰⁵. Termin „zamiar rozszerzony” jest wyraźnie odróżniany od terminu „zamiar czynu” („*Tatvorsatz*”). Nawet ci naukowcy, którzy nadal traktują zamiar (czynu) jako formę winy, dogmatycznie przyporządkowują zamiar rozszerzony do subiektywnych znamion typu czynu zabronionego¹⁰⁶.

Pomiędzy zamiarem czynu a zamiarem rozszerzonym nie ma jednak różnicy względem trzech stopni ciężkości woli¹⁰⁷. Do zamiaru roz-

¹⁰⁰ Tak E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 131.

¹⁰¹ Zob. np. *ibidem*; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 12; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 41; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 104; E. Fabrizio, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 46; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 95; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 96; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 15.

¹⁰² H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 12.

¹⁰³ O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 95.

¹⁰⁴ Tak m.in. H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 130.

¹⁰⁵ E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 131; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 12; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 41; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 95.

¹⁰⁶ Tak czyni D. Kienapfel, [w:] D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

¹⁰⁷ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

szerzonego stosuje się analogicznie reguły obowiązujące przy zamiarze czynu¹⁰⁸. Stopniowanie ciężkości odnosi się więc również do zamiaru rozszerzonego. Przy zamiarze rozszerzonym należy także odróżnić w szczególności zamiar ewentualny od zamiaru specjalnego¹⁰⁹. Jeżeli ustawa przy danym typie czynu zabronionego nie wymaga szczególnej formy zamiaru, to dla zaistnienia zamiaru rozszerzonego wystarczy pojawienie się u sprawcy zamiaru ewentualnego¹¹⁰. Również zamiar rozszerzony musi wystąpić w czasie czynu, czyli w punkcie czasowym podjęcia czynności sprawczej¹¹¹.

W austriackim kodeksie karnym stypizowanych jest wiele deliktów z zamiarem rozszerzonym. Jako przykład można wymienić sprzeniewierzenie (§ 133 *Veruntreuung*), przywłaszczenie (§ 134 *Unterschlagung*), oszustwo (§ 146 *Betrug*), fałszerstwo materialne dokumentu (§ 223 *Urkundenfälschung*), nadużycie urzędu (§ 302 *Missbrauch der Amtsgewalt*)¹¹². Zamiar rozszerzony jest również typowy dla przestępstwa kradzieży (§ 127 *Diebstahl*)¹¹³. W przypadku tego typu przestępstw, zwanych „deliktami wzbogacenia” („*Bereicherungsdelikte*”), nie jest wymagany specjalny zamiar (*Absicht*) wzbogacenia, lecz wystarczy, że sprawca poważnie uważał bezprawne wzbogacenie za możliwe i się z tym godził¹¹⁴.

Charakterystyczne dla przestępstw z zamiarem rozszerzonym jest to, że są one dokonane już wtedy, gdy działający z zamiarem sprawca wypełnił typ czynu zabronionego (*Tatbild*). Urzeczywistnienie celu leżącego jedynie w sferze subiektywnej nie jest konieczne dla dokonania

¹⁰⁸ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 118 i 131; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 15; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 104.

¹⁰⁹ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

¹¹⁰ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 118 i 131; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 67; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 104; D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 15.

¹¹¹ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186; H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 131; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 67.

¹¹² Zob. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

¹¹³ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹¹⁴ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 131.

czynu¹¹⁵. Faktyczne osiągnięcie zamierzonego przez sprawcę celu nie należy do ustawowego typu tych deliktów. Dla zaistnienia kradzieży nie jest zatem niezbędne faktyczne nastąpienie wzbogacenia. Wystarczy, że sprawca przy zaborze cudzej ruchomej rzeczy działał z zamiarem rozszerzonym¹¹⁶. Zgodne z opisem typu czynu zachowanie polega na zaborze rzeczy. Wraz z zaborem delikt jest dokonany (*vollendet*), także wtedy, gdy zamiar rozszerzony nie został jeszcze urzeczywistniony. „Przywłaszczenie” i „wzbogacenie” są jedynie przedmiotem rozszerzonego zamiaru. Dla dokonania kradzieży nie musi dojść ani do przywłaszczenia, ani do wynikającego z niego wzbogacenia. Wystarczy, że sprawca w czasie zaboru chciał zarówno przywłaszczenia, jak i wzbogacenia¹¹⁷.

3. Zamiar przywłaszczenia

Zamiar przywłaszczenia (*Zueignungsvorsatz*) oznacza zamiar korzystania z zabranej rzeczy jak właściciel¹¹⁸. Złodziej chce zabraną rzecz na przykład sprzedać, zastawić, wymienić za inną, użyć, podarować, zatrzymać na zawsze¹¹⁹. Sprawca może chcieć przywłaszczyć rzecz sobie samemu albo komuś innemu. Złodziej może mieć też zamiar sprzedać rzecz uprawnionemu za „okup” („*Lösegeld*”)¹²⁰.

Przestępstwo kradzieży zaliczane jest do tak zwanych „deliktów przywłaszczenia” („*Zueignungsdelikte*”)¹²¹, które stanowią kategorię szerszej grupy deliktów, zwanych „deliktami pozbawienia własności” („*Enteignungsdelikte*”). Do tych ostatnich należą, oprócz „deliktów

¹¹⁵ E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 131.

¹¹⁶ Por. S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 67; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

¹¹⁷ D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 16, 60 i 84.

¹¹⁸ *Ibidem*, s. 85.

¹¹⁹ W. Zagler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 137; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 189.

¹²⁰ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 189; Ch. Bertel, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Lieferung (Austauschheft 2008), Wien 2008, Kommentar zu § 127, s. 35.

¹²¹ Kradzież zaliczana jest naturalnie również do *Bereicherungsdelikte*, czyli „deliktów wzbogacenia” (zob. np. H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 131).

przywłaszczenia” (takich jak na przykład przywłaszczenie, sprzeniewierzenie), również „czyste delikty pozbawienia własności”, takie jak na przykład przestępstwo pozbawienia rzeczy. Sprawca kradzieży na trwałe oddziela właściciela od jego rzeczy, tak że właściciel nie ma praktycznie nic poza „nagim” prawem własności (*Eigentumsrecht*). W tym sensie właściciel zostaje wywłaszczony (pozbawiony własności) w znaczeniu faktycznym, ale nie w znaczeniu prawnym¹²². W literaturze akcentuje się, że „przywłaszczyć” nie oznacza stworzenia sobie własności¹²³. Z cywilnoprawnego punktu widzenia złodziej nigdy nie może stać się właścicielem skradzionej rzeczy. Przepisy austriackiego kodeksu cywilnego, podobnie jak polskiego, przewidują natomiast szczególne konstelacje, kiedy osoba trzecia może stać się właścicielem skradzionej rzeczy. Na gruncie prawa karnego „przywłaszczyć” oznacza więc tylko „przywłaszczenie” (stworzenie) sobie w określony sposób pozycji właściciela¹²⁴. Nie należy tu rozumieć przywłaszczenia w znaczeniu cywilnoprawnym, ale jako rozpoznawalne „przywłaszczenie własności” („*Eigentumsanmaßung*”). Sprawca kradzieży budzi pozór, jakoby był on właścicielem rzeczy¹²⁵.

Zamiar korzystania z zabranej rzeczy tylko przejściowo może stanowić zamiar przywłaszczenia tylko w przypadku krótkotrwałych dóbr konsumpcyjnych, do których z pewnością nie należą pojazdy mechaniczne. Kto zabiera gazetę, po to, aby ją przeczytać i potem wyrzucić, ten kradnie¹²⁶. Do kradzieży dochodzi również w przypadku „zużywającego użycia”, na przykład natychmiastowego spożycia zabranych środków żywnościowych¹²⁷. Doszłoby natomiast do realizacji znamion kradzieży, gdyby na przykład sprawca zabrał pojazd mechaniczny, chcąc go używać dopóty, dopóki stanie się on prawie bezwartościowy¹²⁸. W zakresie kwa-

¹²² H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 112.

¹²³ D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 86.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹²⁶ Tak Ch. Bertel, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 35.

¹²⁷ W. Zagler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 136.

¹²⁸ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190.

lifikacji prawnej zachowania sprawcy polegającego na zaborze cudzego pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia nie ma różnicy między polskim a austriackim prawem karnym. Ten, kto zabiera cudze auto po to, aby jeździć nim przez kilka tygodni, a następnie gdzieś pozostawić, nie popełnia kradzieży¹²⁹, aczkolwiek wzbogaca się przez to, że używa cudzej rzeczy bez uprawnień¹³⁰. Przywłaszczenie nie jest jednak tożsame ze wzbogaceniem¹³¹. W takim stanie faktycznym dochodzi do realizacji znamion innego typu czynu zabronionego, to jest przestępstwa z § 136 StGB (*unbefugter Gebrauch von Fahrzeugen*), będącego odpowiednikiem polskiego typu z art. 289 k.k.

Ciekawostką terminologiczną jest, że w tego typu stanach faktycznych tradycyjnie używa się pojęcia „*Gebrauchsdiebstahl*” („kradzież używania”, kradzież polegająca na używaniu), wywodzonego od łacińskiego terminu *furtum usus*¹³². Pojęcie to nie jest precyzyjne i może wprowadzać w błąd. Wszak w tego typu przypadkach nie dochodzi w ogóle do kradzieży. W literaturze zaznacza się, że zasadniczo bezkarny „*Gebrauchsdiebstahl*” polega na zaborze rzeczy do przejściowego wykorzystania z zamiarem jej zwrotu. Poza przypadkiem pojazdów mechanicznych takie zachowania nie stanowią przestępstwa. W szczególności nie jest przestępstwem nieuprawnione użycie żaglówki, łodzi wiosłowej lub roweru¹³³.

Zamiar wyrzucenia zabranej rzeczy lub pozostawienia jej w takich okolicznościach, które nie pozwalają oczekiwać, że właściciel ją odzyska, nie jest zamiarem przywłaszczenia. Ten, kto zabiera na przykład torebkę, będąc zdecydowanym zatrzymać tylko pieniądze, a torebkę z pozostałą zawartością wyrzucić, dopuszcza się kradzieży tylko co do pieniędzy. Co do torebki i pozostałej zawartości sprawca realizuje znamiona czynu zabronionego, określonego w § 135 StGB, zwanego

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 113.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Zob. np. H. Bachner-Foregger, *Strafgesetzbuch (mit kurzen Erläuterungen)*, wyd. 23, Wien 2010, s. 159; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 405.

¹³³ H. Bachner-Foregger, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 159.

(w dosłownym tłumaczeniu) „trwającym pozbawieniem rzeczy” albo raczej (w niedosłownym tłumaczeniu) „trwałym pozbawieniem rzeczy” (*dauernde Sachentziehung*). Doszłoby natomiast do kradzieży również torebki i jej pozostałej zawartości, gdyby sprawca przy zaborze miał zamiar je zatrzymać, jeśli okazałyby się dla niego użyteczne. Oceny prawnej takiego zachowania nie zmieniłaby okoliczność, że sprawca później torebkę jednak wyrzucił¹³⁴.

Zamiar przywłaszczenia jest wykluczony przez zamiar oddania rzeczy właścicielowi¹³⁵. Zamiarem przywłaszczenia nie jest również zamiar uszkodzenia albo zniszczenia zabranej rzeczy. W literaturze stwierdzono, że sprawca popełnia w tym wypadku przestępstwo zwane *dauernde Sachentziehung*¹³⁶. Należy zauważyć, że w tym wypadku wchodzi w grę również przestępstwo z § 125 StGB, to jest uszkodzenie rzeczy (*Sachbeschädigung*)¹³⁷.

4. Zamiar wzbogacenia

Zamiar wzbogacenia (*Bereicherungsvorsatz*) jest to zamiar pomnożenia majątku poprzez przywłaszczenie rzeczy. Sprawca może chcieć wzbogacić własny majątek albo majątek osoby trzeciej¹³⁸. Chęć wzbogacenia osoby trzeciej pojawia się rzadko¹³⁹, a jeżeli już wystąpi, to najczęściej sprawca chce powiększyć majątek współmałżonka lub swego dziecka¹⁴⁰. Innymi słowy, sprawca chce wartość reprezentowaną przez rzecz przeprowadzić do swojego majątku¹⁴¹. Zamiar wzbogacenia jest

¹³⁴ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190; Ch. Bertel, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 36.

¹³⁵ Ch. Bertel, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 35.

¹³⁶ Tak Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190.

¹³⁷ Por. E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 406.

¹³⁸ D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 88. Por. P. Lewisch, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 2, Wien 1999, s. 160 (zdaniem autora dla zamiaru wzbogacenia wystarczy już sama „tendencja zysku” [„*gewinnsüchtige Tendenz*”] sprawcy).

¹³⁹ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹⁴⁰ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 406.

¹⁴¹ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190.

z reguły połączony z zamiarem przywłaszczenia¹⁴², to znaczy ten, kto ma zamiar przywłaszczyć sobie rzecz, z reguły działa jednocześnie z zamiarem wzbogacenia¹⁴³. Są jednak wyjątki¹⁴⁴.

Jednym z wyjątków jest tak zwana „kradzież – samopomoc” („*Selbsthilfe*” – *Diebstahl*). Konstrukcja ta obejmuje sytuacje, w których sprawca ma jakieś prawo do przeniesienia własności zabranej rzeczy albo chce wartością tej rzeczy wyrównać przysługujące mu roszczenie¹⁴⁵. Z nowszego orzecznictwa można podać następujący przykład: sprawca zabiera ofierze telefon komórkowy, ponieważ nie chce mu ona zapłacić umówionego wynagrodzenia za czynność seksualną¹⁴⁶. Innymi słowy, zamiar sprawcy musi być nakierowany na bezprawne wzbogacenie. Bezprawnie wzbogaca się ten, kto nie ma roszczenia o spowodowane przez czyn powiększenie swego majątku¹⁴⁷.

Zamiar wzbogacenia jest wykluczony przez zamiar wynagrodzenia ofierze straty zabranej rzeczy. Jeżeli na przykład sprawca w zamiarze przywłaszczenia zabierze z magazynu gumowe maty i zastąpi je innymi matami, ale o równej wartości, to nie popełni kradzieży¹⁴⁸. Dochodzi tutaj do samowładczej wymiany równowartościowych rzeczy¹⁴⁹. Wzbogacenie może być zatem skompensowane przez wydanie innej, równowartościowej rzeczy¹⁵⁰.

Brakuje zamiaru wzbogacenia również w sytuacji zabronionej „samowładzy” („*Eigenmacht*”), gdy sprawca na przykład zabiera kupioną i zapłaconą przez siebie rzecz¹⁵¹.

¹⁴² H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹⁴³ D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 88.

¹⁴⁴ Zob. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190–191.

¹⁴⁵ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190–191; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 406; H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 121–122.

¹⁴⁶ EvBl 2002/19.

¹⁴⁷ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 406.

¹⁴⁸ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 191.

¹⁴⁹ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 405.

¹⁵⁰ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹⁵¹ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 121.

Wnioski

Bezspornie kradzież według austriackiego kodeksu karnego może zostać popełniona w każdej postaci zamiaru, również w zamiarze ewentualnym. Taki wniosek wypływa z opisu normatywnego kradzieży. Wynik interpretacji gramatycznej przepisu typizującego kradzież oraz przepisu regulującego umyślność działania nie pozostawia w tym zakresie najmniejszych wątpliwości. Takie też jednolite stanowisko zajmują przedstawiciele doktryny prawa karnego. Niektórzy zauważają jednak, że odnośnie do „zamiaru czynu” („*Tatvorsatz*”) praktycznie regularnie przyjmowany jest zamiar bezpośredni (*Wissentlichkeit*) lub nawet zamiar specjalny (*Absicht*)¹⁵², a co do zamiaru rozszerzonego z reguły praktycznie występuje naturalnie zamiar specjalny¹⁵³. Rzeczywista przewaga konstelacji z cięższymi formami zamiaru nie podważa jednak faktu, że w austriackim prawie karnym przestępstwo kradzieży może zostać popełnione z zamiarem ewentualnym.

Takie rozwiązanie prawne wydaje się ewenementem. Warto wspomnieć, że inne państwa obszaru niemieckojęzycznego wymagają względem przestępstwa kradzieży, obok „zamiaru czynu”, zamiaru specjalnego wzbogacenia (*Bereicherungsabsicht*). Adekwatne regulacje znajdują się w § 242 niemieckiego kodeksu karnego¹⁵⁴ oraz w art. 139 szwajcarskiego kodeksu karnego¹⁵⁵. W Niemczech kradzież jest przestępstwem umyślnym (*Vorsatzdelikt*) – zamiar musi obejmować znamiona obiektu czynu i zaboru (wystarczy *dolus eventualis*). Ponadto sprawca musi działać z zamiarem specjalnym przywłaszczenia (*Zueignungsabsicht*). Ten zamiar musi odnosić się jedynie do przywłaszczenia (*Aneignung*). Względem elementu „wywłaszczenia” („*Enteignungselement*”) wystarczy, jeśli sprawca działa tylko z zamia-

¹⁵² H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 185–186.

¹⁵³ *Ibidem*; D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 84.

¹⁵⁴ § 242 dStGB: (1) *Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar.*

¹⁵⁵ Art. 139 ust. 1 schwStGB: *Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.*

rem ewentualnym co do naruszenia cudzej własności¹⁵⁶. W literaturze szwajcarskiej zaznacza się, że art. 139 wymaga obok zamiaru (*Vorsatz*) również „zamiaru przywłaszczenia” („*Aneignungsabsicht*”) i „zamiaru bezprawnego wzbogacenia” („*Absicht unrechtmässiger Bereicherung*”). Przez „*Absicht*” rozumiany jest „*dolus directus ersten Grades*”, czyli zamiar bezpośredni pierwszego stopnia¹⁵⁷. Jako ciekawostkę można podać, że kradzież jest przestępstwem formalnym (*schlichtes Tätigkeitsdelikt*), tym samym nie wchodzi w grę jej ukończone usiłowanie (*vollendeter Versuch*)¹⁵⁸. Kradzież jest dokonana wraz z utworzeniem nowego władztwa nad rzeczą, a zakończona dopiero z nastąpieniem wzbogacenia¹⁵⁹.

Komparatystyczne badania nie muszą zakończyć się oceną, która z porównanych regulacji jest lepsza, ani też wysunięciem postulatów zmian. Takie oto zakończenie nie nastąpi w rezultacie niniejszej analizy. Miała ona na celu zeprezentowanie polskiemu czytelnikowi zagadnienia umyślności w austriackim prawie karnym, a na jej tle strony podmiotowej przestępstwa kradzieży. Kradzież, będąca znanym od zarania dziejów ludzkości przestępstwem pospolitym, rozumiana jest tak samo w Polsce i w Austrii, zarówno wśród laików, jak i w ogólnym sensie prawnym. W szczególności bezspornie, niezależnie od opisu normatywnego strony podmiotowej, w identycznym punkcie temporalnym przyjmowane jest dokonanie kradzieży. W obu państwach tak samo pojmowane są formy zamiaru w postaci zamiaru ewentualnego, zamiaru bezpośredniego i zamiaru specjalnego (zamiaru bezpośredniego o szczególnym zabarwieniu). Odpowiadają one sobie nie tylko nazwą (przejętą z terminologii łacińskiej), ale i zawartością normatyw-

¹⁵⁶ U. Kindhäuser, [w:] U. Kindhäuser (Hrsg.), U. Neumann (Hrsg.), H.U. Paeffgen (Hrsg.), *Nommoskommentar. Strafgesetzbuch. Band 2*, wyd. 2, Baden-Baden 2005, s. 4248 i 4265.

¹⁵⁷ M. A. Niggli, Ch. Riedo, [w:] M. A. Niggli (Hrsg.), H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar. Strafgesetzbuch II. Kommentar zu Art. 111–401 StGB*, Basel 2003, s. 308–309.

¹⁵⁸ M.A. Niggli, Ch. Riedo, [w:] M. A. Niggli (Hrsg.), H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler...*, *op. cit.*, s. 292 i 309.

¹⁵⁹ M.A. Niggli, Ch. Riedo, [w:] M. A. Niggli (Hrsg.), H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler...*, *op. cit.*, s. 309 („*Vollendet ist der Diebstahl mit der Begründung des neuen Gewahrsams. (...) Beendet ist die Tat hingegen erst mit dem Eintritt der Bereicherung*”).

ną. Fakt ten jest naturalny – wszak oba porządki prawne recypowały wiele instytucji z prawa rzymskiego. Tym bardziej interesujące z „polskiego” punktu widzenia jest rozwiązanie prawne dopuszczające popełnienie kradzieży z zamiarem ewentualnym.