

STUDIE O POKUSU
V ČESKOSLOVENSKÉM
TRESTNÍM PRÁVU

ОЧЕРКИ О ПОКУШЕНИИ В ЧЕХОСЛОВАЦКОМ УГОЛОВНОМ
ПРАВЕ

STUDIEN ÜBER DEN VERSUCH NACH
TSCHECHOSLOWAKISCHEM STRAFRECHT

JUDr. JIŘÍ NEZKUSIL

STUDIE O POZUSU

V ČESKOSLOVENSKÉM PRÁVNÍM

TRÉSTNÍM PRÁVU

OPRÁVNĚNÍ K HODNĚNÍ A POKROČILÝM ZKOUŠENÍM
V PRÁVNÍM

STUDIE ČESKÉHO PRÁVNÍKA
V ČESKOSLOVENSKÉM PRÁVNÍM

ÚVOD

Československé lidově demokratické trestní právo bojuje s jednotlivými formami útoků na společenské vztahy v našem státě. Jako trestné činy jsou postihovány — dokonaný delikt, jednotlivé formy účastenství (spolupachatelství, návod, pomoc) a také pokus trestného činu. Každý z těchto útoků se dotýká svým způsobem zájmů, k jejichž ochraně jsou určena ustanovení trestního zákona. Každý z trestných útoků na společenské vztahy má své vlastní rysy, které jej odlišují od jiných. Dokonaný trestný čin přímého pachatele naplňuje všechny znaky skutkové podstaty. Pokus naproti tomu všechny tyto znaky nesplňuje atd.

Má-li trestní právo úspěšně plnit své poslání, je nezbytné, aby byly v teorii přesně objasněny znaky, které charakterisují jednotlivé způsoby spáchání trestného činu. Jedině tak lze zajistit, aby se ustanovení, které postihuje příslušnou formu trestného činu uplatnilo naprosto správně a tehdy, kdy je to na místě.

K úkolům teorie takto náleží i bližší určení pojmových náležitostí pokusu trestného činu a řešení jednotlivých otázek z jeho problematiky.

Splnění tohoto úkolu má zvláštní důležitost právě v čs. trestním právu. Pokus je v čs. trestním právu obecnou formou trestné činnosti (srov. §§ 5, 75 odst. 1 tr. zák.). Jím také zásadně začíná oblast odpovědnosti. To znamená, že řeší-li se otázky odpovědnosti za pokus, určuje se, kam až sahá oblast působnosti čs. trestního práva.

V teorii čs. trestního práva máme jen několik drobnějších prací, věnovaných jednotlivým otázkám z problematiky pokusu. Především jsou to stati věnované odlišení pokusu a přípravného jednání (srov. literaturu citovanou u kapitoly II), dále pak články k problematice trestnosti pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku (srov. literaturu u kap. III. této práce). Můžeme říci, že tedy byly učiněny první kroky ke zpracování této otázky.

Uvážil jsem důležitost problematiky pokusu trestného činu a stav jejího zpracování v čs. nauce a zvolil ji za téma této práce.

Rozhodl jsem se pro pojetí ve formě studií o základních otázkách pokusu v čs. trestním právu. Byl jsem veden zřetelem na to, soustředit se tak na otázky nejvýznamnější, nejspornější a nejméně zpracované. Stranou jsem ponechal otázky, ke kterým jsem již neměl tolik co říci. Považoval jsem to současně za nejužitečnější způsob postupu.

Pokud jde o obsah práce, je rozvržen na šest kapitol. Každá kapitola je studií o jedné ze souhrnu základních otázek nauky o pokusu.

V kapitole I. se vykládají pojmové náležitosti pokusu v čs. trestním právu. Objasňuje se úloha ustanovení o pokusu v boji se zločinností a poměr pokusu ke skutkové podstatě trestného činu. Těžiště je ve výkladu charakteristických znaků pokusu — nenastoupení výsledku uvedeného v zákoně, nebezpečnosti jednání pro společnost a subjektivní stránky pokusu. Další studie pak bezprostředně navazují na to, co je právě obsaženo v této části práce.

V kapitole II. jde o odlišení pokusu a přípravného jednání. Ze všech otázek pokusu je tato v literatuře zpracována nejvíce. Zhodnotil jsem všechny vyslovené názory a snažil se objasnit nejasnosti, které ještě existovaly. V první části jsem dospěl k řešení, které umožňuje svou šíří (na rozdíl od všech dosavadních vymezení) odlišit všechny případy pokusu, které se vyskytují, od přípravného jednání. Také se zde probírá problém zvláště nebezpečných přípravných jednání, u kterých je možnost postižení podle ustanovení o pokusu.

V kapitole III. řeší se problém trestnosti tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku a nezpůsobilými prostředky. Věcně zde navazují na svou stať v Právniku, věnovanou tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku a přihlížím k diskusi, která se na stránkách Právníka k této stati rozvinula. V jistém směru jsem svoje původní názory opravil, resp. rozvinul. Řeším i otázku tzv. pokusu nezpůsobilými prostředky. Při tom se snažím najít společného jmenovatele pro obě formy tzv. nezpůsobilého pokusu a rysy, které je spojují se všemi případy pokusu.

Kapitola IV. zahrnuje základní zásady ukládání trestu za pokus a okolnosti, ke kterým se přihlíží při výměře trestu za pokus.

Kapitola V. je studií o dobrovolném upuštění od dokonání trestného činu. Objasňují se zde důvody beztrestnosti dobrovolně ustoupivšího pachatele. Zpřesňuje se dosavadní pojetí této otázky a uvádí v soulad s právními účinky dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu. Těžiště je ve výkladu podmínek dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu, zejména pak podmínky dobrovolnosti. V závěru se provádí srovnání s institutem účinné lítosti.

To znamená, že v této práci řeším všechny základní otázky z problematiky pokusu v čs. trestním právu. Ostatních otázek trestního práva si všímám jen v rozsahu potřebném pro účely práce o pokusu trestného činu.¹⁾

Čerpal jsem z veškeré literatury, která mi byla dostupná. Zvláště důkladně jsem přihlédl k literatuře sovětské, zejména k práci Durmanova

¹⁾ Pro nedostatek místa jsem vypustil kapitolu „Pokus a účastenství“. Její podstatnou část jsem publikoval v Právniku č. 4/1958.

— „Stadii soveršenija prestuplenija po sovětskomu ugolovnomu pravu.“ Sovětská literatura mi byla v mnohém příkladem, což však nebránilo tomu, abych se kriticky vyrovnal s některými názory nesprávnými nebo pochybnými.²⁾

Přihlédl jsem v možném rozsahu k materiálu z praxe, judikatuře čs. soudů. V možnostech opatrování těchto materiálů jsou nedostatky. V této práci jsem to též tíživě pociťoval.

Problematika pokusu je v mnoha směrech velmi komplikovaná. Stačí uvést problém tzv. nezpůsobilého pokusu, který se buržoasní nauce trestního práva nepodařilo vyřešit za celou dobu její existence. Moje studie jsou první prací, pokoušející se o zpracování všech základních otázek pokusu v československém socialistickém trestním právu. Jsem si proto vědom toho, že teorie se bude i dále snažit o objasnění těchto otázek.

Vydatnou pomocí mi byly připomínky členů katedry trestního práva právnické fakulty Karlovy university v Praze, zvláště pak připomínky mého školitele — doktora právních věd, univ. prof. Vladimíra Solnaře, člena korespondenta ČSAV. Touto cestou jim vyslovuji své vřelé díky.

²⁾ Teprve po dokončení této práce jsem se seznámil s monografií Kuzněcové: *Otvěstvennost za prigotovlenije i pokušenije na prestuplenije po sovetskomu ugolovnomu pravu* [Izdatelstvo moskovskogo universiteta 1958]. Proto jsem k ní nemohl přihlédnout v plné míře. Pokud však uvedená autorka vyslovila své názory již dříve v dílčích pracích, přihlížím k nim plně, zejména v kap. III. a V. Nemohl jsem přihlédnout k novým sovětským zákonům, protože byly přijaty až po dokončení této práce.

1. Úvod

Československé trestní právo bojuje se zločinností v našem státě. Postihuje především dokonané trestné činy, tj. jednání, která naplňují všechny znaky uvedené ve zvláštní části zákona. To je plně pochopitelné. Vždyť dokonané trestné činy způsobují naší společnosti největší škody, představují největší nebezpečí pro zájmy chráněné zákonem. Trestní právo jde ale dále. Věnuje svou pozornost také jiným útokům na zájmy celku a jednotlivce. Stíhá pachatele i tehdy, když se mu nepodařilo způsobit ještě škodu. Pachatel je trestný také tehdy, když se mu nepodařilo naplnit znaky výsledku uvedeného v zákoně, to znamená, když jeho jednání zůstalo ve stadiu pokusu.

N. V. Ljass píše, že stanovení odpovědnosti za přípravnou trestnou činnost (predvaritel'naja prestupnaja dejatel'nost' — J. N.) „slouží zamezení zločinnosti v jejích ranných stadiích“, kdy nebezpečnost jednání pro společnost nezáleží ve způsobení škody chráněným objektům, ale ve vystavení jich nebezpečí škody.³⁾

Nebo I. S. Tiškevič míní, že stanovení odpovědnosti za přípravné jednání a pokus dává možnost potlačit trestnou činnost v samém zárodku, v jejích ranných stadiích a tím současně zabránit těžkým následkům pro objekty, chráněné sovětským trestním právem.⁴⁾

Durmanov naproti tomu soudí — uvedení autoři zapomínají, že ani jednomu pachateli trestného činu samozřejmě nejde toliko o přípravné jednání nebo pokus, „ale vždy má na zřeteli spáchání dokonání deliktu.“ Trestná činnost, která se omezila jen na pokus, je předmětem jednání soudu jen tehdy, „když zločinná činnost se nepodařila“. Jedině pro nezdar pachatel spáchal jen pokus a ne dokonání delikt. Proto trest ukládaný pachateli pokusu „nemůže ani zamezit dané již spáchané přípravné jednání nebo pokus, ani zamezit spáchání právě přípravného jednání nebo pokusu jinými osobami nebo týmž pachatelem. Trest za přípravné jednání nebo pokus, ukládaný pachateli, může, jak se o tom hovoří v čl. 9 TK RSFSR, zabránit spáchání trestného činu nepevnými členy společnosti — bez ohledu na to, záleží-li v neukončeném nebo ukončeném

³⁾ Srov. N. V. Ljass, Stadii prestupnoj dejatel'nosti po sovětskomu ugovovnomu pravu, avtoreferat dissertacii na soiskanie učenoj stepeni kandidata juridičeskich nauk, L. 1952, str. 4. (Cit. podle Durmanov, Stadii soveršenija prestuplenija po sovětskomu ugovovnomu pravu. M. 1955, str. 8.)

⁴⁾ Srov. I. S. Tiškevič, *Ponjatije prigotovlenija i pokušenija v sovětskom ugovovnom prave*, avtoreferat dissertacii na soiskanie učenoj stepeni kandidata juridičeskich nauk, Minsk, 1953, str. 5. (Cit. podle Durmanov, tamtéž.)

deliktu. V každém případě nelze soudit, že trest za přípravné jednání a pokus může zabránit spáchání právě přípravného jednání nebo pokusu, ale trest za dokonáný trestný čin zabraňuje právě jen spáchání dokonáných trestných činů.⁵⁾

Je správné, že institut pokusu je bezprostředně svým ostřím obrácen proti nerozvitě formě trestné činnosti, proti pokusu trestného činu. Kdybychom to popírali (jako to v jisté míře činí Durmanov), zkreslovali bychom úlohu institutu pokusu. I pokus trestného činu představuje nebezpečí pro společenské vztahy. Ohrožení vyvolané pokusem ruší upevňování a rozvoj společenských vztahů — objektu trestného činu. Poraní-li vrah těžce svou oběť, je tím vážně zasažen zájem státu na nedotknutelnosti osoby jednotlivce. Je proto třeba postihovat trestem již pokus.

Avšak současně nelze úlohu institutu pokusu omezovat jen na boj s nerozvitou formou trestné činnosti. Hrozí-li zákonodárce trestem již za pokus, je-li ukládán trest již za pokus, znamená to, že se konec konců usiluje o to, zamezit dokonání trestných činů. Je-li prohlášen za trestný již pokus, má být každý odvrácen od trestné činnosti vůbec, a to znamená i od snahy způsobit škodu ve formě dokonání deliktu. Je-li ukládán trest pachateli pokusu, má tím být dosaženo cíle, aby pachatel nedokonal to, oč se pokusil, nebo nepodnikl nový útok na společenské vztahy. Na ostatní se pak působí, aby se po vzoru pachatele nedali na zločinnou dráhu, a nepokusili se narušit zájmy chráněné trestním právem. To znamená, že institut pokusu brání konec konců dokonáním trestným činům.

Institut pokusu plní tedy v československém trestním právu významnou úlohu. *Chrání společenské vztahy v našem státě před útoky, které se omezily jen na ohrožení.* Jde však ještě dále. *Pohrůžkou trestem za pokus mají být nepevní členové společnosti odvráceni od rozvíjení zločinné činnosti, a tím od dokonání deliktu.* Uložení trestu má zabránit pachateli pokusu, aby úspěšně dokončil to, oč se již pokusil, resp. aby se znovu pokusil o útok na objekt. Ostatním se pak dává na vědomí, že i když se jen pokusí o trestný čin, nezůstanou bez trestu.

2. Ustanovení § 5 tr. zák. jako základ odpovědnosti za pokus

Čs. trestní zákon stanoví odpovědnost především za dokonáný trestný čin. V souladu s tím jsou ve zvláštní části zákona formulovány skutko-

⁵⁾ N. D. Durmanov, *Stadii soveršenija prestuplenija po sovetskomu ugolovnomu pravu*, M. 1955, str. 8.

vé podstaty trestných činů. Aby byl někdo pohnán k odpovědnosti za dokonáný trestný čin, musí naplnit všechny znaky skutkové podstaty trestného činu, které jsou uvedeny ve zvláštní části.

Skutkové podstaty uvedené ve zvláštní části nepamatují na trestnost pouhého pokusu nebo na trestnost spolupachatelů, návodců a pomocníků. „Články zvláštní části trestních kodexů — říká o tom Durmanov — když vymezují skutkové podstaty dokonáných trestných činů, obsahují imperativní normu o užití příslušných trestů vůči osobám, které spáchaly *dokonáný* trestný čin. Samy články zvláštní části sovětských trestních kodexů neobsahují právní základy odpovědnosti za přípravné jednání a pokus. Proto při nedostatku normy obecné části trestající přípravné jednání a pokus, tato stadia by byla beztrestná.“⁶⁾

V tomto směru — tj. pokud jde o pokus atd. — zákonodárce rozšířil dosah skutkových podstat zvláštní části ustanovením § 5 tr. zák. o pokusu. „V tomto směru — píše Solnař — je dosah skutkových podstat rozšířen... ustanovením o pokusu. Místo, aby zákon o trestnosti těchto případů jednal zvláště u jednotlivých skutkových podstat a příslušná ustanovení vždy znovu opakoval, volí se jednodušší forma ustanovení všeobecného, kterým se dosah trestnosti v těchto směrech rozšiřuje.“⁷⁾

To znamená, že ustanovení § 5 tr. zák. je právním základem odpovědnosti za pokus v čs. trestním právu, je základem, podle kterého je možno uložit trest pachateli pokusu.

V pracích řady autorů se odpovědnost za pokus konstruuje rovněž tak, že se hovoří o rozšíření dosahu skutkových podstat pomocí ustanovení § 5 tr. zák. Dospívá se však k některým závěrům, které zkreslují poměr ke skutkové podstatě trestného činu. Tak podle Poláčka znaky pokusu (uvedené v § 5) modifikují obsah skutkových podstat, „aby rozšířily jejich dosah“. A dále — znaky pokusu „vytvářejí na úrovni zvláštního nové skutkové podstaty“.⁸⁾ Poláček tedy uznává, že je rozšířen dosah skutkových podstat zvláštní části, současně však — ne příliš ve shodě s tím — konstruuje skutkovou podstatu pokusu. Skutková podstata pokusu je Poláčkovi základem odpovědnosti za pokus.

Skutkovou podstatu pokusu konstruuje i Hatala. Je mu „popisem, definicí pojmu pokusu.“ Skutková podstata trestného činu „má se k „svému“ pojmu trestného činu tak, jako se má každá definice k „svému“ pojmu, který vymezuje.“⁹⁾ Skutková podstata je Hatalovi jediným zá-

⁶⁾ N. D. Durmanov, cit. mon., str. 172.

⁷⁾ Vl. Solnař, *Trestní právo hmotné, část obecná*, Praha 1947, str. 86.

⁸⁾ Fr. Poláček, *Skutková podstata trestného činu a účastenstvo na trestném čine podle československého trestního práva*, Právní obzor 1956, č. 4, str. 201, 202.

⁹⁾ V. Hatala, *Pokus a skutková podstata trestného činu*, Právnícké štúdie, č. 3/1957, str. 505.

kladem odpovědnosti v trestním právu. To znamená, že je jediným základem odpovědnosti i v případě pokusu. Hatala zdůrazňuje velký význam skutkové podstaty pokusu trestného činu pro bližší určení pokusu a v té souvislosti pro zachování socialistické zákonnosti. Konstrukce skutkové podstaty má podle něj zvýšit garancie socialistické zákonnosti v případě této formy trestného činu. Apeluje na „odpůrce“ skutkové podstaty jako základu odpovědnosti za pokus, aby nahlédli neúnosnost svého pojetí. Jednotné zpracování otázek pokusu na podkladě skutkové podstaty bylo by prý mnohem užitečnější z hlediska úsilí o upevňování naší socialistické zákonnosti, jakož i z hlediska současných proudů novelizačních.¹⁰⁾

Myšlenka skutkové podstaty jako základu odpovědnosti za pokus není nijak nová. Zastává ji v sovětském právu Čchikvadze, když píše, že „ačkoliv v platném trestním zákonodárství není obecné vymezení skutkové podstaty trestného činu, v podstatě celé sovětské zákonodárství je vybudováno na principu, že jediným základem pohnání k trestní odpovědnosti je zjištění skutkové podstaty v jednání obviněného.“ A dále, když říká — „sovětské trestní právo uznává existenci skutkové podstaty nejen u dokonáných trestných činů, ale i u pokusu trestného činu nebo v přípravném jednání k spáchání trestného činu. Skutková podstata trestného činu není jen v jednání osoby, která přímo spáchala trestný čin, ale i v jednání osob, které se zúčastnily jeho spáchání jako návodci nebo pomocníci.“¹¹⁾

Vedle Čchikvadzeho myšlenku skutkové podstaty pokusu zastává i Durmanov. „Pokud přípravné jednání a pokus se trestají — píše — znamená to, že v jednání osob, které spáchaly přípravné jednání a pokus, obsaženy jsou všechny znaky skutkové podstaty trestného činu.“¹²⁾

V sovětském trestním právu má konstrukce skutkové podstaty i u pokusu opodstatnění. A to v tom smyslu, že sovětské trestní právo opravdu uznává za jediný základ odpovědnosti u všech forem trestné činnosti skutkovou podstatu trestného činu. Podle čl. 320 TPK RSFSR soud při vynesení rozsudku je povinen řešit následující otázku: a) je-li tu jednání obviněnému přikládáno, b) obsahuje-li toto jednání skutkovou podstatu trestného činu, c) spáchal-li toto jednání obviněný. Čl. 326 TPK RSFSR stanoví, že osoba zproštuje se viny, neobsahuje-li její jednání skutkovou podstatu trestného činu nebo nejsou-li k dispozici dostatečné usvědčující důkazy. Konstrukce skutkové podstaty pokusu má tedy v so-

¹⁰⁾ Srov. tamtéž, str. 503.

¹¹⁾ V. M. Čchikvadze, *Ponjatije i značenije sostava prestuplenija v sovetskom ugovnom prave*, Sov. gos. i pravo č. 4/1955, str. 54, 55.

¹²⁾ N. D. Durmanov, cit. mon., str. 30.

větském právu oporu ve výslovném znění zákona. Třeba však zdůraznit, že zde nejde o skutkovou podstatu v běžném smyslu, tj. o skutkovou podstatu jako souhrn znaků ve zvláštní části uvedených [Tatbestand]. Skutkovou podstatou je zde míněn „sostav“, tj. souhrn znaků, které v podstatě zahrnují všechny náležitosti pojmu trestného činu.^{13, 14)}

Konstrukce skutkové podstaty pokusu v uvedeném smyslu však nemá opodstatnění v čs. trestním právu. § 5 odst. 1 výslovně říká, že u pokusu chybí výsledek uvedený v zákoně. Znaký výsledku uvedeného v zákoně jsou součástí skutkové podstaty trestného činu jako souhrnu znaků, které jsou uvedeny ve zvláštní části zákona. Z ustanovení o pokusu tak plyne, že u pokusu není naplněna skutková podstata trestného činu (jako souhrn znaků, které vymezují jednotlivé druhy trestných činů). Nikde však není v zákoně řeč o tom, že by se pro pokus (nebo pro jiné formy trestné činnosti) vyžadovala skutková podstata ve smyslu „sostavu prestuplenija“.

Jestliže Poláček a Hatala neberou zřetel na platnou právní úpravu a konstruuji pro pokus „skutkovou podstatu“, nepřispívají tím nijak k ujasnění obsahu ustanovení o pokusu. Ze zákona plyne, že pokus představuje případ, kde nejsou naplněny znaky skutkové podstaty trestného činu, kde však je v důsledku ustanovení § 5 rozšířen dosah skutkových podstat i na pokus trestného činu. Konstruuje-li se přesto (i když v jiném smyslu) „skutková podstata“ pokusu, může to obsah zmíněné zásady jen zatemnit, může to vést ke zkreslenému chápání poměru pokusu ke skutkové podstatě trestného činu (jako souhrnu znaků, uvedených ve zvláštní části trestního zákona).^{14a)}

Poláček a Hatala se mýlí, pokládají-li skutkovou podstatu pokusu (so-

¹³⁾ Srov. též T. V. Cereteli, V. G. Makašvili, *Sostav prestuplenija kak osnovanije ugovnoj otvetstvennosti*, S. G. P. 5/54 — 67.

¹⁴⁾ V této souvislosti třeba připomenout, že se Durmanov mýlí, když příkládá Trajnovi a Tiškevičovi, že neuznávají skutkovou podstatu za základ odpovědnosti za pokus (srov. Durmanov, cit. mon., str. 18, 19). Citovaní autoři uznávají za základ odpovědnosti u pokusu skutkovou podstatu ve smyslu platného sovětského trestního práva. Pokud hovoří o nedostatku některých znaků skutkové podstaty u pokusu, o částečném naplnění skutkové podstaty pokusu, míní tím skutkovou podstatu v onom druhém smyslu, to znamená ve smyslu souhrnu znaků ve zvláštní části uvedených. U pokusu skutečně schází některé znaky ve zvláštní části uvedené a nemusí tím být dotčen princip, že jediným základem odpovědnosti je skutková podstata trestného činu (ve smyslu sostav prestuplenija).

^{14a)} Zdá se nám, že „skutková podstata pokusu“ je jen jiným označením pojmu pokusu podle § 5 tr. zák. Pak ale nutno říci, že není důvodu pro dvojí označení téhož pojmu. Úlohu „skutkové podstaty pokusu“ pak může dobře splnit pojem pokusu podle ustanovení § 5 tr. zák. (Sr. v té souvislosti: Doktor právních věd, prof. Vladimír Solnař, člen korespondent ČSAV: Skutková podstata trestného činu a nebezpečnost jednání pro společnost, Stát a právo I, 1956, str. 86 a n.)

stav) za větší záruku zachovávání socialistické zákonnosti. Předpokladem zachovávání socialistické zákonnosti jsou přesně vymezená ustanovení trestního zákona. Skutková podstata pokusu však není — jak jsme uvedli — pojmem platného čs. trestního zákona, nýbrž něčím, co žije jen v představách svých tvůrců. Jaká je tu tedy záruka zákonnosti, když se nelze opřít o přesné znění zákona? Dodejme, že Poláček pojem skutkové podstaty pokusu neobjasnil vůbec, Hatala se o to pokusil, ale obrysy jeho pojetí pokusu jsou ještě méně zřetelné, než u „odpůrců“ skutkové podstaty pokusu jako základu odpovědnosti za pokus. I to rovněž potvrzuje, že jejich pojetí nelze pokládat za větší záruku zachovávání socialistické zákonnosti u pokusu trestného činu.¹⁵⁾

Jedině správný výklad proto je, že u pokusu jde o rozšíření dosahu skutkové podstaty (ve smyslu souhrnu znaků trestného činu, uvedených ve zvláštní části) na případy nerozvité trestné činnosti. Nejde o vytvoření nových skutkových podstat ve smyslu souhrnu znaků uvedených ve zvláštní části nebo ve smyslu sostavu prestuplenija. Dosah skutkových podstat je rozšířen ustanovením § 5 tr. zák. o pokusu trestného činu. Ustanovení § 5 tr. zák. je jediným základem odpovědnosti za pokus v československém trestním právu. Neexistuje základ odpovědnosti na způsob skutkové podstaty pokusu.

Skutečnost, že ustanovení § 5 tr. zák. je základem odpovědnosti za pokus je třeba mít na zřeteli při posuzování jednotlivých případů pokusu. Jak správně poznamenává Durmanov, je třeba při posuzování jednotlivých případů pokusu poukázat na ustanovení o pokusu. Jinak nemůže být zdůvodněna odpovědnost za danou formu trestné činnosti. Jinak nemůže být správně vyměřen trest za pokus.¹⁶⁾

Tento naprosto správný a odůvodněný požadavek (vztahující se i k výměře trestu) bývá přehlížen v praxi sovětských¹⁷⁾ i našich soudů. Pro

¹⁵⁾ Neuspokojivé je i pojetí dané otázky u Durmanova. Uvedený autor říká, že ve zvláštní části zákona je určena odpovědnost právě jen za dokonáný delikt a v souladu s tím jsou formulovány skutkové podstaty trestných činů (srov. Durmanov, cit. monografie, str. 28). Mínil tím pochopitelně skutkovou podstatu ve smyslu znaků trestného činu ve zvláštní části uvedených (Tatbestand). Dále pak pokračuje, že otázky skutkové podstaty vznikají proto jen u pokusu trestného činu. Konstruuje pak pojem skutkové podstaty pokusu trestného činu tak, že znaky zvláštní části doplňuje znaky části obecné. Podobně konstruuje i skutkovou podstatu činu trestného podle ustanovení o analogii (čl. 16 TK RSFSR). Zde ovšem již nejde o skutkovou podstatu ve smyslu znaků zvláštní části. Zde se již jasně jedná o skutkovou podstatu ve smyslu vyjádření (všech) pojmových znaků dané formy trestného činu v zákoně (sostav prestuplenija). Tedy dochází k záměně pojmů skutková podstata trestného činu v různém dvojím smyslu. To jistě obsah pojmu pokusu nijak neujasňuje, ale naopak zatemňuje.

¹⁶⁾ Srov. N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 172, 173.

¹⁷⁾ Viz N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 173.

dokreslení uveďme rozhodnutí jednoho čs. soudu o ukládání trestu za pokus. „*Při ukládání trestu za pokus*“ říká se v tomto rozhodnutí, „*není třeba vůbec citovat paragraf 5 tr. zák.* Podle paragrafu 5 odst. 2. tr. zák. je pokus trestný jako trestný čin sám, tj. podle trestních sazeb stanovených na dokonaný trestný čin. *V § 5 není žádná trestní sazba a je proto zbytečné při výměře trestu tento § citovat.*“¹⁸⁾

Citovaný názor přehlíží, že — jak již bylo řečeno — § 5 je právním základem, o který se opírá trestnost pokusu vůbec. A dále, nebere (alespoň výslovně) zřetel na to, že při výměře trestu za pokus jsou některé zvláštnosti, které má na zřeteli výslovně jen ustanovení § 5 odst. 2 tr. zák. (pokus je trestný jako trestný čin sám, *avšak* při výměře trestu přihlédne se k okolnostem a důvodům, pro něž k výsledku uvedenému v zákoně nedošlo a k tomu, jak se jednání tomuto výsledku přiblížilo). Stěží tu lze proto vystačit s odkazem jen na § 19 tr. zák. Od názoru, který jsme citovali, by nemusilo být příliš daleko k skutečnému opomíjení ustanovení § 5 odst. 2 tr. zák. při vyměřování trestu za pokus.¹⁹⁾

Je proto třeba zdůraznit, že *při posuzování případů pokusu, tj. při pohánění k odpovědnosti za pokus a při výměře trestu za pokus musí být přihlédnuto k tomu, že ustanovení § 5 je základem odpovědnosti za pokus. V každém jednotlivém případě je třeba poukázat na ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu a vycházet ze zásad v něm obsažených.*

3. Pojem pokusu v československém trestním právu — nebezpečnost jednání pro společnost a nedostatek výsledku uvedeného v zákoně

Pokus je formou trestného činu. To má na zřeteli § 75 odst. 1 tr. zák., když říká, že trestnými činy jsou jen činy soudně trestné a pokud z jednotlivého ustanovení nevyplývá jinak též *pokus*, *návod* a *pomoc*. Pokus je formou trestného činu ještě vedle jiných forem. Tak vedle dokonaného deliktu, návodu a pomoci. Jako forma trestného činu má pokus leccos společného s dokonaným trestným činem a jinými trestnými útoky na společenské vztahy chráněné zákonem.

Ovšem současně pokus jako *jedna z forem* trestné činnosti má rysy, které charakterisují právě jen jej a které jej odlišují od útoků na společenské vztahy jiné povahy — od dokonaného deliktu, návodu a pomoci. Tyto rysy, charakterisující právě jen pokus a odlišující jej od jiných trestných činností, má na zřeteli ustanovení § 5 tr. zák., které o pojmu pokusu

¹⁸⁾ SOP XVI, 22/54 — potvrzeno mnou — J. N.

¹⁹⁾ Ke zvláštnostem vyměřování trestu za pokus viz kap. IV. této práce.

trestného činu říká: „*Jednání pro společnost nebezpečné, jehož se pachatel dopustil v úmyslu způsobit výsledek uvedený v zákoně, je pokusem trestného činu, jestliže tento výsledek nenastane.*“

Všechno to (to znamená rysy společné i zvláštní) je nezbytné pro pokus. Má-li jít o pokus, musí tu být příčelný pachatel atd., a musí být splněny náležitosti § 5 tr. zák. Avšak snažíme-li se vymezit pojem pokusu, nejde nám o to, co jej s jinými trestnými činy spojuje, nýbrž o to, co je vlastní jen jemu, jako jedné z forem trestné činnosti. Jedná se nám tedy při vymezení pojmu pokusu především o ty rysy, které charakterizují *právě jen pokus trestného činu* a které jej odlišují od jiných forem trestné činnosti — dokonaného deliktu, návodu a pomoci. To znamená, že při určení pojmu pokusu jde nám o výklad obsahu ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu trestného činu.

Ve srovnání s dokonaným deliktem je pokus méně rozvitou formou trestné činnosti. Pokus je podle § 5 tr. zák. ochuzen o výsledek uvedený v zákoně. O pokus jedná se tehdy, *jestliže výsledek uvedený v zákoně nenastane*. Výsledek uvedený v zákoně ovšem neschází jenom u pokusu, ale i jinde. Tak u přípravného jednání atd. To znamená, že *pouhý* nedostatek výsledku uvedeného v zákoně ještě plně pokus neurčuje. Proto zákon žádá v § 5, aby pokus byl jednáním nebezpečným pro společnost. Podmínkou je tedy i zde (to jest nejen u dokonaného trestného činu), že již toto jednání samo *je nebezpečné pro společnost*. A konečně se požaduje pro pokus *úmysl způsobit výsledek uvedený v zákoně*.

Tyto znaky pokusu jsou v nejužší vzájemné spojitosti. Žádný z nich nemůže být pochopen izolovaně, ale jedině ve spojitosti s ostatními. Např. nelze ujasnit povahu pokusu, záležející v nedostatku výsledku uvedeného v zákoně, aniž bychom přihlédli k podmínce nebezpečnosti jednání pro společnost. Skutečnosti, které spadají pod výsledek uvedený v zákoně [jako souhrn znaků trestného činu, které jsou uvedeny ve zvláštní části s výjimkou zavinění] jsou nositeli (kritérii) nebezpečnosti jednání pro společnost. Určit, které z nich u pokusu mohou scházet a které naopak musí být splněny, nelze libovolně. K tomu je třeba určitého vodítka; a tím je právě nebezpečnost jednání pro společnost. Nebezpečnost jednání pro společnost jako základní materiální rys pokusu napomáhá tak blíže určit odlišnost pokusu od dokonaného trestného činu, pokud záleží v nedostatku výsledku uvedeného v zákoně.

Jako jednání u něhož nenastal výsledek uvedený v zákoně, vyznačuje se pokus především tím, že je ochuzen o *následek* — znak skutkové podstaty trestného činu. Pokus nezpůsobuje následek, nýbrž vyvolává jen nebezpečí jeho způsobení. Pachateli se podařilo jen ohrozit společenské vztahy, ne však způsobit následek. Základní odlišnost pokusu od trest-

ného činu dokonaného je tedy v tom, že schází (není způsoben) následek, odpovídající příslušnému znaku skutkové podstaty trestného činu (výsledku uvedeného v zákoně), že jen hrozí jeho způsobení. To plyne ze samé podstaty pokusu jako nezdařeného útoku na zájmy společnosti, chráněné zákonem. Kde není úspěchu v provádění činnosti, tam schází především to, o dosažení čeho pachatel usiloval, škoda, kterou pachatel zamýšlel způsobit. Činnost, která není korunována úspěchem, je logicky ochuzena o své plody, o své výsledky. Rysem každého pokusu je tedy nedostatek následku, spojeného s trestným činem při jeho dokonání.

Přes nedostatek následku znaku skutkové podstaty trestného činu je pokus jednáním nebezpečným pro zájmy společnosti, jednáním nebezpečným pro společnost. Ohrožuje totiž společenské vztahy, chráněné příslušným ustanovením trestního zákona. „Trestná činnost, která nevedla k následku, která nezpůsobila škodu objektu — píše Ljass — vystavuje její nebezpečí způsobení škody. V tom také spočívá nebezpečnost pro společnost přípravného jednání a pokusu. Nebezpečnost jednání pro společnost záleží nejen ve způsobení určitého v zákoně uvedeného následku, ale i ve vytvoření nebezpečí pro určitý právem chráněný zájem. Právě tím se objasňuje to, že nedostatek zločinného následku v zákoně uvedeného nezbytného znaku trestného činu, nevylučuje trestní odpovědnost vinné osoby, zatím co nedostatek kteréhokoli jiného znaku — objektu, subjektu, viny (tzv. nedostatek skutkové podstaty), odstraňuje nebezpečnost jednání pro společnost a vylučuje vůbec zločinnost a trestnost jednání.“²⁰⁾

Nedostatek následku a ohrožení vyvolané pokusem však ještě pokus zcela neurčuje a neodlišuje od dokonaného trestného činu. Pokračujeme proto v rozboru, který jsme začali následkem znakem skutkové podstaty trestného činu (výsledku uvedeného v zákoně).

V bližším určení toho, které další znaky u pokusu ještě schází a které naopak musí být splněny, není v literatuře jasno. Komentář k československému trestnímu zákonu říká, že z výsledku uvedeného v zákoně může scházet u pokusu (kromě následku), kterýkoli znak. „Poněvadž se podle § 75 odst. 3 výsledkem uvedeným v zákoně rozumí „souhrn znaků trestného činu“ — čteme v komentáři — jde o pokus nejen tam, kde se pachateli nepodařilo uskutečnit některý ze znaků naplňujících pojem výsledku uvedeného v zákoně, nýbrž i tam, kde se mu nepodařilo uskutečnit žádný z těchto znaků — např. podle §§ 5, 216 je trestný nejen ten, kdo střílí po jiném v úmyslu usmrtit ho, zasáhne ho, ale neusmrtí,

²⁰⁾ N. V. Ljass, *Ponjatje i osnovanija nakazuemosti prigotovlenija i pokušenija*, Učenyje zapisky L. U. no. 202, Leningrad 1956, str. 60.

nýbrž i ten, kdo se zbraní v ruce číhá na svou oběť a je při tom zadržán.^{21,22)}

S tím nelze souhlasit. U pokusu nemůže scházet kromě následku kterýkoli znak výsledku uvedeného v zákoně. Autoři komentáře vyložili zásadu o nedostatku výsledku uvedeného v zákoně u pokusu jen z obsahu formulace § 75 odst. 3, kde se výsledek uvedený v zákoně vymezuje a nechali stranou hledisko nebezpečnosti jednání pro společnost. Výsledek uvedený v zákoně je sice souhrn (všech) znaků trestného činu, které jsou uvedeny ve zvláštní části s výjimkou zavinění. Ale odtud nikterak neplyne, že pokus, charakterisovaný právě nedostatkem výsledku, může být ochuzen o kterýkoli znak. Zákonodárce, když vymezil pokus na rozdíl od trestného činu dokonaného nedostatkem výsledku uvedeného v zákoně, učinil tak patrně proto, aby naznačil, že kromě následku může chybět i jiný znak. Přitom však nemůže jít o kterýkoli znak. Neboť současně musí jít u pokusu o jednání nebezpečné pro společnost.

A. N. Trajnin, když charakterisuje pokus, hovoří o něm v těch případech, kdy jsou dány všechny prvky skutkové podstaty „s vyloučením jednoho — následku“. O pokus trestného činu na rozdíl od dokonaného deliktu jde tam, kde ze všech znaků skutkové podstaty schází jen následek — porucha nebo ohrožení objektu, popsaná v zákoně. Jiný prvek u pokusu scházet nemůže. Kde schází některý jiný znak, o pokus nejde. Při nedostatku jiného znaku než následku jde o tzv. nedostatek skutkové podstaty (probel v sostave). Nedostatek následku tvoří tak hranici, která odlišuje pokus od trestného činu dokonaného a současně „odděluje případy pokusu od případů nedostatku skutkové podstaty trestného činu, které vylučují trestní odpovědnost. U nedostatku skutkové podstaty schází *kteříkoliv* prvek (nebo kterékoliv prvky) skutkové podstaty s výjimkou následku; u pokusu naproti tomu schází právě následek a žádný jiný prvek skutkové podstaty“.²³⁾

Trajninova charakteristika je beze sporu správná, máme-li na mysli ukončený pokus. Zde skutečně platí, že schází jedině následek — znak skutkové podstaty trestného činu. Tak jestliže vrah střílel na oběť, která uhnula, jeho jednání naplňuje všechny znaky skutkové podstaty trestného činu až na následek.

²¹⁾ Trestní zákon, Komentář k zákonu ze dne 12. července 1950, č. 86/Sb., str. 34.

²²⁾ K cit. příkladu pokusu vraždy, který je uváděn na druhém místě, dodejme, že jeho autoři se mýlí, tvrdí-li o číhání vraha na oběť, že nesplňuje vůbec znaky výsledku uvedeného v zákoně. Je zde přece objekt a předmět útoku, požadovaný zákonem pro trestný čin vraždy podle § 216 tr. zák.

²³⁾ A. N. Trajnin, *Sostav prestuplenija po sovetskomu ugolovnomu pravu*, Gosjurizdat, Moskva 1951, str. 309.

Není však správná u ostatních případů pokusu, které se mohou vyskytnout. Tak u tzv. neukončeného pokusu, kde pachatel nepodnikl ještě vše, co považoval za nezbytné pro dokonání trestného činu. Dále u tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku a nezpůsobilými prostředky atd. Při bližším jejich rozboru vidíme, že nedostatek následku jde ruku v ruce s poruchou v některém znaku jiném. Např. nebyl-li skutečně následek, může to svědčit o tom, že se nerozvinulo plně jednání popsané ve skutkové podstatě trestného činu, tedy že schází jednání — jeden z dalších znaků skutkové podstaty trestného činu. S tím je spojen i nedostatek příčinné souvislosti, rovněž znaku skutkové podstaty. (Např. pachatel namířil na oběť, ale nestřelil na ni, protože mu v tom bylo zabráněno.)

Na bližší odůvodnění lze ještě uvést následující: zákonodárce sám připouští pokus nejen při nedostatku následku. To je zřejmé z toho, že při vymezení pokusu neomezil charakteristický rys pokusu jen na znak následku. Pokus je vymezen jako jednání, které nevedlo k výsledku uvedenému v zákoně. Jistě nic nebránilo zákonodárci, aby místo této formulace, výslovně hovořil jen o tom, že schází následek. A tak i z vymezení zákona je patrné, že kromě následku je pokus na rozdíl od trestného činu dokonání ochuzen i o jiné znaky. Dodejme, že ve formulaci zákona se hovoří o pokusu jako jednání, které nesplňuje znaky výsledku uvedeného v zákoně a současně jako o jednání nebezpečném pro společnost. To znamená, že i při nedostatku dalších znaků kromě následku (výsledek uvedený v zákoně je širší než následek) se připouští pro společnost nebezpečná povaha pokusu. To jistě rovněž potvrzuje, co bylo řečeno.

Protože u pokusu může scházet i jiný znak než následek, znamená to, že není opodstatněné odlišení pokusu od dokonání trestného činu pomocí následku. Avšak nejen to. Jde-li o pokus i při nedostatku jiného znaku než následku, je neopodstatněné hovořit o tom, že oblast nedostatku skutkové podstaty trestného činu vylučuje odpovědnost.²⁴⁾ Jiná je ovšem otázka, které z dalších znaků skutkové podstaty ještě u pokusu mohou scházet, aby šlo o jednání pro společnost nebezpečné.

Pokud jde o *objekt* trestného činu, nelze říci, že by mohl scházet. Objekt určuje povahu daného trestného činu. Je lhostejné, jde-li o trestný čin dokonaný nebo o pokus. Např. lidský život (objekt vraždy podle § 216 tr. zák.) určuje povahu trestného činu vraždy, dokonání i pokusu. A dále existence objektu je nezbytnou podmínkou ohrožení, které jak

²⁴⁾ Trajninovo pojetí je obměnou teorie nedostatku vnější skutkové podstaty. Zmíněná teorie rovněž při odlišení oblastí pokusu a beztrestných jednání (tzv. putativního deliktu) klade důraz na nedostatek některých znaků skutkové podstaty trestného činu. Obě pojetí vedou k stejným důsledkům.

jsme viděli výše, určuje pro společnost nebezpečnou povahu pokusu. Kde nejsou společenské vztahy chráněné zákonem, tam není co ohrožit. Kde není objekt, nemůže být řeč ani o nějakém ohrožení. Uložení trestu tam, kde není objekt, ztrácí svou společenskou funkci. Proto tedy — objekt podmínka pokusu, podmínka pro společnost nebezpečné povahy pokusu.²⁵⁾

Pokud jde o znaky charakterisující *objektivní stránku* trestného činu, zčásti jsme se jich již dotkli v souvislosti s následkem. Následek u pokusu sice chybí, avšak jsou ohroženy společenské vztahy chráněné zákonem. Hatala charakterisuje zmíněné ohrožení jako druh následku. Nepovažujeme to za příliš vhodné. U pokusu schází následek — znak skutkové podstaty trestného činu. Řeč o nějakém následku u pokusu může tuto základní odlišnost pokusu od dokonaného trestného činu jen zatemnit.

U pokusu musí být podniknuto nějaké jednání, které ohrožuje objekt a je projevem pachatelovy snahy způsobit následek. Otázka však je, zdali jde vždy o jednání — znak skutkové podstaty nebo o jednání jiné. Otázka je, zda u pokusu musí být vždy jednání — znak skutkové podstaty trestného činu.

A. N. Trajnin, když nastiňuje schema pokusu uvádí, že pokus lze vyjádřit následujícím způsobem. „Pokus=úmysl+jednání, které je prvkem skutkové podstaty — následek.“²⁶⁾ To znamená, že by u pokusu mělo být vždy jednání požadované pro skutkovou podstatu toho kterého trestného činu. V tomto směru nebylo by vlastně rozdílu mezi pokusem a trestným činem dokonaným.

S tím lze stěžít, alespoň v takové všeobecnosti, souhlasit. Vzpomeňme např. tak zvaného neukončeného pokusu. U něj lze stěžít hovořit o tom, že by pachatel spáchal jednání požadované pro skutkovou podstatu trestného činu. Jak správně poznamenává Durmanov, schází u neukončeného pokusu řada článků, představujících ve svém souhrnu teprve jednání — znak skutkové podstaty trestného činu. To je zřejmé tam, „kde trestný čin se skládá ze dvou časově oddělených aktů, jako je např. spekulace.“²⁷⁾ Avšak lze uvést také případy pokusu, který ještě vůbec nenaplnuje skutkovou podstatu trestného činu a tzv. nezpůsobilého pokusu. Číhá-li vrah na oběť, neuskutečňuje ještě znak usmrcování, požadovaný pro skutkovou podstatu vraždy podle § 216 tr. zák. Střelí-li vrah zaměněnými slepými náboji na oběť, neusmrcuje. To ovšem znamená, že pro pokus není nutné z výsledku uvedeného v zákoně vždy jednání znak skutkové podstaty trestného činu. Valná část případů pokusu ještě nespadá pod popis jed-

²⁵⁾ Jinak V. Hatala, cit. práce, str. 509, 515.

²⁶⁾ A. N. Trajnin, cit. monografie, str. 314.

²⁷⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 113.

nání, uvedený ve zvláštní části zákona, ale je přesto pokusem. (Blíže viz kap. II.)²⁸⁾

U pokusu dále je jakási příčinná souvislost. Hatala, který hovoří u pokusu o ohrožení, které pokus vyvolává, jako o následku, vyvozuje, že „i při pokusu trestného činu je příčinná souvislost, a to právě mezi pachatelovým jednáním a nebezpečím poruchy, pocházejícím právě z tohoto jednání.“²⁹⁾ To je správné, ovšem třeba k tomu říci, že nejde o příčinnou souvislost, jakou má na zřeteli skutková podstata trestného činu. Vloupá-li se pachatel do obchodu, ale je přistižen, je příčinná souvislost mezi vloupáním a ohrožením majetku, který je v socialistickém vlastnictví. Nerozvinula se ale příčinná souvislost mezi vloupáním a zásahem objektu v podobě zmocnění se věcí, které byly v obchodě. Pachatel nezpůsobil následek popsany v ustanovení § 245 odst. 1 písm. a) tr. zák. — nezmocnil se věci z majetku v socialistickém vlastnictví, v úmyslu nakládat s ní jako s vlastní. Z toho plyne, že u pokusu schází z objektivní stránky také příčinný vztah mezi jednáním a následkem, znakem skutkové podstaty trestného činu.

Poslední součástí skutkové podstaty (výsledku uvedeného v zákoně) je *znak charakterisující možný okruh pachatelů trestného činu* (tzv. speciální subjekt). Jeho přítomnost bude pravidelně nezbytná pro pokus trestného činu. Tak tam, kde skutková podstata předpokládá pachatele, který je subjektem společenského vztahu, jenž je objektem trestného činu. Např. tam, kde pachatelem může být jen veřejný činitel. V těchto případech nedostatek subjektu naznačuje i nedostatek objektu. To znamená, že nelze hovořit o nebezpečnosti jednání pro společnost. Schází-li znaky subjektu, těžko hovořit o pokusu. Pokusí-li se někdo porušit svou povinnost, domnívá se, že je veřejným činitelem, je těžko mluvit o pokusu. Nejsou zde společenské vztahy, které měly být dotčeny. Nelze hovořit o tom, že v době činu byly ohroženy společenské vztahy. Nestačila by případná možnost opakování činu týměž pachatelem, vystupujícím tentokrát ve funkci skutečného veřejného činitele.

Pokus trestného činu liší se tedy od jiných útoků na společenské vztahy, zvláště pak od dokonatého trestného činu tím, že nenaplní výsledek uvedený v zákoně. Nesplňuje především *následek* — znak skutkové podstaty trestného činu. Pokus však nemusí dále naplňovat i jiné znaky výsledku uvedeného v zákoně, tak *jednání* požadované pro dokonatý trestný čin. Vždy se u pokusu nerozvila *příčinná souvislost*, která se vyžaduje

²⁸⁾ Tyto případy vyskytují se i v teorii a praxi sovětského trestního práva. (Srov. např. T. L. Sergeeva, *Borba s podlogami dokumentov po sovětskomu ugovnomu pravu*, Moskva-Leningrad, 1949, str. 92.)

²⁹⁾ V. Hatala, cit. práce. str. 511.

při dokonání trestného činu. Přes nedostatek následku je pokus jedním nebezpečným pro společnost, neboť ohrožuje společenské vztahy, chráněné zákonem. To ovšem znamená, že se pro pokus předpokládá *jednání* (i když ne jednání — znak skutkové podstaty trestného činu), které je příčinou tohoto ohrožení a dále společenský vztah chráněný zákonem — *objekt* tohoto ohrožení. S objektem pak souvisí subjekt. Tam, kde znaky subjektu jsou prvkem společenského vztahu — objektu trestného činu, je pro pokus nezbytné, aby pachatel měl náležitosti tzv. *speciálního subjektu*.

4. Subjektivní stránka pokusu trestného činu

Pokus je v zákoně dále charakterisován subjektivní stránkou ve formě úmyslu. Podle § 5 tr. zák. jde o pokus trestného činu tam, kde pachatel podnikl trestnou činnost v *úmyslu* způsobit výsledek uvedený v zákoně, jestliže tento výsledek nenastane.

Pokus není ani logicky jinak možný, než v úmyslné formě. Jak správně uvádí Durmanov „pokus a přípravné jednání vždy předpokládá úmyslnou trestnou činnost. Nemůže být přípravná trestná činnost z nedbalosti, protože při nedbalosti volní jednání ani přímo ani nepřímo není zaměřeno k spáchání trestného činu.“^{30,31)}

Subjektivní stránkou ve formě úmyslu liší se pokus od trestného činu dokonatého, který bývá možný i při zavinění ve formě nedbalosti.

Pokud jde o povahu úmyslu není rozdíl mezi pokusem a dokonáním deliktu. Postačí i úmysl eventuální.³²⁾

Někteří autoři připouštějí možnost pokusu jen s úmyslem přímým. A. N. Trajnin soudí, že „v případech spáchání trestného činu s eventuálním úmyslem pachatel — jak známo — nepřeje si nastoupení zločinného následku. Poněvadž si tento následek pachatel nepřeje, nemůže se „logicky“ připravovat k jeho spáchání nebo pokoušet se o jeho spáchání. Naproti tomu u zdánlivého eventuálního úmyslu, tj. v případech, kde eventuální následek nutně musil nastoupit, je plně možné přípravné jednání i pokus, protože v těchto případech jde v podstatě o úmysl přímý.“³³⁾

N. D. Durmanov se k tomu připojuje a na bližší odůvodnění uvádí: pachatel jednající s přímým úmyslem podřizuje přípravné jednání a pokus cíli spáchání trestného činu. „Nic takového není u eventuálního úmyslu.

³⁰⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 118.

³¹⁾ U trestných činů z nedbalosti volní složka obsažená v jednání pachatele nemá takové zaměření, jako u trestných činů úmyslných.

³²⁾ *Československé trestné právo*, svazek I, všeobecná část, Slovenské vydavateľstvo politickej literatúry, Bratislava 1956, str. 286.

³³⁾ A. N. Trajnin, cit. monografie, str. 319, 320.

Pachatel jednající s eventuálním úmyslem je si toliko vědom — spolu s množstvím jiných následků — i možnosti nastoupení daného následku. Avšak ani jedno jednání směřující k způsobení tohoto následku pachatel nepáchá. Tento následek je vedlejší produkt jeho jednání. Pachatel by nebyl nikdy rozhořčen, ale většinou by se radoval, jestliže by následek, zahrnutý eventuálním úmyslem nenastoupil.

Není žádného důvodu z množství možných následků, jejichž nastoupení připouští pachatel jednající s eventuálním úmyslem, vybírat těžké (následky — J. N.) a přičítat obviněnému pokus o dosažení právě tohoto následku.“

To znamená, že „jestli při realizaci eventuálního úmyslu nebyl dosažen následek, vinník může být pohnán k trestní odpovědnosti za spáchané jednání, jestliže obsahuje samostatnou skutkovou podstatu trestného činu.³⁴⁾

S tím nelze — alespoň obecně — souhlasit. Pachatel při eventuálním úmyslu přímo nechce následek. To je pravda. Avšak to neznamená, že se nemůže pokoušet s eventuálním úmyslem a že mu nebudeme přičítat pokus s eventuálním úmyslem. Směřovala-li pachatelova činnost k dokonání deliktu a náhoda zabránila dokonání, nemůže se situace změnit v tom směru, že by se pachateli trestná činnost nepřičítala, že bychom řekli, že se pachatel nepokoušel. Pachatel rozvíjel trestnou činnost jako u dokonaneho deliktu s eventuálním úmyslem. Jestliže ji nedovedl do konce, pokoušel se o trestný čin. Např. jestliže pachatel při pohlavním zneužití (§ 239) bude chtít vykonat soulož a bude pouze srozuměn s tím, že osoba, s níž souloží, je mladší než patnáct let, a někdo mu v tomto deliktu zabrání, pokoušel se s eventuálním úmyslem o trestný čin pohlavního zneužití podle §§ 5, 239 tr. zák.³⁵⁾ Tedy argument, že pachatel se „logicky“ nemůže pokoušet o něco, co nechce, nemůžeme uznat za správný.

Eventuální úmysl u pokusu nemůže vyloučit ani argumentace Durmanovova. Následek — znak skutkové podstaty trestného činu — není vedlejším produktem pachatelova jednání, podniknutého s eventuálním úmyslem. Co by pak bylo hlavním produktem? Trestní právo si určitě nevšímá vedlejších produktů jednání, ale hlavních, rozhodných (z hlediska nebez-

³⁴⁾ Durmanov, cit. monografie, str. 124, 125.

³⁵⁾ Stejně jde o pokus s event. úmyslem v následujícím příkladu: pachatel, který je velký a silný, napadl poškozeného ze žárlivosti a pak, když poškozený již ležel na zemi, popadl tyčku od plotu a touto tloukl poškozeného mnohokrát po hlavě a při tom křičel, že ho musí zabít, že mu vyrazí ledviny a že poškozený musí zdechnout. Když mu již způsobil ublížení na zdraví, byl odtržen ostatními přítomnými. Pokládal za možné, že svým násilným jednáním může poškozenému způsobit zranění intensity, kterou má na zřeteli § 75 odst. 13 a s takovým event. výsledkem svého zlého nakládání s poškozeným byl srozuměn.

pečnosti jednání pro společnost) následků. Ale to znamená, že je důvod vybrat ze souhrnu následků právě následek znak skutkové podstaty trestného činu. Tento důvod je zde i při pokusu. I při pokusu lze říci, že činnost podniknutá s eventuálním úmyslem směřovala k popsanému následku.

Musí být proto uznáno, že u pokusu může subjektivní stránka záležet rovněž i v úmyslu eventuálním. To znamená, že subjektivní stránkou požadovanou pro pokus trestného činu míní se zavinění v obou formách úmyslu.

Na závěr je třeba se ještě zmínit o problému zavinění ve vztahu ke zvlášť přitěžujícím okolnostem.

Udvardy u pokusu trestného činu za zvlášť přitěžujících okolností vyžaduje (mají-li se pachateli přičítat okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby) dolosní zavinění ke skutečnostem, spadajícím pod základní skutkovou podstatu trestného činu, ale i k těm, které jsou ve skutkové podstatě kvalifikované.³⁶⁾

Pro takové chápání subjektivní stránky ve vztahu ke zvlášť přitěžujícím okolnostem není důvodu. Zvláště přitěžující okolnosti jsou sice součástí výsledku uvedeného v zákoně, avšak v otázce zavinění platí pro ně zvláštní úprava § 4 odst. 2. To znamená, že úmysl pachatele pokusu se vztahuje k výsledku uvedenému v zákoně jako ke skutečnostem, které (s výjimkou zavinění) naplňují základní skutkovou podstatu trestného činu. Nemusí se však vztahovat k zvláště přitěžujícím okolnostem. Nutno proto i zde u pokusu rozlišovat vztah k základním skutečnostem a ke kvalifikačním momentům, spadajícím pod výsledek uvedený v zákoně.³⁷⁾

Jiná je ovšem otázka, jak se u pokusu za zvlášť přitěžujících okolností uplatní obsah ustanovení § 4 odst. 2 tr. zák. Jak správně uvádí Hatala, který se otázkou zabýval ex professo, o takový kombinovaný vztah půjde zejména v těch případech, kde obsahem zvlášť přitěžující okolnosti je tzv. jiná skutečnost, z jejíž povahy nebude plynout pachatelovo vědomí o ní (např. §§ 5, 243 odst. 2 písm. b) tr. zák.). O takový kombinovaný vztah nepůjde však při těch jiných skutečnostech, při nichž pachatelovo vědomí o nich, tedy jejich úmyslné zavinění bude plynout přímo z jejich povahy (např. § 216 odst. 2 písm. b) tr. zák.).³⁸⁾

O takový kombinovaný vztah pak zpravidla nepůjde v těch případech, kde obsahem zvlášť přitěžující okolnosti bude těžší následek, na který se při pokusu trestného činu za zvlášť přitěžujících okolností bude vyžadovat úmyslné zavinění. „Konstrukce zavinění z nedbalosti k možnému těžšímu následku ve smyslu logického výkladu § 4 odst. 2 písm. a) tr. zák.

³⁶⁾ Srov. L. Udvardy, *Zavinenie pri pokuse trestného činu*, Právny obzor 4/1955, str. 373.

³⁷⁾ Z judikatury k této otázce srov. č. 16/1957 Sb. rozh. čs. soudů.

³⁸⁾ Srov. V. Hatala, cit. práce str. 517.

nepřichází v úvahu už také proto, neboť by taková konstrukce nepřípustně favorisovala co do trestu pachatele dokonáního deliktu před pachatelem pokusu: pachatel dokonáního deliktu, který mohl mít ale neměl těžší následek, neodpovídal by podle těžší sazby a byl by na tom zřejmě výhodněji než pachatel pokusu téhož deliktu, který by odpovídal podle vyšší sazby tehdy, když jeho pokus mohl mít těžší následek krytý nedbalostí, o kterém však nelze vůbec říci, zda by nastal nebo nenastal.³⁹⁾

Bude však možný tam, kde je dán těžší následek, ale nebyla naplněna základní skutková podstata trestného činu. Např. pachatel se pokusil o porušení povinnosti veřejného činitele, je dána zvláště přitěžující okolnost (může být takovým činem zvýšenou měrou ohrožena důvěra pracujícího lidu v nestrannost nebo vážnost úřadu), krytá nedbalostí, nejsou však zcela dány skutečnosti požadované pro základní skutkovou podstatu § 175 tr. zák. Jde o pokus za zvláště přitěžujících okolností podle §§ 5, 175, odst. 1, 2 písm. b) tr. zák.

Zavinění u pokusu má tedy formu úmyslu. V tomto směru se pokus liší od trestného činu dokonáního, který je možný i z *nedbalosti*. O úmyslu platí u pokusu totéž, co u trestného činu dokonáního. Stačí i *úmysl eventuální*. Pokud jde o zvláště přitěžující okolnosti, platí o vztahu k nim u pokusu *přiměřeně pravidla obsažená v ustanovení § 4 odst. 2 tr. zák.*

³⁹⁾ V. Hatala, cit. práce, str. 517, 518.

1. Úvod

Problematika odlišení pokusu a přípravného jednání v čs. trestním právu zahrnuje dvě otázky. První z nich plyne z formulace pokusu v § 5 tr. zák. Uvedené ustanovení vymezuje pokus především jako jednání nebezpečné pro společnost. Z této poměrně všeobecné formulace celkem není patrný rozdíl mezi pokusem a přípravným jednáním. Nebezpečnost jednání pro společnost požaduje se nejen pro pokus, ale i pro jiné formy trestného činu a tedy i pro přípravné jednání (pokud je trestné). Odtud otázka, co míní zákonodárcé nebezpečností jednání pro společnost pokusu na rozdíl od přípravného jednání. *Čím se liší pokus od přípravného jednání?*

Další otázka souvisí s právní úpravou trestnosti přípravných jednání v čs. trestním právu. Náš trestní zákon — na rozdíl od sovětského — stanoví trestnost přípravných jednání jen v jednotlivých případech, ve formě tzv. deliktů sui generis. Poměrná náhodilost ve výběru trestných přípravných jednání způsobuje, že některá jednání — podstatou přípravná, by mohla zůstat bez trestu, neboť nespadají pod znaky žádného z deliktů sui generis. Naskytá se otázka, zda je možno vyplnit mezeru v trestných přípravných jednáních tím způsobem, že pod pojem pokusu (formulovaný jak jsme řekli velmi široce) zahrneme i některá zvlášť nebezpečná přípravná jednání, zasluhující trestu. A dále, která jednání podstatou přípravná by takto pod ustanovení o pokusu spadala? *Jak odlišit tato jednání od ostatních, podstatou rovněž přípravných?*

2. Odlišení pokusu a přípravného jednání

V řešení první otázky vycházejí vymezení pokusu podaná v literatuře čs. trestního práva z toho, že ve smyslu § 5 tr. zák. je základem pro odlišení pokusu a přípravného jednání materiální podmínka trestného činu — nebezpečnost jednání pro společnost. V tom se však zdaleka nevidí ještě řešení problému. Správně se poukazuje na to, že „potíž je v tom, že nejen pokus trestného činu, ale i přípravné jednání může být do určité míry nebezpečné pro společnost. Vždyť — jak už se o tom stala zmínka — sám trestní zákon přiznává někdy přípravě povahu jednání nebezpečného pro společnost a postihuje ji jako samostatný trestný čin.“⁴⁰⁾ Z toho se dovozuje, že rozdíl mezi pokusem a přípravným jednáním nebude v tom, „zda jde nebo nejde o jednání nebezpečné pro společnost, nýbrž v roz-

⁴⁰⁾ B. Vybíral, *Pojem a význam objektu trestného činu v československém socialistickém trestním právu*, Rozpravy ČSAV 1956, str. 138.

*dílném stupni nebezpečnosti pokusu a přípravného jednání pro společnost.*⁴¹⁾

Při konkretisaci této směrnice docházejí jednotliví autoři k odchylným závěrům. Učebnice [nástin] obecné části čs. trestního práva snaží se konkretisovat odchylný stupeň nebezpečnosti jednání pro společnost, který odděluje pokus a přípravné jednání pomocí ustanovení zákona o trestných přípravných jednáních (tzv. deliktech *sui generis*) a dále ustanovení § 5 odst. 2 o stejné míře trestnosti pokusu jako dokonaného trestného činu. „Hranice, kdy začíná trestný pokus je určena negativně tím, že *nesmí jít o typické přípravné jednání* zahrnuté pod zvláštní ustanovení tr. zák., ani o jednání jemu podobné, pozitivně pak tím, že *jde o jednání pro společnost nebezpečné*, při čemž míra nebezpečnosti pro společnost se musí blížit této nebezpečnosti u činu dokonaného. Jako u činu dokonaného, tak i zde je třeba míru nebezpečnosti posuzovat nikoli ztrnule (např. jen podle trestních sazeb), ale individuálně podle konkrétní povahy skutku, též s přihlédnutím k místnímu i časovému prostředí, v němž byl čin spáchán.“⁴²⁾

Tento názor na odlišení pokusu a přípravného jednání byl později v mnoha směrech podroben kritice. Vytýkalo se mu především hledisko typických přípravných jednání. „Podle našeho názoru — vytýkal oprávněně Vybíral — je však toto kritérium (tj. kritérium tzv. deliktů *sui generis* — J. N.) velmi problematické a nespolehlivé. Především proto, že by mohlo vést k příliš širokému výkladu pojmu pokusu ve smyslu § 5. Musili bychom totiž vždy dojít k závěru, že osoba, která jen poněkud překročí rámec typické přípravné činnosti nebo činnosti podobné, dopustí se již vždy pokusu...“⁴³⁾ Dále ještě vytýkal Vybíral negativnímu hledisku, že v některých případech dokonce může vést „i k nežádoucímu zúžení pojmu pokusu ve smyslu § 5. Je ovšem třeba plně souhlasit s tím, že za pokus trestného činu obecného ohrožení (§ 190) nelze pokládat pouhou výrobu nástrojů k spáchání tohoto trestného činu, když taková činnost je mírněji postižena jako samostatný trestný čin v § 191. Kde je však psáno, že by nemohla a neměla být za určitých okolností postižena podle § 5 přípravná jednání podobná jednáním uvedeným v § 191, kdyby taková jednání směřovala k provedení nikoliv trestného činu obecného ohrožení, nýbrž třebaš k trestnému činu sabotáže podle § 84? Cožpak není jasné, že přípravná jednání k tak závažnému trestnému činu jako je sabotáž mohou být nersrovnatelně nebezpečnější pro společnost než svou formální podobou

⁴¹⁾ Tamtéž, str. 139.

⁴²⁾ *Trestní právo*, část obecná, kolektiv spolupracovníků katedry trestního práva 1953, str. 172, 173 (skripta).

⁴³⁾ B. Vybíral, cit. monografie, str. 144.

stejná přípravná jednání k spáchání trestného činu obecného ohrožení?“^{44, 45]}

Velmi podstatná byla pak ta připomínka, že je sice správný názor, že pokus předpokládá přibližně stejný stupeň nebezpečnosti pro společnost jako dokonaný trestný čin (opřeny o výklad § 5 odst. 2 tr. zák.), ale že „... tento jinak správný názor pro svou přílišnou obecnost stěží může dát praxi spolehlivé a přesné vodítko k rozlišení pokusu a přípravného jednání.“^{46]}

Dodejme k tomu, že však nejde jen o to, že náhled nástinu učebnice čs. trestního práva je příliš obecný, málo říkající a vyžadující tudíž konkretisaci. Citovaný nástin požaduje, aby se potřebná míra nebezpečnosti, jíž se pokus liší od přípravného jednání, posoudila podle všech okolností individuálního případu, též se zřetelem na místní a časové prostředí, v němž byl čin spáchán. Je však zřejmé, že hranice mezi pokusem a přípravným jednáním se nedá určit podle všech složek pokusu, nýbrž jen podle složky jediné, a to konkrétně podle objektivní stránky trestného činu. Jde přece o rozdílné *fáze vývoje* trestné činnosti, o fáze, které se liší tím, jak postoupily ve svém vnějším projevu, konkrétně v jednání, vývoji příčinné souvislosti a způsobování následku — znaku skutkové podstaty trestného činu.

O podrobnější charakteristiku pokusu na rozdíl od přípravného jednání se pokusil svého času Poláček v článku, navazujícím na stať Filipovského o pokusu v trestním zákoně.^{47, 48]} Poláček při odlišení pokusu a přípravného jednání použil jednak hlediska skutkové podstaty trestného činu, jednak negativního určení pomocí typických přípravných jednání a dále srovnání s institutem nutné obrany podle § 8 tr. zák. „Pokusem podle trestního zákona je nejenom *bezprostřední uskutečňování činnosti popsané ve skutkové podstatě* [uskutečňování jádra skutkové podstaty, uskutečňování činnosti typické pro tu kterou skutkovou podstatu], ale patří do něho ještě část rozvití trestné činnosti, která patří do stadia před započatím uskutečňování činnosti popsané ve skutkové podstatě.“^{49]} Pokud jde o to, kam až takto sahá pokus, resp. kde končí přípravné jednání a začíná pokus trestného činu, zdůrazňuje Poláček, že do oblasti pokusu lze zahrnovat činnosti, které nejsou trestné podle zvláštních skutkových

^{44]} Tamtéž.

^{45]} Na problematičnost takového použití negativního kriteria deliktů sui generis poukázal v poslední době i Solnař. (Srov. Solnař, *Nová kodifikace trestního práva a úkoly vědy*, Stát a právo III. 1957, str. 108.)

^{46]} B. Vybíral, cit. monografie, str. 139.

^{47]} Fr. Poláček, *Pokus a přípravné jednání*, Lidové soudnictví č. 7/1951, str. 113 a n.

^{48]} J. Filipovský, *Pokus v trestním zákoně*, Lidové soudnictví č. 3/1951, str. 68 a n.

^{49]} Fr. Poláček, cit. článek, str. 216.

podstat (tzv. deliktů sui generis). Důležitou pomůcku vidí v institutu nutné obrany (§ 8). O pokus jde tam, kde společensky nebezpečný útok přímo hrozí ve smyslu § 8 o nutné obraně.⁵⁰⁾

Nové je tedy u Poláčka to, že klade u pokusu důraz na dobu, kdy ještě nebyla uskutečněna činnost, popsaná ve skutkové podstatě. „Pojem *útoku přímo hrozícího* nutno rozlišit od pojmu *bezprostředního uskutečnění činnosti* ve skutkové podstatě.“⁵¹⁾ Pokus začíná tam, kde časově jde o útok přímo hrozící zájmům, které čs. trestní právo chrání.

V nauce je však krajně sporné, v které fázi je nutná obrana možná. Sluckij dokonce považuje za chybu „ztotožňovat existující útok (naličnost posjagatelstva) se stadiem pokusu trestného činu.“⁵²⁾ Možnost nutné obrany je dána podle něj již tehdy, když ještě nejde o pokus trestného činu.⁵³⁾ To znamená, že hledisko útoku přímo hrozícího nebývá považováno za specifické jen pro pokus, nýbrž i pro přípravné jednání. Těžko potom v něm vidět spolehlivé vodítko odlišení pokusu a přípravného jednání.

I kdyby se však dalo bez pochybností tvrdit, že o pokus jde tam, kde je již možnost nutné obrany, mnoho by nám to nebylo platné. Tázali bychom se — je již možná nutná obrana? Jestliže ano, jde již o pokus. Avšak odpověď na otázku o možnosti nutné obrany předpokládá mimo jiné i zjištění, zda je tu již pokus. Neboť jen tam, kde jde již o pokus, možno se bránit ve smyslu § 8 tr. zák. Úžitek, který nám hledisko § 8 přináší není žádný.

Poměrně nejdál dospěl v odlišení pokusu a přípravného jednání na podkladě různého stupně nebezpečnosti jednání pro společnost Vybíral. Rozdílný stupeň nebezpečnosti pokusu a přípravného jednání spočívá podle něj „v rozdílné intenzitě zaměření obou těchto forem činnosti proti chráněným společenským vztahům — proti objektu trestného činu: *pokus trestného činu bezprostředně ohrožuje chráněné společenské vztahy, kdežto přípravné jednání znamená jen vzdálené ohrožení objektu*“.^{54), 55)} Takové je podle jeho názoru hlavní kritérium k rozlišení stupně nebezpečnosti pro společnost pokusu a přípravného jednání. V dalších svých

⁵⁰⁾ Srov. Fr. Poláček, cit. článek, str. 216, 217.

⁵¹⁾ Fr. Poláček, cit. článek, str. 217.

⁵²⁾ Sluckij, *Obstojaťelstva isklučajuščije ugovnuju otvetstvennost*, Izdatelstvo Leningradskogo universiteta 1956, str. 54.

⁵³⁾ Tamtéž.

⁵⁴⁾ B. Vybíral, cit. monografie, str. 139.

⁵⁵⁾ Srov. též vymezení v učebnici Menšagina-Vyšinské, podle něhož „se pokus liší od přípravného jednání tím, že u přípravného jednání pachatel *nezaměřuje své jednání bezprostředně na objekt*, zatím co u pokusu se již začíná uskutečňovat takový zásah objektu“. (Menšagin-Vyšinskaja, *Sovetskoje ugovovnoje pravo*, učebník dlja juridičeskich škol, Moskva 1950, str. 137.)

úvahách pak Vybíral usiluje ještě o rozvedení hlavního znaku, jímž se liší pokus a přípravné jednání, a to stanovením některých hledisek pomocných, která by se uplatnila u některých případů hraničních, jež nenaplňují ještě skutkovou podstatu trestného činu. Tak odlišuje pokus a přípravné jednání srovnáním ustanovení o pokusu s ustanovením o nutné obraně atd.

V mnoha případech můžeme říci, že jednání, jimiž byl spáchán pokus, skutečně znamenají bezprostřední ohrožení objektu a liší se jím od předchozí fáze vývoje trestné činnosti — od jednání přípravného.

To platí většinou o těch případech, kde následkem — znakem skutkové podstaty trestného činu je způsobení poruchy na objektu. Tedy o pokusech tzv. deliktů poruchových. Pokusí-li se vrah o „poruchu“ — usmrcení jiného střelbou z pistole — a mine se obětí, je tu bezprostřední ohrožení objektu — života jiného člověka. U těchto případů určení pokusu jako jednání, které bezprostředně ohrožuje objekt, vystihuje jeho povahu na rozdíl od přípravného jednání.

Avšak v některých případech jednání, v nichž záležel pokus trestného činu, ve skutečnosti bezprostřední ohrožení objektu nevyvolávají a ani vyvolat nemohou.

Tak je tomu především i u některých pokusů poruchových deliktů (tak číhá-li vrah na obět, která nepřijde) a dále tam, kde následkem — znakem skutkové podstaty trestného činu není určitá porucha na objektu, nýbrž jen více nebo méně intenzivní hrozba poruchou, čili jen ohrožení objektu. Např. u ohrožovacího deliktu jako je obecné ohrožení (§ 190), kde následkem — znakem skutkové podstaty trestného činu je vyvolání obecného nebezpečí, tj. vydání lidí v nebezpečí smrti nebo těžké újmy na zdraví anebo cizího majetku v nebezpečí škody velkého rozsahu. Nebo jako je opilství, které je při dokonání spojeno dokonce jen s možností ohrožení života nebo zdraví lidí nebo způsobení značné škody na majetku. Dále např. u deliktů podstatou přípravných, kde následkem — znakem skutkové podstaty trestného činu je jen vzdálené nebezpečí poruchy (ohrožení)⁵⁶⁾ objektu. Bezprostřední ohrožení objektu však nevyvolávají ještě i některé další případy pokusu. Tak pokus nezpůsobitelnými nebo nedostatečnými prostředky, pokus na nezpůsobitelném předmětu útoku, kde povaha zvoleného prostředku (a s tím spojená povaha jednání) resp. objektu způsobují, že míra ohrožení objektu je zásadně jiná než u případů obvyklých.⁵⁷⁾ Anebo konečně pokus návodu a pomoci k trestnému činu (§ 7 odst. 4), který rovněž nemůže znamenat bezprostřední ohrožení objektu trestného činu, a to již proto, že následkem návodu a pomoci (tj. dokonáního návodu a pomoci) je jen nepřímé působení na objekt, totiž, že bylo v přímém pachateli vzbuzeno rozhodnutí spáchat trestný čin, že přímému pachateli bylo pomoci, aby mohl realizovat svůj zločinný záměr.⁵⁸⁾

⁵⁶⁾ I delikty sui generis mohou směřovat jen k ohrožovacímu deliktu. Tak trestný čin podle § 191, který je přípravou k deliktu podle § 190.

⁵⁷⁾ A půjde přitom o pokusy deliktů, kde znakem skutkové podstaty je následek — porucha objektu trestného činu.

⁵⁸⁾ Otázka následku u návodu a pomoci je ovšem mnohem složitější. Neboť vzbudí-li např. návodce v naváděném rozhodnutí spáchat trestný čin a naváděný pak čin skutečně spáchá, tu vlastní spáchání trestného činu je rovněž následkem návodcova jednání.

V řadě případů se tedy Vybíralovo vymezení ukazuje jako příliš úzké a nevystihující úplně povahu pokusu na rozdíl od přípravného jednání.

Co bylo řečeno o bezprostředním ohrožení objektu, jako hledisku, odlišujícím pokus a přípravné jednání, platí v plné míře i o kritériu reálné možnosti, zastávaném řadou autorů⁵⁹⁾ a podrobeném přesvědčivé kritice např. Durmanovem.⁶⁰⁾ Ale platí to v jisté míře o pojetí pokusu N. D. Durmanova, který vidí rys odlišující tuto fázi vývoje trestné činnosti od přípravného jednání v tom, že při pokusu pachatel již uskutečnil útok na objekt. O pojetí podle něhož „pro pokus jsou charakteristická jednání bezprostředně směřující k spáchání trestného činu, k naplnění skutkové podstaty trestného činu, když pachatel již podnikl útok na objekt. U přípravného jednání, na rozdíl od pokusu, ještě nejde o útok na objekt.“⁶¹⁾ O případech pokusu o nichž byla řeč výše při kritice hlediska bezprostředního ohrožení objektu, lze těžko prohlásit, že představují útok na objekt. Útokem na objekt není např. podá-li vrah oběti neškodný roztok (byl-li pachateli omylem prodán tento neškodný prostředek místo jedu). Útok na objekt existuje nejvýše v představě pachatele.

Je tedy třeba dále konkretisovat základní směrnici, o níž byla řeč v úvodu, směrnici podle níž rozdíl mezi pokusem a přípravným jednáním záleží v odchylném stupni jejich nebezpečnosti pro společnost. Je třeba při tom mít na zřeteli (a o tom nás právě poučuje rozbor hledisek bezprostředního ohrožení objektu a útoku na objekt při pokusu trestného činu), že při takové konkretisaci pojmu pokusu trestného činu (jeho pro společnost nebezpečné povahy) musíme najít hledisko, které by vystihovalo nejen případy pokusu, směřující k porušení objektu, nýbrž všechny, které se mohou prakticky vyskytnout. Jde tedy o to najít hledisko (odlišující pokus a přípravné jednání), které by odpovídalo poměrně dosti různorodé povaze pokusů, jež se vůbec mohou vyskytnout.

Domníváme se, že odchylný stupeň nebezpečnosti pokusu na rozdíl od přípravného jednání vystihuje nejlépe formulace podle níž *pokusem trestného činu je činnost, která bezprostředně již směřuje (měla směřovat) k způsobení následku znaku skutkové podstaty trestného činu.*

Tato formulace má na zřeteli rozdílný stupeň vývoje trestné činnosti

⁵⁹⁾ Srov. např. *Sovetskoje ugotovnoje pravo*, část obščaja, VIJUN, Moskva 1948, str. 305, nebo Lehrbuch des Strafrechts der Deutschen demokratischen Republik, Allgemeiner Teil, VEB Deutscher Zentralverlag, Berlin 1957, str. 422.

⁶⁰⁾ N. D. Durmanov dokazuje, že u některých pokusů (např. u nezpůsobilého pokusu atd.) není v jednání obsažena reálná možnost dokonání činu (srov. N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 18, 19, 111).

⁶¹⁾ Srov. N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 108.

u pokusu (na rozdíl u přípravného jednání). Má jej na zřeteli v oné části, kde se zdůrazňuje činnost *bezprostředně* směřující k následku na rozdíl od činnosti u přípravného jednání, kde jde jen o vytváření předpokladů pro dokonání trestného činu.⁶²⁾ To je celkem jasné. Avšak tato formulace vystihuje také to, co žádné z dosavadních vymezení, že u pokusu nejde jen o jednání, které směřuje k spáchání poruchového deliktu (které tedy vyvolalo bezprostřední ohrožení objektu), nýbrž i o činnost zaměřenou k dokonání deliktu ohrožovacího atd. To je pak patrné z oné další části vymezení, kde se klade důraz na činnost přímo směřující *k následku* — *znaku skutkové podstaty trestného činu*. Tj. činnost směřující k následku ať je již jeho forma (popsaná ve skutkové podstatě) jakákoliv. A ještě na jednu novou stránku nastíněného vymezení je třeba upozornit. Zdůrazňujeme také, že o pokus půjde tam, kde pachatelova činnost *měla směřovat* bezprostředně již k způsobení následku — znaku skutkové podstaty trestného činu. Tím jsme chtěli vystihnout, že pojem pokusu zahrnuje i takové trestné činnosti, jako je tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku a pokus nezpůsobilými prostředky.⁶³⁾

Tedy pro pokus trestného činu jsou charakteristická jednání, která bezprostředně již směřují (měla směřovat) k způsobení následku — znaku skutkové podstaty trestného činu. U pokusu jde o činnost bezprostředně již směřující k dokonání trestného činu.

U většiny případů, které se vyskytují, lze stanovit poměrně snadno, kdy jde o činnost v popsáném smyslu. Konkrétně o pokus trestného činu jde především tehdy, když pachatel v objektivní složce trestného činu *již počal uskutečňovat jednání, které je popsáno ve skutkové podstatě trestného činu*.

Jestliže vrah škrtil oběť, tedy započal usmrcovat ve smyslu skutkové podstaty trestného činu vraždy (§ 216 tr. zák.), jde zcela jasně o činnost, směřující bezprostředně k následku — usmrcení oběti. Stejně je tomu, když pachatel umístil do pilíře nálož třaskavin a zapálil doutnák — tedy začal s ničením předmětu socialistického vlastnictví v úmyslu narušit provoz důležitého obecně prospěšného zařízení (§ 84 tr. zák.), což se mu však nepodařilo dovést do konce, protože v poslední chvíli byl doutnák uhašen přispěchavší hlídkou SNB. Nebo konečně, jestliže podvodník předstíral jinému, že mu může opatřit auto, aby na něm vylákal peníze, tedy jestliže se jiného pokoušel uvést v omyl, avšak bezvýsledně, protože zamýšlená oběť si věc rozmyslila a peníze pachateli nedala.

⁶²⁾ To, že přípravné jednání vytváří jen předpoklady dokonání trestného činu, vysvětluje jeho v zásadě nižší stupeň nebezpečnosti jednání pro společnost. To také vysvětluje, proč čs. zákonodárce přípravné jednání, prohlášené za trestný čin, stíhá nižším trestem.

⁶³⁾ Samozřejmě podmínkou trestnosti je i zde, že jde o jednání nebezpečné pro společnost. Blíže viz kap. III. této práce.

Stejně však jde o pokus též tehdy, když pachatel podnikl jednání, které jen mělo být uskutečněním skutkové podstaty trestného činu.⁶⁴⁾

Tak u tzv. nezdařilého pokusu, tj. některého pokusu ukončeného, při němž již pachatel podnikl vše, co považoval za nezbytné pro dokonání trestného činu, avšak následek nenastal, protože jednání pachatele nestačilo k tomu, aby delikt byl dokonán.⁶⁵⁾ Např. pachatelé rozhodnutí obětí usmrtit, tloukli ji nejprve do hlavy kamenem, pak ji shodili s haldy a nakonec ji nechali ležet opuštěnou v řece. Těžce raněná oběť byla nalezena a zachráněna kolemjdoucím chodcem. Dále u tzv. nezpůsobilého pokusu, tj. u pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku a nezpůsobilými prostředky.⁶⁶⁾ U tzv. pokusu nezpůsobilými prostředky nejde ve skutečnosti o jednání, jímž se způsobuje následek — znak skutkové podstaty trestného činu, tedy jednání popsané ve skutkové podstatě trestného činu. U pokusu nezpůsobilými prostředky (minimálně především absolutně nezpůsobilými prostředky) použil pachatel k trestné činnosti prostředky, jež za žádných okolností nemohly vést k dokonání. Volba a použití nezpůsobilých prostředků mění povahu a podstatu spáchaného jednání. Mění ji do té míry, že ve skutečnosti nejde o jednání, odpovídající znaku skutkové podstaty daného trestného činu. Např. někdo pachateli — vrahu — vyměnil ostré náboje za slepé. Vrah střelil na oběť a pochopitelně ji neusmrtil. Jiné prostředky (slepé náboje) učinily ze zamýšleného jednání (usmrcování) činnost podstatně odlišnou od oné, která se vyžaduje pro vraždu (§ 216). Nebo např. pachatel se pokusil o vraždu skelným práškem nasýpaným do jídla a k usmrcení nedošlo, protože skelný prášek mohl nejvýše vést k těžké újmě na zdraví oběti. Zde ve skutečnosti nejde o usmrcování. Tedy pokus nezpůsobilými prostředky představuje jen zdánlivé (jen v záměru pachatele existující) jednání popsané ve skutkové podstatě trestného činu.

Někdy, můžeme říci v menšině případů, však nebude možno pokus tak snadno určit. Tak tomu bude tam, kde půjde rovněž o jednání, které již bezprostředně směřuje k následku znaku dokonání deliktu, kterému však ještě nebude odpovídat žádné jednání popsané ve skutkové podstatě některého trestného činu. Jinými slovy řečeno vyskytnou se v praxi jednání, splňující rovněž základní materiální náležitost pokusu, která ale nebude možno blíže určit pomocí hlediska skutkové podstaty trestného činu, a to proto, že ještě nezačínají naplňovat jednání znak skutkové podstaty trestného činu. V takových případech pochopitelně hledisko

⁶⁴⁾ To se dosud v literatuře zcela opomíjelo. Tak podle Vybírala jde u pokusu většinou o jednání, „která jsou popsána v příslušných skutkových podstatách zvláštní části, která jsou znaky těchto skutkových podstat“. (B. Vybíral, cit. monografie, str. 140.) Nebo podle Trajnina je pokus charakterisován jen jednáním popsaným ve skutkové podstatě trestného činu. (Srov. A. N. Trajnin, cit. mon. str. 314.)

⁶⁵⁾ Je ovšem možný i případ, kdy pachatel rozvinul trestnou činnost, nepodnikl ještě vše, co považoval za potřebné k dokonání (co by ale stejně v dalším vývoji k dokonání vést nemohlo) a kdy ještě hrála úlohu náhoda, která zabránila další, k dokonání rovněž nepostačující činnosti. Tu půjde o kombinaci dvou momentů, majících vliv na to, že čin nebyl dokonán — nedostatečnosti jednání a náhody.

⁶⁶⁾ Tzv. pokus nezpůsobilými prostředky půjde někdy těžko odlišit od pokusu nezdařilého.

skutkové podstaty selhává a je proto naším úkolem blíže pokus v této oblasti určit.⁶⁷⁾

Podle našeho názoru lze pokus jako jednání, které bezprostředně směřuje k následku dokonání deliktu blíže vymezit pomocí následujících hledisek. Především musí mít jednání u pokusu již *přímý význam pro způsobení následku*, požadovaného pro skutkovou podstatu trestného činu. S tím souvisí, že u pokusu musí být nejtěsnější *časová spojitost* mezi jednáním, pachatelem podniknutým, a případným následkem, znakem skutkové podstaty trestného činu. Konečně v některých případech bude důležité *hledisko místní* — rozvíjení jednání na místě, kde má vzniknout následek, znak skutkové podstaty trestného činu.

Žádné z těchto hledisek nemůže samo blíže určit pokus jako jednání přímo vedoucí k následku, nýbrž může jej určit toliko ve spojitosti s dalšími. Je-li pro určení pokusu důležité, že pachatel překonával překážky bránící spáchání trestného činu (tj. hledisko přímého významu jednání pro následek), tu třeba říci, že tento význam je zde jen tehdy, je-li splněno i hledisko další, časové. Nejde o překonávání překážek v kterémkoli okamžiku vývoje trestné činnosti, nýbrž překážek bránících již vlastnímu dokonání, tedy překážek, které tu jsou v okamžiku, kdy dokonání trestného činu je již vysoce aktuální. Podobně je tomu ovšem naopak. Někdy ani časové přiblížení jednání k následku nemůže samo určit pokus, jestliže podle povahy jednání nemůžeme ještě říci, že trestná činnost má již přímý význam pro způsobení následku dokonání deliktu. Nedostatkem všech dosavadních vymezení pokusu bylo, že nepožadovala, aby jednotlivá hlediska pokus blíže určující byla chápána ve vzájemné spojitosti a podmíněnosti. Nedostatkem bylo, že jednostranné zdůrazňování vždy jen některé stránky mohlo vést k nežádoucím důsledkům praktickým.

⁶⁷⁾ Nelze se nezmínit kriticky o tom, že někteří autoři v rozporu se skutečností tvrdí, že i zde jde o jednání — znak skutkové podstaty trestného činu. Tak N. V. Lajss považuje za východisko odlišení pokusu a přípravného jednání skutkovou podstatu. Dále však píše: „... pokus začíná od toho okamžiku, kdy zločinec spáchá jednání bezprostředně směřující k spáchání zločinného jednání, tvořícího objektivní stránku skutkové podstaty trestného činu. Avšak zde je třeba učinit následující poznámku. Dialektická metoda nás učí zkoumat jevy v jejich vývoji, *nestavět ostrou hranici mezi jednotlivé stupně vývoje jevů*. Takovýto přístup k vymezení povahy jednání při pokusu nás nutí uznat, že k pokusu jako k činnosti bezprostředně směřující k spáchání trestného činu je třeba vztáhnout nejen jednání uvedená v dispoitivní části trestně právní normy (ublížení na zdraví, usmrcení, bití a jiné), ale i jednání, která jim bezprostředně předcházejí, která jsou jakousi jejich součástí a nemohou být od nich uměle oddělena.“ (N. V. Lajss, *Ponjatije i osnovanija nakazuemosti prigotovlenija i pokušenija*, Učennyye zapiski, L. U. no. 202, Leningrad 1956, str. 56; podtrženo mnou — J. N.). S touto „dialektikou“ bychom se mohli dostat až k tomu, že neexistují hranice mezi pokusem a přípravným jednáním.

Např. Durmanov vidí hledisko, odlišující pokus a přípravné jednání u některých skutkových podstat v tom, že pachatel překonává překážky. Což ale není jasné, že překonávání překážek je typické pro přípravné jednání? Že může nabýt povahy pokusu jen za určitých, možno říci výjimečných okolností? Totiž, že může nabýt tohoto významu jen tam, kde je to zřejmé i z ostatních okolností případu?

Majíce proto neustále na zřeteli spojitost těchto hledisek, řekneme si dále něco o jejich konkrétní náplni.

Především o jednání, které podle své povahy má přímý význam pro dokonání trestného činu. Pokus v tomto smyslu je třeba jasně rozlišit od přípravného jednání, kde pachatelova činnost tento význam pro dokonání trestného činu nemá. U přípravného jednání má vše, co pachatel podniká, pro dokonání, pro následek trestného činu, důležitost jen vzdálenou, nikoli bezprostřední. V nastíněném smyslu půjde o pokus trestného činu především tam, kde pachatel v závěrečné fázi své činnosti odstraňuje *překážky*, které brání již samému dokonání trestného činu, tj. způsobení následku — znaku skutkové podstaty.

Např.: „Pachatel známý pod přezdívkou Váňa — uhlíř byl zadržen za následujících okolností: 21. dubna 1954 ve 23 hodin zapřáhnul kolchozního koně a odejel k lokomotivnímu depu železniční stanice Medvěděvo. Zanechav pak koně na místě, přešel drátěnou ohradu a vešel do depa. Když přišel k vagónu, ve kterém byly chromové kůže, serval plombu a začal odtrhávat visací zámek. Když vznikl v důsledku toho šramot, přišli příslušníci vojenské ochrany a přistihli pachatele v okamžiku, kdy se pokoušel odsunout dveře vagónu“.⁶⁸⁾ Nebo příklad z naší praxe — obviněný se pokusil probourat zdí do prodejny národního podniku Obchod klenotv a hodinkami, kde hodlal odcizit větší počet hodinek. Byl však při této činnosti přistižen.⁶⁹⁾

Na překonávání překážek navazuje těsně *použití prostředků k uskutečnění zločinného cíle*. O pokus trestného činu půjde také tam, kde pachatel používá prostředků (především ve smyslu nástroje i jinak) k tomu, aby uskutečnil svůj konečný cíl. To je třeba jasně a zřetelně odlišit od pouhého opatření nástroje potřebného k trestné činnosti, které má povahu pouhého přípravného jednání, to je činnosti, která má vzdálený význam pro dokonání trestného činu.

V uvedeném smyslu půjde o pokus trestného činu, jestliže pachatel, který šel krást, použil paklíče (dříve opatřeného), aby si odemkl dům, v němž byly věci — předměty krádeže. Pokusem bude také činnost vraha, který vzal dříve opatřený jed a nalil jej v nestřeženém okamžiku do sklenice s vínem, připravené pro oběť. Naproti tomu nebudou pokusem trestného činu následující případy: Obviněný se rozhodl, že vyloupí nedobytnou pokladnu. Neměl kasařské náčiní, které k spáchání nutně potřeboval. Tyto

⁶⁸⁾ Příklad ze „Sborník zadač po sovetскому уголовному праву“, Izdatelstvo Leningradskogo universiteta 1956, str. 33.

⁶⁹⁾ SOP, X, 14/1956.

nástroje si sám vyrobil v továrně, kde byl zaměstnán. Když nástroje vynášel z továrny a chtěl je odnést domů, byl při prohlídce v bráně továrny zadržen a nástroje mu byly odňaty. Tu nepůjde o pokus, protože činnost pachatele nebyla ničím jiným než pouhým opatřováním nástrojů, a to ještě nezdařilým. Nebo případ z praxe sovětské: „Jašin a Kuprianov se domluvili, že v noci z 13. na 14. září vykradou byt občana Pachomova, který bydlel ve druhém patře dvoupatrového domu, využívající toho, že této noci bude v bytě toliko samotná přestárlá matka Pachomova. Dne 13. září vzali dřevěný žebřík a najali auto, na němž se chtěli schovat s ukradenými věcmi. Protože se však obávali možného odporu, rozhodli se vzít s sebou nějakou zbraň. Večer 13. září při pokusu o koupi dvou finských nožů byli Jašin a Kuprianov zadrženi a při výslechu se přiznali ke svému záměru.“⁷⁰⁾ Tedy byli zadrženi v době, kdy jejich činnost znamenala teprve pouhé opatřování nástrojů k trestnému činu a ne při jejich užívání.⁷¹⁾ A konečně nepůjde o pokus v případě uvedeném v čísle 88/1951 Sb. rozh. čs. soudů, kde si pachatel opatřil nekalým způsobem recepty na větší množství drahých léků, při čemž bylo již jen třeba recepty předložit v kterékoli lékárně, aby dostal léky. Nepůjde o pokus přesto, že „hlavní činnost nutnou k dosažení výsledku má tu pachatel za sebou“, a to proto ne, že tato činnost — jakkoli podstatně usnadňuje dokonání — je jen opatřením nástroje potřebného k obohacení pachatele ke škodě majetku, který je v socialistickém vlastnictví (§ 245 odst. 1 písm. c) tr. zák.).⁷²⁾, ⁷³⁾

A konečně se zmiňme ještě o jednom hledisku, které rovněž může svědčit o přímém významu jednání pachatele pro dokonání trestného činu. *Je to působení na hmotný předmět útoku.* Hledisko, uváděné v literatuře také některými jinými autory,⁷⁴⁾ ovšem k dokreslení jejich základního vymezení pokusu trestného činu na rozdíl od přípravného jednání. O pokus trestného činu může se jednat také tam, kde pachatel podnikl činnost, která záleží v působení na hmotný předmět útoku. Činnost, která jakkoliv je přiblížena časově, místně a povahou dokonání, se ještě nemusí nalézat přímo již v rámci skutkové podstaty trestného činu. Na dokreslení se uvádějí příklady, jejichž charakteristickým rysem je násilné působení

⁷⁰⁾ Příklad z cit. sborníku, str. 33.

⁷¹⁾ Uvedený příklad názorně ukazuje, jak nestačí k spolehlivému zjištění, že jde o činnost bezprostředně již vedoucí k následku (tedy k určení pokusu), jen některé z nastiňných pomocných hledisek. Přihlížíme-li k tomu, že činnost byla pachateli Jašinem a Kuprianovem podniknuta večer 13. září (ke krádeži mělo dojít hned ještě v noci), vidíme, že jednání se časově k dokonání velmi přiblížilo, avšak — protože nejde ještě o využívání prostředků k zločinnému cíli, o jednání přímo již směřující k následku a mající přímo již význam pro způsobení následku — neuznáme, že tu jde o pokus trestného činu.

⁷²⁾ Jinak č. 88/1951 v Sb. rozh. čs. soudů.

⁷³⁾ Dodejme, že ani podle časového hlediska by se zde nemusilo jednat o pokus. Recepty byly u pachatele nalezeny při zatčení pro jinou věc. Nebylo jasně zjištěno, zda obviněný již na takovéto recepty vybral léky, resp. jich jinak použil. Avšak nebylo ani zjištěno, že obviněný něco učinil pro to, aby jich užil v nejbližší budoucnosti. Tak např. že by byl vyplnil v záhlaví receptů jméno, chystal se jít s recepty takto vyplněnými do lékárny apod.

⁷⁴⁾ Srov. B. Vybíral, cit. monografie, str. 142, a Durmanov, cit. monografie, str. 110.

na předmět útoku. Např. Vybíral považuje za pokus případ, kdy pachatel spoutal svou oběť v úmyslu ji později usmrtit.⁷⁵⁾ Nebo Durmanov považuje za pokus případ, kdy se K. pokoušel ukrást mříže u chladicího vagonu a za tím účelem rozebral jednotlivé díly, z kterých byly sestaveny.^{76, 77)} Příklady násilného působení se uvádějí zřejmě především proto, že výsledkem celého tohoto jednání má být určitá změna na hmotném předmětu útoku (tak u příkladu uváděného Vybíralem smrt osoby způsobená příslušnou změnou v organismu osoby). Změna, již lze dosáhnout především násilným způsobem. Usmrtit se nenechá nikdo jistě dobrovolně. Je však třeba dodat, že působení na hmotný předmět útoku může mít u pokusu i jinou podobu. Tak je tomu také tam, kde hmotným předmětem jsou lidé jako nositelé vztahů, které jsou objektem trestného činu. Tak např. může mít působení na hmotný předmět útoku povahu přemlouvání oběti k tomu, aby byla svolná k vlastní trestné činnosti popsané ve skutkové podstatě trestného činu.

V tomto smyslu je např. pokusem trestného činu pohlavního zneužití (§§ 5, 239 tr. zák.) přemlouvá-li pachatel bezvýsledně děvčata k pohlavnímu zneužití. Jestliže pachatelé zastavují děvčata mladší než 15 let a přemlouvají je, aby se od nich dala prohlédnout, dopouštějí se pokusu trestného činu pohlavního zneužití podle §§ 5, 239, 1 a 1 (podnikli pro společnost nebezpečné jednání v úmyslu jinak než souložit zneužívat osoby mladší než 15 let a k výsledku nedošlo pro odpor děvčat).⁷⁸⁾

Dále k tomu, že u pokusu musí být nejužší časová spojitost mezi činností pachatelem podniknutou a případným následkem. Má-li jít o pokus musí být jednání pachatelem podniknuté již tak rozvinuto, že lze již očekávat dokonání deliktu, způsobení následku, tedy jednání — znak skutkové podstaty trestného činu. Tedy musí tu již být aktuální nebezpečí následku. O pokus v tomto smyslu půjde tehdy, jestliže ze sledu pachatelem prováděné činnosti je zřejmé, že lze již hned nebo již v době nejbližší očekávat dokonání trestného činu. Tak jestliže pachatel již podnikl vše, co je nezbytné k tomu, aby mohl být dotčen objekt způsobem v zákoně popsaným. A dále tehdy, jestliže pachatel svou činností přímo směřuje [spěje] k narušení objektu trestného činu následkem, znakem skutkové podstaty.

Jako příklady prvního druhu lze uvést ze sovětské praxe především případ, který uvádí Sergejeva. „V případě Mirjakubova a Gadiatova by šlo o pokus padělání lístků na chleba tehdy, jestliže by Mirjakubov a Gadiatov — používše klišé opatřené jim Nosovem a Tur-sunovem, papír, sítku atd. — připravili papír, položili na papír sítku, namazali klišé

⁷⁵⁾ B. Vybíral, cit. monografie, str. 142.

⁷⁶⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 110.

⁷⁷⁾ Tu by se ovšem jednalo spíše již o pokus v rámci skutkové podstaty trestného činu.

⁷⁸⁾ SOP, X, 7/1957.

barvou a byli hotovi natisknout lístky, avšak v tomto okamžiku byli přistiženi nebo pro jiné okolnosti byli donuceni přerušit svou činnost.⁷⁹⁾ Dále příklady z praxe čs. soudů: Obžalovaný A. napsal dva články, v nichž se překrucováním skutečných událostí snažil zlehčit úřední nařízení a popudit jiné k nenávisti ke státním úřadům a předal rukopisy článků tiskaři — obžalovanému B., aby je v časopise vytiskl. Obžalovaný za tím účelem články upravil, určil písmo a odevzdal rukopisy sazeči k provedení sazby. Autor článků a tiskař byli uznáni vinní pokusem pobuřování proti republice.⁸⁰⁾ Nebo případ lékaře (požádaného těhotnou ženou o usmrcení plodu), který předepsal ženě určitá léčiva, jež měla přinést, uvedl vyšší odměny a pozval ji na určitou dobu do své ordinace, přímo již k provedení zákroku. V jeho činnosti třeba spatřovat pokus usmrcení lidského plodu podle §§ 5, 218 tr. zák. A konečně několik případů z literatury. Vrah číhá se svou zbraní na oběť, aby ji usmrtil. Oběť však čirou náhodou nepříjde, resp. vrah je vyplašen kolemjdoucími lidmi a odejde dříve než se dočkal oběti. Jiný pachatel napsal pobuřující leták nebo vyděračský dopis, nepodařilo se mu však jich užít k zamýšlenému cíli. To jest nepodařilo se mu letáky rozšířit pobuřujícím způsobem. Nepodařilo se mu dopis doručit oběti. Dopis byl objeven třetí osobou, než byl odnesen na poštu. Nebo pachatel — vrah odeslal své oběti pekelný stroj. Stačilo, aby oběť otevřela balík se strojem a bylo by došlo k jejímu usmrcení. Pekelný stroj byl však na poště objeven a k usmrcení oběti proto nedošlo.

Na dokreslení případů druhého druhu lze uvést příklad, v němž pachatel, který měl záměr opustit republiku (§ 95 tr. zák.) si opatřil peníze, podnikl cestu z Ostravy do Bratislavy, aby přešel hranice do Rakouska, byl však cestou ve vlaku zadržen orgány bezpečnosti. Byl uznán vinným pokusem opuštění republiky. Nebo další příklady. Např. odchod vraha do úkrytu, aby spáchal vraždu. Dále násilné dobývání vraha do domu, v němž byla vyhlédnutá oběť; potírání okna mýdlem v úmyslu užitím násilí vniknout do bytu (§ 236 tr. zák.) atd. atp.

To byly příklady na souvislost mezi jednáním a následkem, charakteristické pro pokus. Naproti tomu nebude časová spojitost požadovaná pro pokus trestného činu tam, kde se nebude možno nadíti v nejbližší době, že jednání začne naplňovat skutkovou podstatu a bude již způsobovat následek. Kde tedy jednání, pachatelem podniknuté, nebude bezprostředně předcházet vlastnímu způsobení následku trestného činu.

V tomto smyslu nebude možno spatřovat již pokus trestného činu např. v následujících jednáních: Dva obžalovaní se domluvili, že opustí ilegálně republiku, a ještě před stanovením podrobností útěku (zejména přesného dne a místa přechodu hranic) použili příležitosti a odeslali za pomoci šoféra cizího zastupitelského úřadu do zahraničí na určenou adresu kufr s různými svršky. Kufr byl při celní prohlídce zabaven. Nebo další příklad. Obžalovaní byli rozhodnuti ilegálně opustit území republiky. Přijeli do pohraničí zatím jen za účelem pátrání po možnostech ilegálního přechodu hranic. Zde se svými dotazy stali podezřelí, pročež upustili od dalšího pátrání a chtěli se vrátit do svého bydliště, když byli zatčeni. V daných případech nepůjde o pokus proto, že činnost pachatelů měla ještě velmi daleko do samého přechodu hranic, opuštění republiky. Při první činnosti byli pachatelé jen všeobecně dohodnuti o ilegálním opuštění republiky. Svědectvím toho je to, že nestanovili ještě ani přesný den a místo přechodu. V rámci

⁷⁹⁾ Sergejeva, *Borba s podlogami dokumentov po sovetскому ugovnomu pravu*, str. 92.

⁸⁰⁾ Srov. č. 104/1949 Sb. rozh. čs. soudů.

všeobecné dohody pouze prováděli určitou činnost — např. odeslání kufru do západního zahraničí. I když nelze upřít, že jejich činnost je v určité míře nebezpečná, nelze říci, že by byla nebezpečná v míře požadované pro pokus. Odeslání kufru za situace, kdy není dohodnut čas a místo přechodu, má ještě velmi a velmi daleko k samému opuštění republiky, jednání popsanému ve skutkové podstatě daného deliktu. Může se proto v daném případě jednat jen o trestné přípravné jednání, spolčení k opuštění republiky (§ 166 tr. zák.), nikoli již o pokus trestného činu. Podobně tomu pak bude i v případech druhém. Ohlížení hranice, nepředcházející ještě bezprostředně vlastního jejímu přechodu — opuštění republiky, je (přes přítomnost na místě činu) ještě natolik časově vzdáleno následku, že ještě nedosahuje nebezpečnosti jednání pro společnost pokusu a může být proto uznáno jen spolčením k opuštění republiky (§ 166 tr. zák.).^{81, 82)}

Konečně k místnímu určení pokusu trestného činu. O pokus půjde tam, kde pachatel ve vývoji trestné činnosti dospěl tak daleko, že se již nalézá na místě činu. Jinak řečeno, že se nalézá na místě, které se má stát dějištěm činu, tedy kde má nastat následek trestného činu ve skutkové podstatě popsaný. Protože tu jde o dějiště budoucího následku (resp. účinku trestného činu) půjde o přítomnost pachatele tam, kde se nalézá (bude nalézat) předmět útoku, to znamená tam, kde je (bude) možnost již přímého působení na objekt příslušného trestného činu.

Např. pachatel v nestřeženém okamžiku vnikne do sklepního skladiště obchodního domu, aby tam v úkrytu setrval, a po skončení pracovní doby se zmocnil některých věcí ve skladišti (předmět útoku) a tím poškodil socialistické vlastnictví (objekt). Nebo — zloděj zamýšlel vykrást určitý byt v činžovním domě. Vyhlédl si dobu, kdy majitelé bytu odjeli mimo bydliště na dovolenou, ukryl se v domě a nechal se v něm zamknout, aby v noci mohl byt vykrást. Ještě v úkrytu byl náhodně odkryt a zadržen. Nebo konečně — obviněný A. se rozhodl zastřelit P. Věděl, že chodí domů v určitou dobu, a to vždy polní cestou, kterou si zkracuje cestu domů. Odebral se se zbraní na tuto polní cestu, skryl se tam v křoví na pokraji cesty a číhal na svou oběť. Byl odkryt a zadržen.

Avšak o pokus nepůjde jen tam, kde pachatel je již přítomen na místě, kde je předmět útoku (objekt). S přihlédnutím ještě k ostatním okolnostem případu bude možno jako pokus trestného činu hodnotit již pouhou snahu pachatele dostat se na místo, kde k trestnému činu má dojít, resp. kde má dojít k působení na objekt, případně na předmět útoku.

Např. „ve vesnici Smolino v Rjazanské oblasti se zorganizovala k provádění zločinné činnosti skupina pěti osob. Po získání zbraní rozhodla se skupina přistoupit k spáchání trestného činu. Jako první objekt krádeže vybrala si vesnický obchod ve vedlejší vesnici.

⁸¹⁾ Jinak č. 238/1950, č. 167/1950 Sb. rozh. čs. soudců a učebnice obecné části československého trestního práva, která považuje takové případy za pokus trestného činu rovněž podle § 5 tr. zák. 86/1950, Sb. — srov. Československé trestné právo, svazek I., všeobecná část, Slovenské vydavateľstvo politickej literatury 1956, str. 288.

⁸²⁾ Zejména v případě prvním by se nejednalo o pokus ani podle hlediska přímého významu jednání pachatele pro způsobení následku. Odeslání kufru nesporně valný význam pro opuštění republiky nemělo a trestná činnost by se byla docela dobře obešla a uskutečnila v daném posuzovaném případě i bez něho. Z judikatury k této otázce srov. též č. 78/1953 Sb. rozh. čs. soudů.

V noci na 10. července na cestě k této vesnici byla celá skupina zadržena milicí, která již dávno sledovala její přípravu. V přípravném řízení a v hlavním líčení náčelník tlupy říkal: »Nemáte práva nás soudit, ještě jsme nespáchali žádný trestný čin.«⁸³⁾ Nebo bude možno hodnotit jako pokus snahu pachatele překonat nějaké vážné překážky, které mu brání dostat se tam, kde např. jsou věci, které chce ukrást. Zde ovšem se stýká právě probírané hledisko s přímým významem jednání pro dokonání trestného činu. Např. vylomení dveří bytu, kde jsou věci, které chce pachatel ukrást, má již přímo význam pro zmocnění se cizí věci. Ba dokonce má někdy takový význam, že samo zmocnění se věci je (zejména z hlediska uskutečnitelnosti zločinného záměru) poměrně snazší, a méně obtížné nežli úsilí pachatele (leckdy velmi pracné) dostat se tam, kde má být trestný čin dokonán. Ještě je třeba říci, že zde ovšem bude též styčný bod z hlediskem jiným, které jsme probírali na druhém místě — s nejtěsnější spojitostí (časovou) jednání s následkem.

Tak tedy o pokus může jít v případech, kde již se pachatel nalézá na místě dokonání deliktu, na místě, kde má dojít k následku, nebo tam, kde se pachatel snaží proniknout na místo, kde k dokonání má dojít. Podtrhli jsme, že v tomto smyslu může jít o pokus zejména v případech, kde je pachatel přítomen na místě, kde je předmět útoku, takže již může dojít k působení na objekt. K tomu musíme ještě dodat, že ne vždy bude možno pokus takto podle místního hlediska určit. Mohou se vyskytnout případy, kdy tu nebude předmět útoku. Vždyť „na rozdíl od objektu trestného činu se předmět útoku vyskytuje jenom u některých trestných činů.“⁸⁴⁾ V souladu s tím se u některých trestných činů působení na objekt neděje působením na předmět útoku. I zde samozřejmě dokonání činu může vyžadovat přítomnost pachatele tam, kde k následku má dojít. To znamená, že i zde má pro určení pokusu význam ta skutečnost, že se pachatel nalézal tam, kde k vyvrcholení činu mělo dojít. Zde, na rozdíl od případů předchozích, právě probírané místní hledisko poněkud ustoupí do pozadí a pokus bude spíše určen pomocí hledisek ostatních.⁸⁵⁾ Dodejme ještě, že ve srovnání s časovým určením pokusu a vymezením na podkladě přímého významu jednání pro způsobení následku, má určení pokusu podle toho, zda se pachatel ve vývoji činnosti octl nebo snažil octnout na místě činu, omezenější význam. Neboť o pokus trestného činu může jít tam, kde pachatel byl od místa činu vzdálen. Trestný čin může být dokonce dokonán, aniž pachatel sám přímo vešel ve styk s předmětem útoku nebo objektem trestného činu. Tak jestliže pachatel pošle své oběti pekelný stroj a stroj je na poště zadržen, jde o pokus trestného činu, aniž pachatel při realizaci záměru vůbec s obětí

⁸³⁾ Cit. *Sborník zadač po sovetskomu ugolovnomu pravu*, str. 36.

⁸⁴⁾ *Československé trestní právo*, svazek I, obecná část, Kolektiv spolupracovníků katedry trestního práva v Praze a v Bratislavě, Orbis, Praha, 1957, str. 195.

⁸⁵⁾ Tu již dochází k jistému prolínání hledisek hmotněprávních a procesních — důkazních.

vešel ve styk. V tomto a podobných případech samozřejmě není a ani nemůže být rysem, charakteristickým pro pokus jako stadium vývoje trestné činnosti, přítomnost na místě činu. Pokus v těchto případech bude proto určen jen časově jako jednání, u něhož již brzy má nastat následek, a dále jako jednání — které má přímý význam pro dokonání trestného činu.

V některých případech tedy, kdy ještě nejde o oblast skutkové podstaty trestného činu, lze pokus jako formu trestné činnosti, odlišnou od přípravného jednání, blíže určit pomocí hledisek dalších — pomocných. Ovšem, ať již jde u pokusu o jednání, které spadá pod skutkovou podstatu trestného činu nebo pod hlediska pomocná (činnost pachatele má přímý význam pro dokonání, časově hrozí dokonáním a je prováděna na dějišti následku), základním a hlavním, co určuje pokus a odlišuje jej od přípravného jednání je ta skutečnost, že *jde (mělo jít) o činnost, která již bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu, která již přímo vede k následku — znaku skutkové podstaty trestného činu*. Právě tento základní rys určuje podstatně vyšší stupeň pro společnost nebezpečné povahy pokusu trestného činu na rozdíl od přípravného jednání. Právě tento rys vysvětluje, proč se pokus svou pro společnost nebezpečnou povahou blíží již dokonanému trestnému činu, tj. činu, který byl již ukončen následkem — poruchou nebo ohrožením objektu.

3. Odlišení pokusu a přípravného jednání a problém zvláště nebezpečných přípravných jednání

V řešení druhé otázky — zda je možno pod ustanovení o pokusu podřadit také některá zvlášť nebezpečná přípravná jednání, která by jinak zůstala bez trestu — převládá v čs. literatuře trestního práva názor, že podle ustanovení § 5 možno postihnout nejen taková jednání, která jsou svou podstatou pokusem, nýbrž i některá zvláště nebezpečná jednání, která svou podstatou jsou jednáními přípravnými.⁸⁶⁾

Ve prospěch tohoto výkladu se argumentuje jednak poměrnou všeobecností ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu a v té souvislosti pak ještě tím, že zákonodárce vlastně spoléhal na to, že co nepostihl jako přípravné jednání výslovně, bude možno postihnout podle obecného ustanovení o pokusu. Tedy vlastně se argumentuje tím, že úprava trestnosti přípravných jednání ani snad neměla být úplná a měla být doplněna výkladem obecného ustanovení o trestném pokusu. V tomto smyslu především

⁸⁶⁾ Srov. *Trestní právo*, část obecná, učební texty vysokých škol, Státní pedagogické nakladatelství, Praha, 1953, str. 172 a 173 nebo Poláčkova skripta *Trestné právo*, všeobecná část, Štátní nakladatelstvo v Bratislavě 1952, str. 158; srov. též článek Filipovského, *Pokus v trestním zákoně*, Lidové soudnictví, č. 3/1951, str. 68 a násl.

v učebnici obecné části československého trestního práva čteme, že „široké zákonné vymezení pojmu pokusu jako jednání nebezpečného pro společnost... připouští, aby výjimečně jako pokus byla posuzována i jednání, která ještě bezprostředně nesměřují k dokonání trestného činu, pokud jejich stupeň nebezpečnosti pro společnost se v konkrétním případě přibližuje k stupni této nebezpečnosti u dokonaného trestného činu. V těchto výjimečných případech jsou jako pokus podle § 5 posuzována jednání, která svou podstatou jsou spíše jednáními přípravnými,⁸⁷⁾ A dále pak u Vybírala se dovídáme, že pokus ve smyslu § 5 nelze úzce vykládat proto, že „zákonodárce zřejmě spoléhal na elastickou formulaci § 5 a nepostihl ve speciálních skutkových podstatách zvláštní části přípravná jednání v takovém rozsahu, jak by to vyžadoval zájem na účinné ochraně společenských vztahů v naší společnosti.“⁸⁸⁾

Je třeba uznat, že platná úprava trestnosti přípravných jednání je nepostačující v tom směru, že neumožňuje postihnout některá zvlášť nebezpečná přípravná jednání, zasluhující trestu (tak přípravné jednání podobné jako u trestného činu podle § 191, směřující však k záškodnictví podle § 84 tr. zák.). Jsme pro to, aby tato jednání byla také — v zájmu ochrany společenských vztahů v našem státě — postižena, a to pomocí širokého výkladu ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu trestného činu. Přikláníme se k tomu však z důvodů krajní nutnosti, prostě proto, že za dané úpravy nevidíme jinou možnou cestu. Beztrestnost těchto jednání by těžko mohla být ospravedlněna. Avšak současně — na rozdíl od většiny zastánců širokého výkladu pojmu pokusu — máme za to, že platná právní úprava ve skutečnosti příliš nesvědčí o nějaké prozíravosti zákonodárce v tomto směru.

Poukážeme jen na dvě okolnosti. Především na obsah a smysl ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu trestného činu. Zákonodárce charakterizuje pokus jako jednání pro společnost nebezpečné. Nepředpokládá při tom u pokusu nebezpečnost jakoukoliv, nýbrž nebezpečnost určitého stupně. Konkrétně požaduje, aby se pokus závažností blížil dokonanému trestnému činu.⁸⁹⁾ O přípravném jednání těžko můžeme říci, že by dosáhlo tohoto stupně, ať by byl význam skutečností, které jej tvoří jakýkoli.⁹⁰⁾ Nemůže

⁸⁷⁾ Srov. citovaná učebnice československého trestního práva, slovenské vydání, str. 288.

⁸⁸⁾ B. Vybíral, cit. monografie, str. 146.

⁸⁹⁾ To je patrné z druhého odstavce § 5. Pokus je trestný jako trestný čin sám, což znamená, že se pro něj (poněvadž sazba zhruba odpovídá závažnosti činu) předpokládá, že se závažností blíží činu dokonanému (blíže viz kap. IV. této práce).

⁹⁰⁾ Vybíral, když uvažuje o odlišení tzv. atypických pokusů (tj. jednání podstatou přípravných) připouští, že tato jednání budou dosahovat závažnosti pokusu v každém konkrétním případě jinak. Jednou bude zvlášť významná osoba pachatele (jeho třídní profil a podobně), v jiném případě konkrétní význam chráněných společenských vztahů,

ho dosáhnout proto, že ohrožuje vztahy zákonem chráněné jen velmi vzdáleně. To je potvrzeno platnou úpravou trestnosti přípravných jednání. Zákonodárce právě s ohledem na nižší stupeň závažnosti přípravných jednání postihl je — i v případech (podle objektu) nejnebezpečnějších — menší sazbou než činy, které jsou materiálně skutečně dokonané. Tak např. podstatně nižší sazbu než na základní trestnou činnost stanoví na spolčení a vejítí ve styk s cizí mocí nebo s cizím činitelem k vlastní velezrádné činnosti (§ 78 odst. 2) nebo na spolčení k vlastnímu záškodnictví (§ 84 odst. 3).

Upozorníme dále na zákonnou úpravu trestnosti přípravných jednání v československém zákoně. Zákonodárce se odchýlil od řešení sovětského. Odchýlil se od něho v tom směru, že přípravné jednání neprohlašuje za trestné obecně, ale v jednotlivých případech. K tomu byl veden snahou po maximálním zajištění zájmu na přísném zachování socialistické zákonnosti.⁹¹⁾ Přípravné jednání je takto trestné jako samostatný trestný čin, *delictum sui generis*. Přípravné jednání má být s největší pravděpodobností postiženo takto právě jen jako přípravné jednání, tj. jen tam, kde naplňuje skutkovou podstatu v zákoně uvedeného deliktu *sui generis*. Je možné předpokládat, že by některá z přípravných jednání mohla být též postižena podle obecného ustanovení o pokusu trestného činu? Jestliže ano, jsou v zákoně rozpory. Úpravou trestnosti tzv. deliktů *sui generis* zvyšuje zákonodárce záruky zachovávání socialistické zákonnosti. Současně je však oslabuje tím, že dává možnost velmi širokého výkladu pojmu pokusu v praxi.⁹²⁾

Zastáváme tedy názor, že zvláště nebezpečná přípravná jednání, na kte-

v třetím případě rozsah hrozící škody či míra zavinění pachatele atd. (srov. Vybíral, cit. monografie, str. 115). To pokládáme za pochybné. Postižení atypických pokusů podle ustanovení § 5 tr. zák. se odůvodňuje zvláštní důležitostí společenských vztahů, které byly trestnou činností dotčeny. To znamená, že základní význam pro odlišení by měla mít důležitost chráněného společenského vztahu.

⁹¹⁾ Odchylna v právní úpravě trestnosti přípravných jednání úzce souvisí s další odchylkou v otázce analogie. I zde nedošlo k převzetí tohoto institutu ve snaze zvýšit záruky přísného zachovávání socialistické zákonnosti. V obou případech ovšem (u přípravného jednání i u analogie) mohl se zákonodárce odchýlit proto, že měl k dispozici sovětské zkušenosti. Že mohl vědět, které trestné činy v našich podmínkách budou přicházet v úvahu. Že mohl takto vědět, která jednání podstatou přípravná se mohou vyskytnout.

⁹²⁾ Dodejme, že na rozpor mezi širokým výkladem pokusu v teorii a praxi a smyslem úpravy trestnosti přípravných jednání ukazují ještě okolnosti další. Tak to, že při postižení přípravného jednání spáchaného jednotlivcem (podle ustanovení o pokusu — § 5) by mohl být stanoven vyšší trest než za přípravné jednání podniknuté více osobami, které se spolčily (§ 166). Tak např. pachatel přípravného jednání k vraždě by mohl být postižen přísněji než ti, kdo se k vraždě spolčili, ač spolčení k vraždě je svou povahou velmi závažné.

rá zákonodárce nepamatoval při formulování tzv. deliktů sui generis mají být postižena podle ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu trestného činu. Jsme však pro tento výklad jen z důvodů krajní nutnosti. Prostě proto, že je třeba maximálně zabezpečit ochranu společenských vztahů v našem státě. Opakujeme, že na rozdíl od většiny zastánců širokého výkladu pojmu pokusu nejsme přesvědčeni o přílišné prozíravosti tvůrců zákona v tomto směru.

Při tomto výkladu pojmu pokusu v praxi je třeba — jako u každého širokého výkladu — počítat s mnoha úskalími a nebezpečími. Na některá z nich poukázal Vybíral. Píše, že je krajně obtížný výklad pojmu pokusu ve smyslu § 5 v teorii a soudní praxi. Praxi vlastně nelze dát žádné vodítko pro posouzení těch jednání — podstatou přípravných, jež mají být podřazena pod ustanovení § 5 o pokusu trestného činu. V této souvislosti pak upozorňuje na rozpor mezi širokým výkladem pojmu pokusu a zájmem na přísném zachovávaní socialistické zákonnosti. Druhý škodlivý důsledek tohoto výkladu pojmu pokusu vidí v jeho nesrozumitelnosti pro občany. Konečně pak ukazuje politickou nevhodnost širokého výkladu pokusu v praxi a jeho rozpor s dialektickou zásadou o materiální povaze pojmů.⁹³⁾

Za nejpodstatnější z toho pokládáme nebezpečí, které z širokého výkladu pojmu pokusu plyne pro zachovávaní socialistické zákonnosti. Toto nebezpečí spatřujeme konkrétně v tom, že by mohlo dojít k jistému přepínání trestní represe, cestou příliš širokého výkladu pojmu pokusu podle § 5 tr. zák. u některých přípravných jednání.

Lze tomuto nebezpečí nějak čelit? Máme za to, že ano.

Při širokém výkladu pojmu pokusu jde o to, zabezpečit dokonalou ochranu společenských vztahů v našem státě, vyplnit mezeru v trestných přípravných jednáních. Z toho plyne, že pro správný výklad je důležité, které společenské vztahy mají být ustanovením o pokusu chráněny a jak závažná jednání mají být podle ustanovení § 5 postižena. Jde především o to, určit, u kterých trestných činů má být pomocí ustanovení o pokusu zabezpečena ochrana jejich objektů.

Zákon pamatoval nejvíce na trestnost přípravných jednání v I. hlavě zvláštní části. Nicméně jsou i zde mezery. Proto použití ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu na zvláště nebezpečná přípravná jednání bude přicházet v úvahu především u trestných činů proti státu, které se dotýkají nejvýznamnějších společenských vztahů v našem státě. Minimální pozornost věnoval zákon přípravným jednáním, která směřují proti socialistickému vlastnictví, proti osobnosti a proti majetku jednotlivce, což jsou útoky dotýkající se (alespoň v prvních dvou případech) vztahů vysoce ceně-

⁹³⁾ Srov. B. Vybíral, cit. monografie, str. 147—149.

ných v naší společnosti. To je rovněž zřejmý nedostatek. Lze jej však odstranit stejným způsobem. Další skupinou, kde přichází v úvahu užití ustanovení § 5 tr. zák. na přípravná jednání zvláštní závažnosti jsou proto trestné činy proti socialistickému vlastnictví, proti osobnosti a trestné činy proti majetku jednotlivce. Stejnou cestou pak dospíváme k závěru, že možno takto postihnout i přípravná jednání k některým trestným činům vojenským, neboť i zde jde o chráněné společenské vztahy, které řadíme podle závažnosti (bez ohledu na zařazení v zákoně) na přední místo. Použití ustanovení o pokusu je tedy možné u těchto trestných činů: trestné činy proti státu, trestné činy proti socialistickému vlastnictví, trestné činy proti osobnosti, trestné činy proti majetku jednotlivce a trestné činy vojenské.

Pro posouzení podle ustanovení o pokusu by však ještě nestačilo, že jde o některý z těchto trestných činů. Musí jít o jednání zvláštní závažnosti. Platná úprava trestnosti přípravných jednání se omezuje na přípravná jednání k trestným činům zvláště vysoké závažnosti. Nejinak tomu bude i s použitím ustanovení § 5 tr. zák. Rovněž zde budou přicházet v úvahu přípravná jednání k nejzávažnějším z uvedených trestných činů. Jde přece o doplnění platné úpravy trestnosti přípravných jednání.

Je přirozeně těžko vyčerpávajícím způsobem dát návod pro posouzení, že jde o přípravné jednání zvláštní závažnosti, směřující k zvláště nebezpečnému trestnému činu. Nicméně máme za to, že určitým vodítkem by mohly být sazby na dokonaný delikt, ke kterému posuzované přípravné jednání směřovalo. Přípravné jednání by mělo být trestné, pokud by směřovalo k některému z vyjmenovaných trestných činů, na který zákon stanoví určitou sazbu odnětí svobody. Konkrétně (po rozboru dosavadní úpravy trestnosti přípravných jednání) máme za to, že přípravné jednání by mělo být trestné, směřuje-li k některému z těchto činů, na něž zákon stanoví dolní hranici sazby, která činí nejméně 5 let trestu odnětí svobody. Jednalo by se zejména o přípravné jednání k záškodnictví (§ 84), vyzvědačství (§ 86), válečnému škůdnictví (§ 99), válečné zradě (§ 100), vraždě a vraždě novorozeného dítěte matkou (§ 216, 217), zbavení osobní svobody (§ 230), zavlčení do ciziny (§ 238).

Tam, kde dolní hranice sazby je nižší, ale jde rovněž o zvláště nebezpečný delikt (na př. §§ 232, 245 a pod.) přicházejí v úvahu případy dosahující vyšší závažnosti, tj. takové, že je možno je srovnat s delikty, u nichž je dolní hranice sazby odnětí svobody 5 let.

Bude přirozeně záležet na tom, zda i v konkrétním případě by se jednalo o přípravné jednání, směřující k zvláště nebezpečnému trestnému činu. Věc tedy nebude řešit již pouhý fakt, že jde o delikt s určitou sazbou trestu odnětí svobody.

Pro úplnost tohoto vodítka ještě zdůrazňujeme, že postižení přípravných jednání k těmto deliktům podle ustanovení o pokusu přichází v úvahu samozřejmě výjimečně. A dále, že tu půjde o jednání jednotlivého pachatele, nikoliv tedy spolčení, které je v zákoně výslovně postiženo.⁹⁴⁾ Konečně ještě musíme upozornit, že pokud by postižením přípravného jednání podle ustanovení o pokusu vznikly nesrovnalosti v sazbě a tím i trestu, není vyloučeno — budou-li splněny žádané podmínky — užít ustanovení § 30 o snížení trestu.

Nakonec ještě jednu poznámku. Jsme si vědomi toho, že řešení, které navrhuje, nemůže být úplnou zárukou toho, že budou odstraněna nebezpečí, o nichž jsme hovořili. Nedostatky zákona jsou takové, že sebelepší výklad je nemůže úplně odstranit. Opravdovou nápravu proto může přinést pouze změna zákona.

Podle ustanovení § 5 tr. zák. je tedy možno posoudit i *některá zvlášť nebezpečná přípravná jednání*. A to proto, že zákonodárce neúplně postihl trestem přípravná jednání, která se mohou vyskytnout. Toto řešení je vyvoláno krajní nutností. Rozbor zákona ukazuje některé rozpory v úpravě trestnosti pokusu a přípravného jednání. Použití § 5 tr. zák. na zvlášť nebezpečná přípravná jednání přináší s sebou nebezpečí přepínání trestní represe. Lze je zmírnit tím, že bude blíže určen okruh trestných činů, kde je možno užít ustanovení § 5 o pokusu na přípravná jednání. Dáváme v úvahu *trestné činy proti státu, proti osobnosti* a jiné, o nichž jsme hovořili. Podle ustanovení o pokusu nebude postiženo přípravné jednání ve formě spolčení. Případné nesrovnalosti v sazbách může zmírnit ustanovení § 30 tr. zák. o snížení trestu. Tento postup lze volit jen ve *výjimečných případech*. Jsme si vědomi toho, že definitivní nápravu může přinést jen změna zákona.

4. Úvahy de lege ferenda

V závěru, v úvahách de lege ferenda, je třeba uvážit potřebu některých změn ve formulaci ustanovení § 5 o pokusu a v platné úpravě trestnosti přípravných jednání.

Zákon nedává výslovně návod jak odlišit pokus od jiných forem trestné činnosti, především od přípravného jednání. Tento nedostatek je zvětšován (v rozporu s požadavkem přísného zachování socialistické zákonosti) nutností širokého výkladu pokusu.

Je na zákonodárci, aby doplnil charakteristiku pokusu jako jednání pro společnost nebezpečného v objektivní složce dalšími znaky, které v zákoně nezbytně být musí.

⁹⁴⁾ Praxe považuje spolčení striktně za trestné jen podle výslovných ustanovení zvláštní části trestního zákona (srov. č. 78/1953 Sb. rozh. čs. soudů).

Je třeba podtrhnout tři základní požadavky, které by nové, doplněné vymezení pokusu v zákoně mělo splňovat. Především jde o to vystihnout, že u pokusu na rozdíl od přípravného jednání se jedná již o činnost, která se mnohem více (než přípravné jednání) přiblížila dokonání trestného činu. Jde o to vystihnout, že u pokusu (na rozdíl od přípravného jednání, které jen vzdáleně ohrožuje zájmy trestním zákonem chráněné) běží již o jednání, které vede ke způsobení následku, které bezprostředně vyvolává nebezpečí následku — znaku skutkové podstaty trestného činu.

Dále je třeba, aby budoucí vymezení pokusu vylučovalo možnost jednostranného objektivního nebo subjektivního výkladu tohoto pojmu. Jde o to, aby za pokus nebylo jednostranně považováno jen jednání, které skutečně směřovalo k způsobení následku (a bylo přerušeno náhodou), ale také jednání, které k následku vést mohlo nebo mělo, pokud je ovšem pro společnost nebezpečné.

A konečně považujeme za žádoucí, aby formulace pokusu nebyla příliš úzká v tom smyslu, že by z dosahu pojmu pokusu vylučovala jednání, která ve skutečnosti (i když se od obvyklých pokusů liší) jeho náležitosti splňují. Jinými slovy řečeno jde nám o to, aby ustanovení o pokusu dávalo možnost (v zájmu účinné ochrany společenských vztahů) postihnout jako pokus všechna jednání, která dosahují závažnosti pokusu trestného činu.

Přesnější určení pokusu ovšem předpokládá, že budou splněny nejen tyto požadavky, nýbrž že bude v zákoně lépe upravena trestnost přípravných jednání. Pro přesnější určení pokusu je třeba žádat, aby zákonodárce v zákoně lépe určil trestná přípravná jednání. Neboť kdyby došlo ke změně zákona v ustanovení § 5 a nadále trval dosavadní stav v trestnosti přípravných jednání, bylo by mnohem těžší zajistit ochranu společenských vztahů pomocí ustanovení o pokusu ve všech směrech, kde je to na místě.⁹⁵⁾

Nastíněným požadavkům by nejlépe vyhovovalo vymezení pokusu, které by tuto formu trestné činnosti charakterisovalo:

aa) *jako jednání, které bezprostředně směřuje k způsobení následku, znaku dokonání trestného činu.* V tomto směru bylo by možno převzít formulaci TK USSR, podle které „pokusem je jednání, které bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu“.⁹⁶⁾

⁹⁵⁾ Lepší úprava trestných přípravných jednání napomůže odlišení pokusu a přípravného jednání také tím, že určí zásadně, kde končí oblast trestného přípravného jednání.

⁹⁶⁾ Slova „jednání, které bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu“ jsou Vybiralem ztotožňována s bezprostředním ohrožením objektu. To ale není na místě. Jednání, které bezprostředně směřuje k spáchání trestného činu, je širší než jednání, které bezprostředně ohrožuje objekt. Je širší o jednání, která směřují k následku — ohrožení objektu a podobná jako je tzv. nezpůsobilý pokus.

bb) Dále jako jednání, které *směřuje nebo mělo směřovat* k dokonání trestného činu. Při čemž by se zdůraznilo, že každé z těchto jednání je pokusem jen tehdy, je-li pro společnost nebezpečné. Takto by se vyloučilo, aby se za pokus považovalo každé jednání, o němž jen pachatel soudil, že přímo směřovalo k dokonání trestného činu, k způsobení následku.

cc) A konečně, že jde o jednání, které bezprostředně směřovalo (mělo směřovat) *k dokonání trestného činu*, tedy k způsobení následku v kterékoli jeho formě.

Tedy formulace, která by souhrnně zněla zhruba takto: „*Jednání, které bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu, jehož se pachatel dopustil v úmyslu způsobit výsledek uvedený v zákoně, je pokusem trestného činu, jestliže tento výsledek nenastane.*“

Pokusem je i jednání, které bezprostředně mělo směřovat k dokonání trestného činu, jestliže je také pro společnost nebezpečné.“

Zákon dále obsahuje neúplnou a mezerovitou úpravu trestnosti přípravných jednání. Postižení přípravných jednání na něž zákonodárce nepamatoval, podle ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu je velmi nedokonalé a přináší i při sebelepším výkladu určité nebezpečí. Proto cesta, jak zajistit v přísném souladu s požadavkem zachování socialistické zákonnosti ochranu společenských vztahů v našem státě před činy výslovně nepostiženými (přípravnými jednáními), je cesta změny zákona — nová úprava trestnosti přípravných jednání v československém právu. Jsou dvě možnosti: buď převzít úpravu sovětskou, tj. zavést obecnou trestnost přípravných jednání. Anebo druhá možnost — doplnit výpočet dosud trestných přípravných jednání o další, která rovněž zasluhují trestu.

První řešení má tu výhodu, že zabezpečuje ochranu vztahů v zákoně chráněných, v nejvyšší možné míře. Umožňuje, aby žádné přípravné jednání nebezpečné pro společnost a tudíž zasluhující trestu neuniklo potrestání. Dále je výhodné tím, že zásadně určuje co patří do oblasti přípravného jednání a co tedy je vyloučeno z oblasti pokusu. Současně se ale vyznačuje závažnými nedostatky. Především, že svou velkou šíří může vést k nejednotnému výkladu pojmu přípravného jednání v praxi. A v té souvislosti, že může též znamenat bezdůvodné rozšiřování hranic trestní represe.

Druhé řešení, doplnění výpočtu trestných přípravných jednání v zákoně má především tu přednost, že umožňuje více než dosud postihnout nová přípravná jednání za přísného zachování požadavku socialistické zákonnosti.

Současnou linií přestavby československého trestního zákona plynoucí z celostátní konference ÚV KSČ je zesílení záruk přísného zachování socialistické zákonnosti a zajištění účinnější ochrany některých společen-

ských vztahů; to se zračí v tom, že jsou mnohem přesněji než dosud v zákoně vymezeny podmínky pohnání pachatele k trestní odpovědnosti, že jsou formulovány nové skutkové podstaty a upraveny trestní sazby u některých trestných činů.

Této linii odpovídá nejlépe řešení druhé, to znamená rozšíření počtu trestných přípravných jednání v čs. trestním zákoně. Toto řešení vyjadřuje plně tendenci zákona ke zpřesnění podmínek trestnosti a zachovávání socialistické zákonnosti. Zabezpečuje jednotný výklad přípravného jednání v praxi a brání přepínání trestní represe. Současně znamená i zesílení boje s trestnými činy v našem státě, neboť vyžaduje v zájmu účinnější ochrany společenských vztahů rozmnožení trestných přípravných jednání formulací nových skutkových podstat (tzv. deliktů sui generis) tam, kde jde o zvlášť nebezpečná jednání. Umožňuje při tom s přihlédnutím ke zkušenostem s používáním našeho trestního zákona a trestních zákonů sovětských postihnout tímto způsobem přípravné jednání v poměrně uspokojivé míře.^{97, 98]}

^{97]} Za doplnění výpočtu trestných přípravných jednání se přimlouvá Solnař. „Za tohoto stavu [tj. za současné právní úpravy trpící známými nedostatky] — píše — je dalším úkolem zákonodárce pojem pokusu přesněji vymežit, vedle toho však od základů revidovat dosavadní katalog trestných „přípravných jednání“ (formálně jsou to ovšem samostatné, dokonané trestné činy), jejichž výběr je — opakuji — náhodný a mezerovitý, a to nejen pokud jde o jejich pojmové znaky, ale také pokud jde o stupeň nebezpečnosti pro společnost vyjadřovaný trestní sazbou.“ (Solnař, cit. práce, str. 108). Také Vybíral (který ovšem jinak zastává názor, že platné ustanovení o pokusu umožňuje postihnout i jednání podstatou přípravná), soudí, že při změně zákonné úpravy by spíše mělo být zvoleno řešení druhé, trestnost přípravných jednání jen v jednotlivých případech. Píše — „aniž chceme definitivně se vyjadřovat k sporné otázce, máme — ovšem zcela předběžně za to, že druhá eventualita by mohla být pro naše trestní právo správnější, neboť umožňuje přesnější řešení otázky trestnosti přípravného jednání v souladu s požadavky zachovávání jednotné socialistické zákonnosti v práci našich orgánů trestního soudnictví. Předpokladem ovšem je, aby přípravná jednání byla postižena v dostatečné míře.“ (Vybíral, cit. monografie, str. 152).

^{98]} Jistě není bez významu v souvislosti s naším návrhem i ta okolnost, že i v SSSR, kde je v platnosti obecná trestnost přípravných jednání, se ozývají (patrně na podkladě zkušeností s uplatňováním ustanovení o obecné trestnosti přípravného jednání) hlasy po změně, po zavedení trestnosti přípravných jednání v případech jednotlivých. Tak prof. Piontkovskij v tomto smyslu zastává názor: „Pro vnesení větší přesnosti do práce soudních a prokurátorských orgánů bylo by účelné provést změnu, pokud jde o trestní odpovědnost za přípravu trestného činu. Platné zákonodárství umožňuje pohnat někoho k trestní odpovědnosti jak za pokus, tak i za přípravné jednání. Avšak přípravná jednání směřující ke spáchání trestného činu nejsou v mnohých případech ještě nebezpečná pro společnost. Případy pohnání k trestní odpovědnosti za přípravné jednání jsou proto v praxi jen řídké. Vzhledem ke zkušenostem soudní praxe bylo by možno stanovit v trestním kodexu RSFSR, že příprava trestného činu má vzápětí trestní odpovědnost pouze v případech ve zvláštní části trestního kodexu zvláště uvedených (trestné činy proti státu, rozkrádání socialistického vlastnictví, nejtěžší trestné činy proti osobnosti

Navrhujeme proto:

aa) aby byla zachována dosavadní trestnost přípravných jednání v zá-
koně jen v jednotlivých případech,

bb) aby výpočet trestných přípravných jednání byl rozšířen na případy,
které dnes výslovně postiženy nejsou, které však — s ohledem na potřebu
účinnější ochrany společenských vztahů, toho vyžadují. To znamená, že
by tu šlo o přípravná jednání k útokům proti republice, osobnosti, ale
i o přípravná jednání směřující k jiným trestným činům, jak jsme o tom
hovořili výše.

a osobnímu majetku občanů a některé jiné)". (Prof. Piontkovskij, Základní otázky ná-
vrhu trestního kodexu SSSR, Socialističeskaja zakonnosť, č. 1/1954, str. 25—38.)

III. K PROBLÉMU TRESTNOSTI TZV. NEZPŮSOBILÉHO POKUSU

1. Úvod

V literatuře trestního práva je rozšířeno dělení pokusu na dva druhy — způsobilý a nezpůsobilý. Tak A. A. Gercenzon dělí ukončený pokus na

a) způsobilý a

b) nezpůsobilý podle prostředků a objektu.⁹⁹⁾

Jak správně uvádí Durmanov, není pochopitelné proč Gercenzon považuje za možné hovořit o nezpůsobilém pokusu jen u ukončeného pokusu.¹⁰⁰⁾ Nezpůsobilým může být také neukončený pokus, když např. někdo zabrání lékaři usmrtit plod (ženě, která není ve skutečnosti těhotná) v době, kdy ještě neučinil vše, co bylo třeba k dokonání trestného činu.

Mnohem závažnější však je, že není důvodu k dělení pokusu na dva druhy — způsobilý a nezpůsobilý. Přihlížíme-li k okolnostem, které zabraňují dokonání trestného činu vidíme, že tzv. nezpůsobilý pokus, ale i případy obvyklé se vyznačují tím, že výsledek uvedený v zákoně nemohl nastat. Nezáleží již na tom, že trestný čin nebyl dokonán proto, že se pachatel mýlil, předpokládaje existenci plodu nebo proto, že se zloděj domníval mylně, že mu nic nepřekazí spáchání trestného činu, že skuteční jednání, které je znakem skutkové podstaty trestného činu. V tomto smyslu a jedině v tomto smyslu se z uvedených příkladů podává, že neexistují dva druhy pokusu, nýbrž, že každý pokus — přihlížíme-li k tomu, že tu jsou okolnosti, které brání jeho dokonání — je nezpůsobilým pokusem.

Jiná je ovšem otázka, zda je správné povšimnout si zvlášť tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku a nezpůsobilými prostředky za tím účelem, aby mohly být náležitě prozkoumány ve světle pojmových náležitostí pokusu (§ 5 tr. zák.) některé charakteristické rysy, jimiž se tato forma trestné činnosti vyznačuje. Především, aby byla posouzena materiální složka pokusu trestného činu — nebezpečnost jednání pro společnost a odpovědnost za tento pokus.

V některých pracích, především v disertacích I. S. Tiškeviče a N. F. Kuzněcové se navrhuje potřeba zvlášť prozkoumat tzv. nezpůsobilý pokus. Namítá se, že není třeba zvlášť zkoumat tzv. nezpůsobilý pokus „nechceme-li čtenáře zaplést do sítí scholastiky. Nezpůsobilý pokus je obyčejným pokusem, tj. počátkem spáchání trestného činu, nedokonaným pro okolnosti nezávislé na pachateli. Je komplikován jen skutkovým omylem

⁹⁹⁾ Srov. A. A. Gercenzon, *Ugolovnoje pravo*, část obščaja, Moskva 1948, str. 346 (cit. podle Durmanov. *Stadii soveršenija prestuplenija po sovetskomu ugolovnomu pravu*, str. 151.).

¹⁰⁰⁾ N. D. Durmanov, cit. mon. str. 151.

pachatele v předmětu a prostředcích spáchání trestného činu. Zákon a soudní praxe všechny tyto pokusy nazývají pouze pokusem a nezmiňují se o jejich nezpůsobilosti.¹⁰¹⁾

Domníváme se [a dále to prokážeme], že tzv. nezpůsobilý pokus vyznačuje se řadou zvláštností. Ty dostatečně odůvodňují, abychom této formě pokusu věnovali pozornost v samostatné studii, i když současně uznáváme shodnou povahu všech forem pokusu jako neukončené trestné činnosti.

2. Tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku.

V úvodu k vlastnímu výkladu musíme předeslat, že československé trestní právo neupravuje zvlášť odpovědnost za tzv. nezpůsobilý pokus. Je-li tu trestná činnost v podobě některé formy tzv. nezpůsobilého pokusu, řeší se otázky odpovědnosti za ni podle ustanovení § 5 tr. zák. o pokusu trestného činu.¹⁰²⁾

To znamená, že i u nezpůsobilého pokusu se předpokládá jednání úmyslné, neukončené výsledkem uvedeným v zákoně, nebezpečné pro společnost v tom smyslu, jak jsme to vyložili v kap. I. této práce.

A nyní k vlastnímu výkladu.

Z jednotlivých druhů tak zvaného nezpůsobilého pokusu je třeba nejprve věnovat pozornost tak zvanému pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku. V naší, ale i sovětské nauce se někdy hovoří o daném druhu pokusu jako o pokusu na nezpůsobilém objektu. N. D. Durmanov soudí, že užívání tohoto termínu „nutně vede k odklonu od posouzení zkoumané otázky podle její podstaty a k oživení zcela neplodných terminologických sporů o tom, zda vůbec může být objekt v sovětském trestním právu nezpůsobilý“.¹⁰³⁾ Aby se vyhnul těmto neplodným diskusím, které nemají žádný právní obsah, používá Durmanov jiný termín — „pokus na ne-reálném objektu“.¹⁰⁴⁾

Kritika pojmu pokusu na nezpůsobilém objektu je správná. Vždyť sku-

¹⁰¹⁾ N. F. Kuzněcova, *Nekotoryje voprosy otvetsvennosti za prigotovlenije i pokušenije po sovětskomu ugolovnomu pravu*, Sov. gos. i pravo 5/1955, str. 119.

¹⁰²⁾ Trestní kodex Federativní lidové republiky Jugoslaviie upravuje v čl. 17 zvlášť otázku tzv. nezpůsobilého pokusu: „Jestliže prostředek, kterým se pachatel pokoušel spáchat trestný čin nebo předmět, proti kterému se pokoušel jej spáchat, jsou takové, že trestný čin podobným prostředkem nebo proti takovému předmětu za žádných podmínek nemůže být spáchán, soud může snížit trest, při tom není vázán ani druhem, ani výší trestu, stanoveného na tento trestný čin, a také může úplně pachatele zprostit trestu.“ Některé odchylky u nezpůsobilého pokusu stanoví i trestní kodex Rumunské lidové republiky v hlavě 2., článek 99.

¹⁰³⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 152, 153.

¹⁰⁴⁾ Tamtéž, str. 153

tečně o žádný nezpůsobilý objekt (ve smyslu společenských vztahů chráněných zákonem) zde nejde. Avšak ani označení pokus na nereálném objektu nevystihuje pravou povahu věci. Jestliže totiž pod pokus na nereálném objektu zahrneme i případy trestného tzv. nezpůsobilého pokusu (a Durmanov sem tyto případy zahrnuje) nelze říci, že by šlo o jednání spojené s nereálností objektu. Ve skutečnosti tam, kde jde o trestný pokus, je objekt reálný, reálně existuje. Jinak by zde nebyla nebezpečnost pro společnost, která podmiňuje trestnost.

V. F. Kiričenko považuje pojem pokus na nezpůsobilém objektu za nesprávný a vědecky neodůvodněný. Používání tohoto pojmu „souvisí se záměnou pojmu objektu předmětem útoku, která byla prováděna buržoasními kriminalisty s určitým politickým cílem — maskovat vykořisťovatelskou podstatu buržoasního zákonodárství.“¹⁰⁵⁾ Místo termínu pokus na nezpůsobilém objektu navrhuje Kiričenko používat pojem pokus na nezpůsobilém předmětu útoku.¹⁰⁶⁾

Pojem pokus na nezpůsobilém předmětu útoku vystihuje mnohem lépe skutečnou povahu daného pokusu než pojmy pokus na nezpůsobilém objektu nebo pokus na nereálném objektu. Opravdu při zkoumání charakteristických rysů typických případů tohoto pokusu si často povšimneme nejprve toho, že předmět útoku — znak skutkové podstaty daného deliktu — nemá vlastnosti požadované zákonem. Ovšem současně třeba říci, že pokus na nezpůsobilém předmětu útoku nekryje plně svým doslovným smyslem všechny případy, které se pod něj pravidelně zahrnují. Tak podle Durmanova nekryje ty případy, kdy útok na objekt neuskutečňuje se prostřednictvím předmětu útoku nebo kdy vlastnost předmětu útoku není znakem skutkové podstaty trestného činu.¹⁰⁷⁾ My k tomu pak dodáváme, že pokus na nezpůsobilém předmětu útoku nevystihuje ani ty případy, kdy předmět útoku vůbec neexistuje. Tak např. pokus usmrcení lidského plodu na ženě, která není těhotná. To znamená, že pojem pokus na nezpůsobilém předmětu útoku vystihuje podstatnou část případů dané formy pokusu. V tomto smyslu je oprávněné jeho užívání (lepší pojem bychom asi těžko našli). Současně ovšem třeba mít na zřeteli i jeho nedostatky a to proto, aby nebyla zkreslena podstata toho kterého případu nezpůsobilého pokusu.

Pod pokus na nezpůsobilém předmětu útoku jsou zahrnovány takové případy, kdy jednání pachatele směřovalo podle jeho představy proti reálně existujícímu společenskému vztahu [životu člověka, životu plodu

¹⁰⁵⁾ V. F. Kiričenko, *Značeníje ošibky po sovetskomu ugolovnomu pravu*, Moskva 1952, str. 47. Srov. A. A. Durmanov, *Ugolovnom pravu*, šesté vydání, Moskva 1951, str. 153.

¹⁰⁶⁾ Srov. tamtéž.

¹⁰⁷⁾ Srov. N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 153.

atd.), avšak ve skutečnosti takové jednání zamýšlený objekt nenarušilo, protože konkrétní společenský vztah, který měl být dotčen, neexistoval (střelba na mrtvolu atd.).

Někdy se jím míní i případy tzv. útoku na scházející objekt. Tak učebnice obecné části sovětského trestního práva zahrnuje pod pojem pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku pokus, při kterém jsou jednání subjektu zaměřena na objekt, který v okamžiku pokusu chybí nebo zde sice je, ale má takové vlastnosti, že pokus nemůže být doveden do stadia dokonaného trestného činu, např. výstřel na mrtvolu, považovanou za živého člověka, ale také pokus krádeže z kapsy, která byla prázdná atd.¹⁰⁸⁾

Správně o tom píše Kiričenko, že pojem pokusu na scházejícím objektu „je nepřirozený, neodpovídá potřebám soudní praxe“.¹⁰⁹⁾ V těchto případech se ve skutečnosti nejedná o scházející objekt. Co zde schází je předmět útoku. To jest předmět útoku schází na místě činu. Avšak závažnější je to, že v těchto případech nechybí konkrétní společenský vztah, na který pachatel míní útočit. Jen nepřítomnost předmětu útoku na místě činu způsobila, že objekt reálně existující nemohl být v daném případě zasažen. To jistě velmi výrazně odlišuje „pokus na scházejícím objektu“ od případů tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku. To svědčí o tom, že pokus „na scházejícím objektu“ se povahou blíží spíše obvyklému případu pokusu.¹¹⁰⁾ Z těchto důvodů je zřejmé, „že pokus na scházejícím objektu“ nelze pod pojem pokus na nezpůsobilém předmětu útoku zahrnout.

Pod pokus na nezpůsobilém předmětu útoku tedy zahrnujeme případy pro něž je charakteristické, že u nich schází konkrétní společenský vztah, proti kterému především měl směřovat útok pachatele. Tedy případy, vy-

¹⁰⁸⁾ Srov. *Sovětské trestní právo*, obecná část, red. Čchikvadze, překlad PÚMS, 1954, str. 256.

¹⁰⁹⁾ V. F. Kiričenko, cit. monografie, str. 46.

¹¹⁰⁾ V. F. Kiričenko (ale i N. D. Durmanov) ztotožňuje úplně pokus na „scházejícím objektu“ s obvyklými případy pokusu. Píše — „Možno říci, že ve většině případů u tzv. ukončeného pokusu jde o útok na „scházející objekt“, protože nenastoupení následku je spojeno v těchto případech s nepřítomností poškozeného nebo předmětu na určitém místě. Příklad s krádeží z prázdné kapsy se podstatou ničím neliší od případu ukončeného pokusu vraždy, kdy pachatel střelí na svou oběť a neusmrtí ji toliko proto, že poškozený nebyl na tom místě, kde letěla kulka.“ (Kiričenko, cit. monografie, str. 47.) S tím nelze souhlasit. I když je shoda pokusu na „scházejícím objektu“ s obvyklým pokusem v tom, že u obou existuje konkrétní (primární) společenský vztah, který měl být zasažen, je na druhé straně mezi nimi dosti značný rozdíl. Sáhne-li zloděj do prázdné kapsy, je tu menší míra ohrožení než střelí-li někdo na oběť a mine se cíle. Ovšem i při této rozdílnosti půjde i u pokusu „na scházejícím objektu“ o jednání nebezpečné pro společnost. Neboť je nesporné, že hrozilo nebezpečí následku a čin nebyl dokonán jen proto, že předmět útoku nebyl náhodou na místě trestné činnosti.

značující se tím, že objekt, který měl být především zasažen není vystaven reálnému nebezpečí. Spadají sem zejména:

1. Pokus vraždy na osobě, která již zemřela dříve z jiného důvodu. Pokus neposkytnutí pomoci osobě, která již ve skutečnosti v době činu (tj. neposkytnutí pomoci) nebyla v nebezpečí, neboť podlehla zranění, utrpenému při dopravní nehodě, která předcházela.

2. Pokus usmrcení lidského plodu, provedený na ženě, která ve skutečnosti nebyla těhotná.

3. Pokus podplacení osoby mylně považované za veřejného činitele.

Otázka odpovědnosti za tyto případy tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku je řešena v teorii a praxi socialistického trestního práva různě. Někteří autoři přecházejí charakteristický rys tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku — nedostatek objektu, který především měl být zasažen a konstruuí odpovědnost za tuto formu pokusu odchylně od obvyklých případů. Tak Trajnin se o této formě pokusu domnívá, že „*ve skutečnosti chybí objekt trestného činu*, avšak zde je vytvořena zvláštní situace komplikovaná omylem a objekt existuje v úmyslu pachatele“.¹¹¹⁾ Dospívá pak k závěru, že „při omylu v objektu je nebezpečnost spáchaných činů pro společnost taková, že odůvodňuje uložení trestních sankcí“.¹¹²⁾ Nebo Poláček píše, že tu jde „o pokus na neexistujícím objektu“.¹¹³⁾ O trestnosti se podle Poláčka rozhodne „podle zásady, zda provedené jednání je nebezpečné pro společnost.“¹¹⁴⁾ Rozváděje tyto náhledy dále, Poláček později napsal, že je mylné požadovat pro nebezpečnost jednání pro společnost existenci objektu. To není ani správné ani potřebné. „Jednání nelze posuzovat jen po jeho fyzické stránce. Vycházíme-li z dialektické jednoty fyzické a psychické stránky jednání, dojdeme k závěru, že v uvedeném případě je splněna podmínka skutkové podstaty trestného činu podle § 5, 218 tr. zák., tj. nebezpečnost jednání pro společnost. Je nepochybně dána v psychické stránce jednání, neboť pachatelé vycházeli ze vztahů mezi jevy, které mohly reálně existovat.“¹¹⁵⁾ Nedostatek objektu nevylučuje tedy nebezpečnost jednání pro společnost tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku. I při tomto nedostatku je splněna nebezpečnost jednání pro společnost v psychice obviněného.

Není jasné, jak je možno hovořit o nebezpečnosti jednání pro společnost, schází-li objekt trestného činu. Co pachatel ohrožoval? Komu hrozilo

¹¹¹⁾ A. N. Trajnin, *Nauka o skutkové podstatě trestného činu*, str. 300, překladu ministerstva spravedlnosti.

¹¹²⁾ A. N. Trajnin, *Sostav prestuplenija po sovetskomu ugovovnomu pravu*, Gosjurizdat Moskva 1951, str. 321.

¹¹³⁾ Fr. Poláček, *Základy trestního zákona Československé republiky*, E. n. p. ř., str. 50.

¹¹⁴⁾ Tamtéž.

¹¹⁵⁾ Fr. Poláček, *K otázce tzv. nespůsobilého pokusu*, Právní obzor, roč. 1956, str. 54.

nebezpečí? I kdybychom uznali za základ odpovědnosti psychiku pachatele, musili bychom se tázat, ve vztahu k čemu je nebezpečná? Konstrukce Trajnina a Poláčka nutně vyvolává otázku — neztratilo by v daném případě (kdyby nic nebylo ohroženo) uložení trestu rozumné základy?

Učebnice obecné části sovětského trestního práva z r. 1952 konstruuje stejně jako Poláček odpovědnost za tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku na podkladě pachatelových představ o souvislostech mezi jevy. Pachatel je trestný, pokud vycházel z reálně existujících souvislostí mezi jevy a pokud byl nebezpečný pro společnost.¹¹⁶⁾ Uvedené hledisko má pro pokus na nezpůsobilém předmětu útoku pochybnou hodnotu. Pachatel vždy u pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku vycházel z reálně existujících souvislostí mezi jevy. Mýlil se jen v důležité podmínce trestného činu — existenci objektu. To by znamenalo, že by byl zásadně vždy trestný. Aniž věc blíže rozbíráme, musíme říci, že to je nesprávné. Což je pokus na nezpůsobilém předmětu útoku (kde chybí primární objekt) vždy nebezpečný pro společnost?

Tibitzanl se zdánlivě snaží vyrovnat s nedostatkem objektu, dospívá však k názoru, v němž je odpovědnost za tuto formu pokusu konstruována na podobných základech. Píše — „Na otázku, zda byl či nebyl porušen objekt trestného činu i na otázku, objekt kterého trestného činu byl porušen, je nutno hledat odpověď v kvalitě jednání, a to zejména v *úmyslu nebo nedbalosti*, které jsou organickými složkami jednání. Obsah jednání určuje nejen obecně nebezpečnost jednání pro společnost, to znamená fakt škodlivého působení jednání na společenské vztahy, ale určuje i to, *které společenské vztahy byly poškozeny*. Důvody postihu je tedy nutno hledat vždy v kvalitě jednání a nikoli v něčem mimo jednání.“¹¹⁷⁾

Z úmyslu pachatele nelze usuzovat na existenci objektu a jeho ohrožení.¹¹⁸⁾ Připomíná to subjektivní teorii, která důvod postižení tzv. nezpůsobilého pokusu (a pokusu vůbec) viděla v kvalitě subjektivní stránky trestného činu, ve zlém úmyslu pachatele a odtud odvozovala fakt nebezpečí pro zájmy společnosti (rozuměj pro zájmy vládnoucí třídy).

N. D. Durmanov charakterisuje tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku jako jednání, při kterém „reálný bezprostřední objekt, proti kterému směřoval úmysl pachatele ke způsobení škody, ve skutečnosti není vystaven nebezpečí“.¹¹⁹⁾ Rozlišuje u tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu

¹¹⁶⁾ Srov. citovaná učebnice obecné části sovětského trestního práva, str. 256.

¹¹⁷⁾ Tibitzanl, *K otázce tzv. nezpůsobilého pokusu*, Socialistická zákonnost, č. 8/1956, str. 475.

¹¹⁸⁾ Tibitzanl mluví mylně u pokusu o porušení objektu, jako by pokus byl charakterizován tím, že porušuje objekt. To je nesprávné. Podstatou pokusu je přece ohrožení objektu.

¹¹⁹⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 154.

mětu útoku jednání, která nejsou „spojena s nereálností objektu“, a jednání „spojená a dokonce podmíněná nereálností objektu“. V první skupině „pokus na nezpůsobilém objektu je vyvolán faktickým omylem, chybou pachatele, která neplyne ze skutečnosti, že neexistoval objekt. Takový pokus nutno posuzovat jako každý jiný pokus. Formování úmyslu i jednání bylo zaměřeno proti reálně existujícímu bezprostřednímu objektu, k omylu dochází v procesu spáchání trestného činu. Pro omyl pachatele v existenci bezprostředního objektu jednání je zaměřeno na nereálný bezprostřední objekt. Ale omyl není podmíněn nereálností objektu a s ní svázán.“^{120]}

Na dokreslení uvádí Durmanov případ T. a dalších, projednávaný soudním kolegiem Moskevského oblastního soudu roku 1954. T. a M. ze msty, ve vražděném úmyslu, udeřili poškozeného několikrát do hlavy. Potom oni a ostatní osoby přitáhli tělo poškozeného k dráze železnice. Nedaleko železnice T. a také F. a P., když zjistili, že poškozený ještě žije, položili na krk poškozeného železný sochor a přitiskli jej k zemi, aby udusili oběť. Potom uvedené osoby a také K. i V. položili mrtvolu na koleje, aby inscenovali nešťastnou náhodu. Mrtvola byla přejeta vlakem.

Je možné, že poškozený byl mrtev v době jednání spáchaných F. a P. V tom případě oni spáchali ukončený pokus na nereálném objektu. To znamená, jestli jednání směřující k pokusu není spojeno s nereálností objektu, odpovědnost je na místě.^{121]}

Druhý druh pokusu se podstatně odlišuje tím, že „samo působení pokusu je těsně spojeno s nereálností objektu. Zformování úmyslu a zaměření jednání je ve značné míře podmíněno celou situací, vytvořenou nereálností objektu“.^{122]} Odpovědnost v těchto případech nebude na místě. „Sovětské trestní právo trestá jen skutečně spáchané trestné činy, nikoli předpokládané. Proto případy „pokusu“ na nereálném objektu, které plynou z této nereálnosti nebo jsou s ní podstatně spojeny, třeba považovat za rovnocenné odhalení úmyslu. Zde nejsou páchána žádná jednání vytvářející podmínky k spáchání trestného činu, ani směřující k spáchání trestného činu.“^{123]}

Nemůžeme souhlasit s tím, že pokus na nezpůsobilém předmětu útoku neznamená reálné nebezpečí pro objekt. Pokud tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku má být trestný, musí znamenat nebezpečí pro objekt. Jinak by nemělo význam jej trestat. Nepřijatelné se nám zdá i rozlišování na dvě skupiny pokusu a hledisko pro posouzení trestnosti — formování úmyslu v době, kdy objekt ještě existoval. Případy obou skupin jsou ve skutečnosti shodné a to v tom, že v době činu, tj. v době útoku na objekt, společenský vztah chráněný zákonem již neexistoval. Hledisko formování úmyslu v době existence objektu nemůže odůvodnit trestnost

^{120]} N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 155.

^{121]} Srov. tamtéž, str. 154—155.

^{122]} Tamtéž, str. 155.

^{123]} Tamtéž, str. 157.

pachatele u první skupiny. Nečiní z daného pokusu ještě jednání takové závažnosti, že by byl odůvodněn trest za pokus. Mnohem podstatnější je však to, že Durmanov — podobně jako jiní autoři — vychází z toho, jako by pod znak objektu, který je chráněn zákonem, spadal pouze onen konkrétní společenský vztah, který trestný čin měl postihnout „Ve skutečnosti je pravda pravý opak, neboť dokonání trestného činu je dokladem neúčinnosti trestní hrozby a selhání funkce trestního zákona a uložený trest nemůže proto chránit individuální objekt, který snad vzal již za své. nýbrž především širší nebo užší okruh společenských vztahů téhož druhu, které jsou podle okolností případu trestnými činy téhož druhu ohroženy.“¹²⁴⁾

Jiní vycházejí správně z toho, že odpovědnost za pokus může být budována jediné na těch základech, jako za každý jiný pokus. To znamená, že důvodem pohnání k odpovědnosti pachatele tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku je ta skutečnost, že byly ohroženy společenské vztahy chráněné zákonem. Snaží se proto vyrovnat s otázkou objektu u této formy pokusu, aby zjistili co je ohroženo a dále s otázkou jednání, aby zjistili, čím jsou společenské vztahy chráněné zákonem ohroženy. Dospívají pak k různým názorům, jimiž odůvodňují odpovědnost za tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku a rozlišují mezi trestnými a beztrestnými případy tohoto pokusu.

Tak se snaží řešit otázku pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku č. 57/1955 Sbírky rozhodnutí československých soudů. V daném případě obviněná A. v domněnku, že je těhotná s obviněným B. a ze strachu před rodiči, domluvila se s obviněným B., že též vyhledá někoho, kdo u ní provede potrat a usmrtí tak její plod. Obviněný B. prostřednictvím C. našel vhodnou osobu v D., který sám provedl zákrok. Provedl jej zcela neodborně, takže způsobil obviněné A. těžkou újmu na zdraví (vzplanutí prudkého zánětu na vnitřních rodidlech provázeného krvácením, bolestmi v břiše a horečkou). Obviněná A. byla léčena delší dobu v nemocnici, kde bylo zjištěno, že v době zákroku nebyla vůbec těhotná.

Nejvyšší soud v rozhodnutí o stížnosti pro porušení zákona odsoudil všechny obviněné podle ustanovení § 218 tr. zák. pro pokus usmrcení lidského plodu. V odůvodnění mimo jiné uvedl, že při tomto konkrétním trestném činu *chybí individuální objekt* [život plodu]. To ale pro posouzení nevádí, neboť může být *nahrazen obecným objektem*, jímž je zájem pracujícího lidu na populaci.¹²⁵⁾

I když lze zásadně souhlasit s odsuzujícím výrokem Nejvyššího soudu, nemůžeme se ztotožnit s důvody na nichž je založen. Předně není možné,

¹²⁴⁾ Vl. Solnař, *Poznámky k diskusi o tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku*, Právník č. 6/1957, str. 566.

¹²⁵⁾ Cit. volně podle č. 57/1955 Sb. rozh. čs. soudů.

aby individuální objekt byl nahrazen obecným. Vždyť „obecné existuje jen ve zvláštním, sluje zvláštní“.¹²⁶⁾ V souladu s tím *může být obecný objekt dotčen jen přes jednotlivý* (individuální). Řekneme-li tedy, že je dotčen obecný objekt, dospěli jsme k tomuto zjištění jen tak, že existuje individuální objekt a že je dotčen.

Je nesporné, že v citovaném příkladu je individuální objekt v určitém rozsahu dotčen. Neboť i když schází život plodu, zbývají ještě generační schopnosti ženy a její zdraví, které jsou rovněž individuálními objekty trestného činu podle § 218 tr. zák. Z povahy spáchaného trestného činu a jeho následků lze usuzovat na přímou poruchu zdraví ženy a ohrožení jejích generačních schopností, které jsou rovněž znakem skutkové podstaty usmrcení lidského plodu podle § 218 tr. zák. Zjištění, že popsáním deliktem byly dotčeny zbývající objekty však problém odpovědnosti za pokus na nezpůsobilém předmětu útoku ještě neřeší. Objekty — generační schopnosti ženy, její zdraví a život plodu nejsou totiž alternativními znaky skutkové podstaty trestného činu usmrcení lidského plodu podle § 218 tr. zák. Zmíněná skutková podstata je dána pouze tehdy, jsou-li tu všechny vyjmenované objekty tohoto deliktu. O pokus tohoto trestného činu jde také jen tehdy, jsou-li zde všechny zákonem požadované objekty trestného činu.¹²⁷⁾

Problému odpovědnosti za tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku dotkl se ve své práci také Vybíral. Píše: „domníváme se, že rozlišení hlavních a vedlejších objektů má patrně význam pro řešení případů tzv. pokusu na nezpůsobilém objektu, při zkoumání nebezpečnosti jednání pro společnost v těchto případech. I když v takových případech hlavní individuální objekt ve skutečnosti neexistuje (např. v případě pokusu vraždy na mrtvole), může být po případě nebezpečnost takového jednání pro společnost spatřována mimo jiné v tom, že taková jednání ohrožují nebo porušují vedlejší individuální objekty.“¹²⁸⁾

Tato myšlenka má pro řešení otázky odpovědnosti za tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku základní význam. Plyne z ní, že se mylili

¹²⁶⁾ V. I. Lenin, *Filosofické sešity*, ruský 1947, str. 126

¹²⁷⁾ Naše kritická slova platí i učebnici obecné části trestního práva NDR. Její autoři vyslovují názor, že pachatel tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku má být trestný, jestliže společenské vztahy, které jím měly být dotčeny, jsou chráněny trestním právem. Např. má být trestán vrah, který se omylem pokusil usmrtit dítě, jež nedlouho předtím ale zemřelo. Jednání pachatele se dotýká vztahů chráněných v NDR, zájmu na životě člověka. Protože jde o generelně chráněné vztahy (zájem na životě člověka jako takový) existuje i objekt daného deliktu. (Srov. *Lehrbuch des Strafrechts der Deutschen demokratischen Republik*, Allgemeiner Teil, VEB — Deutscher Zentralverlag, Berlin 1957, str. 437, 438). Z existence generelně chráněného objektu nelze vyvozovat, že existuje konkrétní chráněný společenský vztah, který chtěl pachatel zasáhnout.

¹²⁸⁾ B. Vybíral, cit. mon. str. 17.

ti, kdož ztotožňovali nedostatek primárního objektu u téhož formy pokusu s nedostatkem objektu vůbec. Naznačuje se jí dále, jak se vyrovnat s problémem objektu, jenž je dotčen tzv. pokusem na nezpůsobilém předmětu útoku.

Současně však musíme upozornit na to, že Vybíral se ocitá v rozporu se svým pojetím tzv. sekundárních objektů trestného činu. Výslovně říká, že sekundární objekty nejsou schopny určit daný trestný čin a odlišit ho od jiných trestných činů. Uvedenou zásadu dokládá příkladem trestného činu krádeže, o kterém mimo jiné říká: „Individuální objekt — osobní vlastnictví občana X. je nepochybně třeba pokládat za *nejdůležitější* z uvedených individuálních objektů v tom smyslu, že právě tento objekt určuje spáchaný trestný čin jako krádež a odlišuje tento trestný čin od jiných trestných činů (např. od trestného činu rozkrádání národního majetku nebo majetku lidových družstev — § 245).“ Dále pak pokračuje — „Ostatní vyjmenované individuální objekty (sekundární — J. N.) jsou ve srovnání s objektem — osobním vlastnictvím méně důležité v tom smyslu, že *nejdou schopny určit trestný čin krádeže a odlišit ho od jiných trestných činů.*¹²⁹⁾“

Vycházíme-li z tohoto pojetí tzv. sekundárního objektu, těžko můžeme říci u tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku, že jde o pokus toho kterého deliktu. Tak nebude pokusem vraždy střelba na mrtvolu. Vždyť i když jsou snad dotčeny nějaké společenské vztahy (sekundární), pro určení těchto trestných činů jako vraždy atd. to nestačí. Podle Vybírala přece sekundární objekt trestný čin jako krádež, vraždu atd. neurčuje, ani neodlišuje od jiných trestných činů.

Mnoho jasně vnesl do problematiky tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku prof. Solnař. Dochází k názoru, že pro trestný čin — a tedy i pro pokus — není rozhodný jediný společenský vztah, který trestný čin postihuje, „nýbrž především širší nebo užší okruh společenských vztahů téhož druhu, které jsou podle okolností případu trestnými činy téhož druhu ohroženy. To platí však stejně o pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku jako o jiném pokusu nebo dokonaném činu a opravňuje nás k tomu, abychom i takový pokus, pokud je vůbec nebezpečný pro společnost posuzovali, jako pokus trestného činu, který byl zamýšlen a nikoli jako nějaké *delictum sui generis.*“¹³⁰⁾ Pokud jde o to, čím je tzv. nezpůsobilý pokus nebezpečný pro společnost, Solnař hovoří o „znepokojení, které je způsobeno obavou, že trestný čin bude opakován.“ Srovnáváje tzv. nezpůsobilý pokus s obvyklým pokusem píše, že rozdíl „mohl by se spíše projevit v neprospěch nezpůsobilého pokusu, alespoň pro typické případy, kde k dokonání nedošlo pro nedostatek předmětu útoku, kdežto

¹²⁹⁾ Srov. B. Vybíral, cit. monografie, str. 16 (podtrženo mnou — J. N.).

¹³⁰⁾ Vl. Solnař, cit. článek, str. 586.

se strany pachatele bylo učiněno vše, čeho bylo k dokonání činu třeba. Neboť pachatel projevila v takových případech dokonce vyšší stupeň nebezpečnosti, než v jiných případech pokusu, kde zde byl předmět útoku, trestný čin však pro malou rozhodnost pachatele nebyl dokonán. Poněvadž nebezpečnost opakování má rozhodující důležitost pro nebezpečnost pro společnost pokusu na neexistujícím předmětu útoku a tato nebezpečnost je významně spoluurčována osobou pachatele, má osoba pachatele velký význam pro stupeň nebezpečnosti pro společnost tohoto druhu nezpůsobilého pokusu.¹³¹⁾

Solnař zde přesvědčivě objasňuje jednu ze základních otázek tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku, totiž otázku objektu. Úkolem skutkové podstaty trestného činu je chránit zájem na nedotknutelnosti nikoliv jen jediného konkrétního společenského vztahu, ale celého komplexu vztahů téhož druhu. Proto nedostatek jediného konkrétního společenského vztahu u tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku nevyplňuje ještě odpovědnost. Je možné, že byly dotčeny společenské vztahy téhož druhu jako byl (neexistující) objekt. Je možné, že hrozí nebezpečí pro společenské vztahy, k jejichž ochraně je určena daná (stejná) skutková podstata trestného činu. V tomto směru lze s nastíněným řešením souhlasit a možno je vzít za základ i naší konstrukce odpovědnosti za danou formu pokusu.

Složitější však je, z čehož vyvodit, že bylo vyvoláno nebezpečí pro chráněný objekt. Podle čeho posoudit pro společnost nebezpečnou povahu daného pokusu. Tu podle našeho názoru ještě úplně přesvědčivě vysvětlení této další základní otázky dáno nebylo.¹³²⁾ Zdůrazňuje se moment znepokojení vyvolaný nebezpečím opakování deliktu. Stěží lze souhlasit s tím, že by subjektivní pocit znepokojení (např. majitelů předmětů krádeže) mohl znamenat nebezpečí pro chráněný objekt. Nejde přece o subjektivní pocit jiných lidí, ale o to, zda možno z něčeho usuzovat na nebezpečí pro chráněný objekt. Subjektivní pocit znepokojení nemůže vyřešit otázku, kdy tu bude a kdy nebude nebezpečí pro objekt a kdy nastoupí trestní odpovědnost. Věc plně neosvětluje ani řekneme-li, že je nebezpečí opakování pro objekty téhož druhu. To jest že objektivně hrozí nebezpečí pro objekt do budoucna. Jde totiž o to, že pokus musí být nebezpečný již v době činu. Již v době činu musí být něco, co nasvědčuje reálnému nebezpečí pro objekt chráněný zákonem. Nestačí tedy

¹³¹⁾ VI. Solnař, *Aktuelle Fragen des allgemeinen Teils des tschechoslowakischen Strafrechts*, Beiträge zu Problemen des Strafrechts, Berlin, 1956, str. 14—15.

¹³²⁾ Ani v naší práci věnované problematice tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku nebyla otázka z čeho posoudit, zda jde u této formy pokusu o jednání nebezpečné pro společnost ještě úplně osvětlena. Srov. J. Nežkusil, *K problému tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku*, Právník, č. 9/1956, str. 852 a násl.

jen nebezpečí do budoucna. Správnost toho musí být uznána pokud souhlasíme s tím, že odpovědnost za pokus nemůže být budována jako za nějaké *delictum sui generis*, ale jediné na stejných základech jako za každý jiný pokus. Tím nechceme říci, že by nebezpečí opakování (nebezpečí nového útoku na objekt téhož druhu) ztrácelo význam pro nebezpečnost jednání pro společnost dané formy pokusu. To rozhodně ne. Jak uvidíme dále, nebezpečí opakování (nebezpečí nového útoku na objekt) u tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku má své místo mezi hledisky, která určují pro společnost nebezpečnou povahu pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku.

Z čeho tedy usoudit, že tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku znamenal nebezpečí pro objekt, že byl jednáním nebezpečným pro společnost?

Tak zvaný pokus na nezpůsobilém předmětu útoku záleží v útocích nejrůznější povahy. Jejich společným rysem je, že se pachatel nepodařilo zasáhnout společenský vztah, proti kterému zaměřil svou trestnou činnost. Např. pachatel střelil na oběť, ale nezabil ji, protože oběť již dříve z jiné příčiny zemřela. Nebo pachatel se pokusil usmrtit lidský plod, což se mu však nepodařilo, protože žena nebyla ve skutečnosti těhotná. Na první pohled by se mohlo zdát, že tu není nic, co by nasvědčovalo tomu, že bylo něco ohroženo. To by však nebylo správné.

Zkoumáme-li případy tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku blíže vidíme, že většinou by pachatel byl podnikl trestnou činnost i proti jinému objektu (téhož druhu). Jenom náhodou tak neučinil. Jen náhoda způsobila, že nešlo o jiný, skutečně existující objekt (téhož druhu) a zabránila tak dokonání trestného činu. Jen náhoda zamezila, aby pachatel realizoval svůj úmysl, který mohl vést k dokonání.

Např. pachatel — profesionální vrah — podnikl pokus o loupežnou vraždu na člověku, který v době činu již byl mrtvý. Jen náhodou si ne zvolil živého člověka. Stejně tak (protože šlo o profesionálního vraha) mohlo jít o trestnou činnost proti jinému člověku, opravdu živému. Mohlo jít o činnost, která by nesporně nezůstala jen ve stadiu pokusu, nýbrž vyústila by přímo v dokonání deliktu — usmrcení oběti. Nebo další příklad — pachatel — řidič — někoho přejel. Rozhodl se ujet, neposkytnout pomoc a vyhnout se tak následkům svého jednání. Oběť byla po přejetí mrtvá. Pachatel mylně myslel, že neposkytl pomoc živému člověku. Byl by stejně tak neposkytl pomoc komukoliv jinému. Jen náhodou se stalo, že nešlo o neposkytnutí pomoci jinému živému člověku. Jen náhoda způsobila, že se pachatel nesetkal s jiným živým člověkem a zabránila tomu, aby byl trestný čin dokonán.

A z toho, že mohl být dotčen jiný objekt můžeme vyvodit, že tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku znamenal nebezpečí pro společenské vztahy téhož druhu. Z toho můžeme usoudit, že tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku byl jednáním nebezpečným pro společnost. V tomto směru není rozdíl mezi tímto pokusem a případy obvyklými.

Nezpůsobilý pokus i případy obvyklé vyznačují se tím, že vyvolávají nebezpečí pro vztahy chráněné zákonem a nevedou k dokonání vlivem náhody.¹³³⁾

Jestliže by se snad namítlo, že míra ohrožení je tu menší než u obvyklého pokusu (obvyklý pokus se mnohem blíže dotýká chráněného objektu), je tu ještě ta důležitá okolnost, že hrozí reálné nebezpečí nového útoku na některý z objektů, který se pachatel — vlivem náhody — nepodařilo zasáhnout. Pokus na nezpůsobilém předmětu útoku je nezdařenou trestnou činností. Nebyl dokonán jen proto, že nešlo o reálně existující objekt. Jen to zabránilo dokonání. Je třeba počítat s tím, že příště nic nezabrání pachateli, aby tentokrát úspěšně dokonat trestný čin, nyní již na reálně existujícím objektu téhož druhu.

Jestliže loupežný vrah střelil na mrtvolu, nezabrání mu příště nic, aby svůj zločinný cíl uskutečnil. Jestli pachatel řidič, o kterém jsme hovořili, bude příště postaven do stejné situace, avšak s tím rozdílem, že půjde o neposkytnutí pomoci živému člověku, bude si počínat naprosto stejně. Nebo pokoušel-li se pachatel podplatit někoho, koho měl mylně za veřejného činitele, aby dosáhl svého zločinného cíle, je třeba se obávat, že jej nic neodradí, aby vyhledal skutečného veřejného činitele, podplatil jej a nyní již hladce dosáhl svého zločinného cíle.¹³⁴⁾ Je třeba se toho nadít právě proto, že dokonání deliktu zabránilo jen to, že trestná činnost nesměřovala proti reálně existujícímu

¹³³⁾ U obvyklého pokusu např. zloděj myslel, že se dostane do určitého objektu a tam se zmocní určité věci. Jen náhoda — že bylo zamčeno — zabránila tomu, aby byl delikt dokonán. U tzv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku pachatel chtěl podplatit veřejného činitele. Jen náhoda — že nešlo o veřejného činitele — zabránila tomu, aby byl delikt dokonán.

¹³⁴⁾ N. D. Durmanov si ve své práci všímá jednoho podobného případu. V jednom případě podvodník, který se vydával za orgán milice, prováděl prohlídku u výrobkyně kořalky a odhalil kořalku; za určitou částku peněz zničil „protokol“ o prohlídce. O tom, jak posoudit tento případ, Durmanov píše — „Odpovědnost toho, kdo dal »úplatek«, nemůže být založena v podobných případech na předpokladu, že jestliže by v dané situaci šlo místo domnělého veřejného činitele nebo domnělého prostředníka o skutečného veřejného činitele nebo skutečného prostředníka, tu úplatek by mu byl předán a utrpěl by škodu objekt daného trestného činu. Ale tento předpoklad nemá pevné základy a v žádném případě nelze z něj činit základ trestní odpovědnosti toho, kdo dal úplatek.“ Kdyby nebylo podvodníka... „nikdy by nebyl dán úplatek skutečnému veřejnému činiteli“. Durmanov se dále obává, že by pohnání k odpovědnosti toho, kdo se pokusil dát úplatek, ztížilo možnost postihnout podvodníka. „Obyčejně jedinou osobou, která může vypovědět o takovém úplatku, je sám ten, kdo dal »úplatek«, ale bude-li vystupovat jako obviněný a ne jako svědek, tu bude těžko od něj očekávat odhalení celého případu.“ (Durmanov, cit. monografie, str. 155—157.) Durmanov se mýlí. Uvedený předpoklad má velmi pevné základy. Uvážíme-li, že šlo o pachatelku — tajnou výrobkyni kořalky — musíme důvodně předpokládat, že při prohlídce skutečným orgánem milice by byl (bude) dán opravdu úplatek. Co se pak týče poslední námitky, nelze ji považovat za vážný důvod proti odpovědnosti toho, kdo se pokusil dát úplatek. To, že bude ztíženo řízení je celkem jiná věc, která nemá rozhodnout o tom, jsou-li zde předpoklady pohnání pachatele k odpovědnosti podle trestního práva hmotného.

objektu a nikoli např. menší rozhodnost pachatele nebo jeho nezkušenost. A stejně tomu bude v případech jiných. Jestliže nebude uložen trest, pachatel se znovu pokusí uskutečnit svůj záměr a nic mu již nezabrání dosáhnout úspěchu.^{135]}

Vycházíme tedy z toho, že tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku byl zaměřen na společenský vztah, který ve skutečnosti neexistoval. To však nevylučuje odpovědnost pachatele. Úlohou ustanovení zvláštní části je chránit společenské vztahy daného druhu, nikoli jenom jednotlivý společenský vztah. Jestliže by pachatel byl podnikl trestnou činnost *i proti jinému objektu*, jen náhoda zabránila dokonání. Bylo tu nebezpečí pro společenské vztahy téhož druhu, jako byl neexistující primární objekt. K tomu přistupuje ještě *nebezpečí nového útoku*. To odůvodňuje pohnání pachatele k odpovědnosti.

3. Tzv. pokus nezpůsobilými prostředky

Další formou je tzv. pokus nezpůsobilými prostředky. Spadají sem případy jednání, kdy pachatel použil k spáchání trestného činu prostředky, které podle svých objektivních vlastností nemohou vést k dokonání trestného činu. „Jaké prostředky použije pachatel k uskutečnění svého záměru a jak je použije — všechny tyto otázky jsou velmi podstatné pro charakteristiku nebezpečnosti pro společnost jak samého pachatele, tak i spáchaného jím jednání.“^{136]}

V nauce se volá po tom, aby pojem pokusu nezpůsobilými prostředky byl více než dosud zpřesněn a konkretisován. To má umožnit lépe posoudit otázku nebezpečnosti jednání pro společnost tzv. pokusu nezpůsobilými prostředky a oddělit trestné případy tohoto pokusu od beztrestných. Tak Kiričenko píše — „Sám pojem nezpůsobilých prostředků vyžaduje zpřesnění. V širokém smyslu možno tvrdit, že ve většině případů nenastoupení následku poté, když pachatel učinil vše, co je podle jeho mínění nezbytné pro jeho nastoupení, je způsobeno nezpůsobilostí zvolených prostředků. Avšak když je pojem »prostředek« používán v užším

^{135]} V každém jednotlivém případě bude ovšem třeba rozhodnout otázku nebezpečnosti jednání pro společnost s přihlédnutím ke všem okolnostem konkrétního případu. V té souvislosti musíme podtrhnout zvláštní význam celkového poměru pachatele k dodržování zásad socialistického soužití, zračící se v povaze činu a celkovou zkušenost pachatele v páčení trestných činů. Kde čin pachatele bude ojedinělým excesem v jeho životě, bude nebezpečnost v době činu i nebezpečí nového útoku na objekt stejného druhu menší než tam, kde čin pachatele není něčím nahodilým v jeho životě. Půjde-li o pachatele méně zkušeného v páčení trestných činů, což se projeví v tom, že při nedokonání spolupůsobila i menší zkušenost pachatele, bude menší nebezpečí pro objekt než tam, kde dokonání deliktu zabránilo jen to, že např. oběť již byla mrtvá.

^{136]} V. F. Kiričenko, cit. monografie, str. 52.

smyslu — ve smyslu nástroje, instrumentu, nářadí apod., pojem nezpůsobilost prostředků vyžaduje konkretisaci.¹³⁷⁾

Durmanov vychází z dělení některých starších autorů, podle kterého se rozlišují čtyři skupiny pokusu nezpůsobilými prostředky:

1. Když pachatel v důsledku omylu použil nezpůsobilého prostředku místo způsobilého, např. neškodný prášek místo jedu.

2. Když v daném případě způsobilý prostředek nebyl v takovém množství, které je nezbytné pro způsobení škodlivého následku, např. použití málo zápalných látek při požáru stavení.

3. Když prostředek — v daném případě vhodný — nebyl použit tím způsobem, který mohl způsobit následek, např. abortivní prostředek byl použit vnitřně, zatím co mohl způsobit žádaný výsledek jen injekcí.

4. Když prostředek byl v daném případě nedostatečně účinný.¹³⁸⁾

„V posledních třech případech žádné zvláštní otázky nevznikají. Útok ve značné části případů nevede k dokonání trestného činu právě pro nedostatečnost nebo malé množství prostředků nebo jejich neumělé použití. To je právě to, co je nejvíce charakteristické pro pokus.“¹³⁹⁾

To znamená, že zbývají případy, kdy pachatel v důsledku omylu nebo neznalosti použil místo způsobilého prostředku nezpůsobilý. Posléze uvedený případ na rozdíl od prvního je spojen s omylem přímo v samém plánu spáchání trestného činu. Např. ošetřovatelka užila u těhotné ženy jako prostředku k potratu lék na furunkulosu. Jde o užití nezpůsobilých prostředků v důsledku neznalosti podstaty a působení těchto prostředků. U většiny těchto případů půjde o pokus. Avšak často při volbě prostředků z neznalosti tu nebude nebezpečnost pro společnost, což odůvodní užití poznámky k článku 6 TK RSFSR.¹⁴⁰⁾

Takové rozlišování nevystihuje pravou povahu věci. I v posledních třech skupinách najdeme jednání, u nichž je situace odlišná než u obvyklých. Např. do bodu 2. bychom mohli zařadit pokus vraždy nepatrným množstvím jedu, nebo do bodu 3. střelbu na oběť pistolí na vzdálenost mnohonásobně převyšující donosnost zbraně. Zde již na první pohled nenajdeme, co je charakteristické pro obvyklý pokus. To znamená, že nelze bez bližšího rozboru říci, že všechny případy spadající do posledních tří skupin jsou pokusem.

Pravou povahu věci však nevystihuje ani Durmanovovo pojetí první skupiny. Je sice pravda, že zde bude těžiště pokusu nezpůsobilými prostředky; avšak proč má o nebezpečnosti pro společnost rozhodovat omyl

¹³⁷⁾ Tamtéž, str. 53.

¹³⁸⁾ Srov. N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 158—159.

¹³⁹⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 159.

¹⁴⁰⁾ Srov. tamtéž, str. 159—160

nebo nevědomost? Proč i nevědomost bude jednou nebezpečná (případ s ošetřovatelkou), jindy nikoli? To se zde nikde neříká. Uvážíme-li, že rozlišování v podobném smyslu bylo známo již buržoasní nauce (ontologický a nomologický omyl) a že není ukázán význam tohoto rozlišování z hlediska nebezpečnosti jednání pro společnost, nezbyvá než učinit závěr, že se tu o problematice tzv. pokusu nezpůsobilými prostředky mnoho nového nedovídáme.

V. F. Kiričenko třídí pokus nezpůsobilými prostředky na dva druhy: „Jedny prostředky mohou být nezpůsobilé v důsledku *objektivních zvláštností konkrétního případu*, a jsou v druhých případech plně způsobilé ke způsobení následku.“¹⁴¹⁾ „Jiné prostředky mohou být nezpůsobilé v důsledku *objektivní nezpůsobivosti v jakýchkoli podmínkách způsobit zločinný následek*.“

Taková je např. kuchyňská sůl jako prostředek k otrávení, modlitba a zaklínání jako prostředek usmrcení.¹⁴²⁾

Prostředky první skupiny nejsou nezpůsobilé, protože v jiných podmínkách mohou vyvolat následek.

V pravém slova smyslu jsou nezpůsobilé jen prostředky druhé skupiny. Nebezpečnost pro společnost a trestnost bude zde tehdy, když následek nenastal pro omyl pachatele. Nebýt omylu, následek by nenastoupil. Vše to svědčí o nebezpečnosti pro společnost pachatele spáchaného útoku i o nebezpečnosti pro společnost tohoto útoku. Proto pachatel, který spáchal pokus nezpůsobilými prostředky, podléhá trestní odpovědnosti. Bez trestu mohou zůstat jen případy pokusu, kde prostředky zvolené v důsledku krajní nevědomosti a pověrčivosti nesvědčí o nebezpečnosti pro společnost pachatele.¹⁴³⁾

Uvedené rozlišování vychází z třídění pokusu na relativně a absolutně nezpůsobilý. Nestanoví jasně hranici mezi absolutně a relativně nezpůsobilým pokusem. Příklad s kuchyňskou solí nemusí být absolutně nezpůsobilým pokusem. Jak uvádí Durmanov, kuchyňská sůl, o které se zmiňuje Kiričenko, v určitých případech a v určitých množstvích může způsobit škodu. Dokonce čistá voda v určitých podmínkách, např. v době nebo po některých operacích, může způsobit těžkou škodu zdraví člověka.¹⁴⁴⁾ Naopak případy, které uvádí Kiričenko v první skupině, nemusí být relativně nezpůsobilé a mohou být stejně zařazeny mezi absolutně nezpůsobilé. Např. při pokusu střelbou z nenabitě pistole může jít o pokus absolutně

¹⁴¹⁾ Např. střelba na vzdálenost přesahující donosnost zbraně. V daném případě je prostředek nezpůsobilý, zatím co v jiných podmínkách je plně způsobilý k způsobení následku.

¹⁴²⁾ V. F. Kiričenko, cit. monografie, str. 53—55.

¹⁴³⁾ Srov. V. F. Kiričenko, cit. monografie, str. 49.

¹⁴⁴⁾ Srov. N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 160.

nezpůsobilý. Z toho plyne, že rozlišování na absolutně a relativně nezpůsobilý pokus není spolehlivým vodítkem pro posuzování pokusu nezpůsobilými prostředky.

Mnohem větším nedostatkem však je, že uvedené rozlišování nevychází z toho, zda posuzovaný případ pokusu ohrožuje společenské vztahy chráněné zákonem.

Rozlišování pokusu nezpůsobilými prostředky na různé skupiny (ale spoň pokud jde o rozlišování Kiričenkovo) nemá v socialistickém trestním právu takový význam, jaký mu přikládají citovaní autoři. Pomocí tohoto rozlišování nelze vést ostrou hranici mezi oblastmi trestného a bez-trestného tzv. pokusu nezpůsobilými prostředky. To je také pochopitelné. Rozlišování pokusu např. na absolutně a relativně nezpůsobilý vycházelo z jiných hledisek než materiální pojetí trestného činu — pojetí trestného činu jako jednání nebezpečného pro společnost. Z uvedeného rozlišování je nejvýše ten prospěch, že upozorňuje na nejspornější případy pokusu nezpůsobilými prostředky, kterým je třeba věnovat pozornost.

Všichni autoři se shodují v tom, že z případů pokusu nezpůsobilými prostředky nutno se soustředit na ty, kde čin nebyl dokázán proto, že pachatel omylem užil jiný prostředek než zamýšlel nebo z nevědomosti nebo pověrčivosti zvolil k dokonání nevhodný prostředek. Okruh těchto případů — jak to plyne z naší kritiky Durmanova a Kiričenka — třeba při tom chápat tak, že sem spadají i některé činnosti v pojetí uvedených autorů i relativně nezpůsobilé. Ovšem jen potud, pokud jsou rovněž projevem nevědomosti pachatele. To znamená, že věnujeme svou pozornost těmto typickým případům:

1. Pokus zcela nezpůsobilým prostředkem, který někdo pachateli podstrčil za pravý. Např. pachatel nasypal do jídla místo jedu neškodný prášek, který mu někdo zaměnil místo jedu.

2. Pokus z nevědomosti. Např. ošetřovatelka podá těhotné ženě k provedení potratu lék k léčení furukulose v domněnku, že jím lze usmrtit plod. Pachatel se pokusí otrávit oběť sušeným masem zmiže vycházející z toho, že maso má stejný účinek jako hadí jed. Pachatel střílí na oběť na vzdálenost, která podstatně přesahuje donosnost zbraně.

3. Pokus z pověrčivosti — pokus vraždy zaklínáním atd.¹⁴⁵⁾

Chceme-li řešit otázku, v kterých případech půjde u tzv. pokusu nezpůsobilými prostředky o jednání nebezpečné pro společnost a trestné, musíme vyjít ze stejných zásad jako u každého jiného pokusu. To se zdá být

¹⁴⁵⁾ N. D. Durmanov uvádí, že tzv. pokus z pověrčivosti záleží ve spáchání jakýchkoliv jednání (zaklínání, magická jednání nad portrétem, vyobrazeními, částmi oděvu člověka atp.), která podle mínění pachatele musí prostřednictvím výše stojících sil způsobit určitou škodu kterýmkoliv osobám nebo určitým předmětům. (Srov. Durmanov, cit. monografie, str. 180.)

jasné. Avšak potíží je v tom, že pachatel u této formy pokusu použil prostředek, jímž nemohl trestný čin dokonat. Např. pachatel si přichystal zbraň s náboji k usmrcení oběti, pak někdo náboje vyměnil za slepé a pachatel střelil na oběť slepými náboji.

Tzv. pokus nezpůsobilými prostředky zahrnuje — jak jsme viděli — jednání nejružnější povahy. Jejich charakteristickým společným rysem je, že v rozhodující fázi trestné činnosti se nepodařilo pachateli narušit objekt způsobem popsáním v zákoně. Např. pachatel střelil na oběť, použil však v této rozhodující fázi (usmrcení podle § 216 tr. zák.) slepé náboje, které mu někdo podstrčil za ostré. Nepodařilo se mu narušit objekt, usmrtní člověka. Nebo pachatel se pokusil usmrtní jiného tím, že mu podal sušené maso zmije. Nepodařilo se mu pochopitelně oběť usmrtní. Bylo by mylné se domnívat — s ohledem na uvedený společný rys — že tu nebylo vždy nebezpečí pro objekt, charakteristické pro pokus trestného činu.

Domníváme se, že je třeba rozlišovat, *jestli příčinou nedokonání je náhoda resp. okolnost, která jen v omezeném rozsahu vylučuje způsobilost pachatele trestný čin dokonat. A dále jestli trestný čin nebyl dokonán proto, že pachatel není sto počínat si tak, aby dosáhl úspěchu.*

V prvním případě bylo nebezpečí pro objekt, které má zákon na zřeteli pro pokus trestného činu. Utváření úmyslu a (zčásti) jednání, ke kterému došlo, mají povahu nebezpečnou pro reálně existující společenský vztah. Jen náhoda nebo jiná okolnost (vylučující jen omezeně způsobilost pachatele spáchat trestný čin) způsobila, že se pachateli nepodařilo narušit objekt chráněný v zákoně. Jen tyto okolnosti způsobily, že ve fázi trestné činnosti, kdy mělo dojít k dokonání, vše se přeměnilo v jednání, kterým se nepodařilo zasáhnout objekt způsobem popsáním v zákoně. Avšak nehledě na to, i ona nezpůsobilá část jednání, nasvědčuje tomu, že jsme měli co činit se skutečným (nejen v představě pachatele existujícím) nebezpečím pro objekt (např. střelba slepými náboji nasvědčuje tomu, že měl být usmrcen člověk střelnou zbraní). Tento pokus se v zásadě — pokud jde o to, že byl ohrožen objekt — příliš neliší od pokusu způsobilými prostředky. Pokud snad je tu okolnost, že ve srovnání s obvyklým pokusem je tu menší míra nebezpečí pro objekt — činnost nevyvolala přímé nebezpečí následku znaku skutkové podstaty trestného činu — musíme uvážít, že tento rozdíl může být vyvážen (podobně jako u první formy tzv. nezpůsobilého pokusu) tím, že z povahy daného pokusu jako nezdařené činnosti (tj. jednání) plyne — ve srovnání s jiným pokusem — nebezpečí nového útoku na objekt. I zde jde o nezdařenou trestnou činnost. Jen okolnosti, které jsme uvedli, zabránily tomu, aby trestný čin byl dokonán. Je třeba se nadíti nového — tentokrát způsobilého útoku

na též společenský vztah nebo jiný vztah téhož druhu.¹⁴⁶⁾ Jestli někdo travičí podstrčil místo jedu neškodný prostředek, je třeba se důvodně obávat, že vrah se o čin pokusí znovu, vystříhá se toho, aby mu někdo zabránil uskutečnit záměr, naprosto způsobilý pro dokonání trestného činu. Jestli vrah pro slabý zrak odhadl špatně vzdálenost a oběť neusmrtil, je třeba se obávat, že se vystříhá toho, aby mu tato okolnost příště vše zhatila.

V druhém případě společenské vztahy nebyly ve skutečnosti ohroženy. Šlo o pachatele nezpůsobilého počínat si jinak. Utváření úmyslu a spáchání jednání (ve všech svých fázích) nemají takovou povahu, že by opravdu ohrožovaly reálně existující objekt. Ani nový útok — pokud by hrozil — nemá takovou povahu, že by svědčil o opravdovém nebezpečí. Jestli se pachatel pokusil usmrtit zaklínáním, těžko lze tvrdit — i kdyby hrozilo nebezpečí nového „útoku“ — že by se strany pachatele bylo reálné nebezpečí pro stejný společenský vztah nebo vztahy téhož druhu. Nelze proto říci, že by se takový „pokus“ posuzoval jako každý jiný pokus.

Podle tohoto vodítka budou případy, na které jsme se soustředili, posouzeny takto:

1. Jednání pachatele, který omylem místo jedu použil neškodný prášek, bude nebezpečím pro objekt. Pachatel užil neškodný prášek místo jedu pro okolnosti na něm nezávislé. Jen náhoda zabránila dokonání. Již to, co pachatel podnikl, ohrožuje v jisté míře objekt. Nebezpečí nového útoku přibližuje tento pokus obvyklému pokusu. Je odůvodněna trestnost pachatele.

2. Jednání ošetřovatelky, která podala těhotné ženě k provedení potratu lék k léčbě furunkulose v domnění, že jím lze usmrtit plod, nebude nebezpečím pro společnost. Jde-li o ošetřovatelku s takovými „znalostmi“, nebude nebezpečí, alespoň ne takové, jako v případě předchozím, že čin bude opakován úspěšně. Příčina nedokonání plyne z toho, že pachatelka není vůbec způsobilá trestný čin dokonat.^{147, 148)} [Jinak zaměnil-li někdo ošetřovatelce lék, který se k usmrcení plodu hodil.] Stejný závěr platí i pro pachatele, který podal oběti sušené maso zmiže. Nešlo-li o tak nebezpečný prostředek, že jím byl ohrožen v době činu objekt, nelze se ani nadíti úspěšnějšího útoku nového Pachatel asi stěží zvolí lepší prostředek v případě nového útoku. Konečně jde-li o pachatele, který střílí na oběť na vzdálenost přesahující donosnost zbraně, bude třeba zkoumat, proč nedošlo k dokonání. Jestli pachatel myslel, že střelbou na 2 km může z pistole usmrtit, plyne příčina nedokonání nutně z jeho neschopnosti čin dokonat. Nebezpečí v době činu ani pak nehrozí, vyjímaje případy, že by se pachatel do budoucna poučil. Většinou nepůjde o jednání nebezpečné pro společnost. Jestli ale se pachatel [např. pro slabý zrak] jen poněkud zmýlil v odhadu vzdálenosti, ve skutečnosti šlo o vzdálenost větší, přesahující donosnost zbraně, jde o zmýlenou pachatele, která vylučuje jeho způsobilost čin dokonat jen zcela málo. Trestná činnost od svého počátku

¹⁴⁶⁾ Pokud jde o otázku objektu téhož druhu, platí zde totéž, co bylo řečeno o první formě tzv. nezpůsobilého pokusu.

¹⁴⁷⁾ Bylo by však třeba zkoumat, zda pachatelka — poučená neúspěchem — by ne zvolila příště správný prostředek. To by ovšem situaci změnilo.

¹⁴⁸⁾ Jinak N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 159.

byla nebezpečím pro společenské vztahy chráněné trestním právem. Příště se pachatel již nezmýlí a čin dokoná. Bude proto trestný.

3. Jednání pachatele pokusu nezpůsobilými prostředky z pověřivosti -- pokus vraždy zaklínáním — nebude nebezpečné pro společnost. Příčina nedokonání tkví v tom, že pachatel není s to jednat jinak. V době činu ani při novém „útku“ nehrozí společenským vztahům nebezpečí. Nebude možno se nadíti, že pachatel, který je na této úrovni, zvolí jiný prostředek. A pro úplnost ještě jeden případ. Pokus vraždy kuchyňskou solí nebo vodou. Zda půjde o jednání nebezpečné pro společnost posoudíme podle stejných zásad. Jestli pachatel byl na takové intelektuální úrovni, že přikládal těmto prostředkům smrtící účinek, nebude jeho jednání nebezpečné pro společnost. Čin nebyl dokonán pro naprostou nezpůsobilost pachatele. Nebezpečí nového útoku (přesněji způsobilejší činnosti) nehrozí. Jestliže však čin nebyl dokonán proto, že pachatel podal oběti vodu, protože se domníval, že je po operaci a že ji tím usmrtí, avšak to se nestalo, protože oběť po operaci nebyla, čin nebyl dokonán pro okolnosti nahodilé, nebezpečí společenským vztahům hrozí a pachatel bude trestný.¹⁴⁹⁾

Tak je tomu tedy s otázkou pro společnost nebezpečné povahy tzv. pokusu nezpůsobilými prostředky. Při jejím řešení vyšli jsme ze zásad společných pro pokus, avšak všimli jsme si současně i zvláštností, kterými se tzv. pokus nezpůsobilými prostředky — na rozdíl od jiných případů pokusu — vyznačuje. Pachateli pokusu nezpůsobilými prostředky nepodařilo se v rozhodující fázi trestné činnosti uskutečnit jednání, které je znakem skutkové podstaty trestného činu a zasáhnout tak objekt. To však neznamená, že nehrozilo nebezpečí objektu chráněnému zákonem. *Je třeba rozlišovat, zdali k dokonání nedošlo vlivem okolností nahodilých, (resp. takových, které vylučují způsobilost pachatele dokonat trestný čin jen omezeně) nebo pro úplnou nezpůsobilost pachatele.* V prvním případě bude mít trestná činnost v zásadě stejnou povahu jako každý jiný pokus. Případný menší stupeň ohrožení objektu bude vyvážen nebezpečím nového útoku na stejný objekt nebo na jiný objekt téhož druhu. V druhém případě trestná činnost nebude mít náležitosti pokusu. *Schází totiž nebezpečí pro společnost, které má zákon na zřeteli pro pokus trestného činu.* Pachatel proto nebude trestný.

¹⁴⁹⁾ Zde ovšem jde o kombinaci s prvou formou tzv. nezpůsobilého pokusu.

1. Úvod

Při trestání pokusu vychází zákonodárce z toho, že nelze lhostejně přihlížet k nezdařeným snahám o spáchání trestného činu. Tím, že se hrozí trestem i za pokus, že i za tuto formu trestné činnosti se ukládá trest, je možno působit na všechny ty, kdož by se chtěli pokusit narušit vztahy, jejichž ochrana je účelem trestního zákona. Avšak nejen toto posláním plní trestání pokusu. Je možné, že přes pohrůžku pohnáním k odpovědnosti, dojde k zločinnému útoku. V takovém případě musí být pachatel vystaven vlastnímu působení trestu na svou osobu. A to proto, že ohrozil společenské vztahy chráněné zákonem a dále proto, že by se — po nabytí zkušeností — znovu nerušeně mohl pokusit o nový trestný čin. Hrozbou trestem a ukládáním trestu za pokus sleduje se tedy dosažení úkolů generální a speciální prevence.

Má-li trestání pokusu plnit své úkoly je nezbytné, aby tresty ukládané za pokus, odpovídaly nebezpečnosti pro společnost spáchaného jednání.

Tento požadavek zdůrazňuje i zákon v ustanovení § 19, které platí pro výměru trestu za všechny formy trestné činnosti (tedy i za pokus). Dále v § 5 odst. 2, který vyžaduje, aby se při výměře trestu za pokus přihlédlo k okolnostem, které charakterisují nebezpečnost jednání pro společnost právě jen pokusu trestného činu.

2. Obecné zásady

Podle § 5 odst. 2 je pokus trestný jako trestný čin sám. Tím se míní, že pokus se trestá podle sazby stanovené v zákoně na dokonaný trestný čin. Trest za pokus trestného činu se vyměřuje podle sazby, která je určena pro dokonaný delikt.

To je pochopitelné, vždyť pokus se povahou a stupněm závažnosti blíží dokonanému trestnému činu. Jednání pachatele pokusu bylo objektivně i subjektivně zaměřeno k spáchání trestného činu, k dokonání deliktu. I když následek nezpůsobilo, dospělo tak daleko, že je tu již nebezpečí, že k následku — znaku skutkové podstaty dojde. Pokus přímo již uvádí objekt v nebezpečí následku — znaku skutkové podstaty trestného činu. Při tom k dokonání trestného činu, tj. k způsobení následku, nedošlo většinou jen vlivem okolností nahodilých. Pouhá náhoda zabránila tomu, aby byl trestný čin dokonán. Je proto možno uložit trest v rámci sazby stanovené na dokonaný trestný čin.

V rámci sazby stanovené za dokonaný trestný čin vyměřuje se trest za pokus, s přihlédnutím ke všem okolnostem, které jej charakterisují.

V literatuře se rozlišuje trojí možné uložení trestu za pokus v rámci sazby.

První způsob uložení trestu — vlastní buržoasnímu trestnímu právu — trestá zločinnou vůli. Následek je podružný, je jen projevem zločinné vůle. Povaha zločinné vůle je u pokusu stejná jako u dokonání trestného činu. Proto je pokus postižen stejným trestem jako dokonání trestného činu.

Další způsoby — obligatorní a fakultativní snížení trestu za pokus — připouštějí ve větší nebo menší míře možnost nižšího trestu za pokus ve srovnání s dokonáním trestného činu. A to s ohledem na to, že pokus — ve srovnání s dokonáním deliktem — nezpůsobuje následek, požadovaný pro skutkovou podstatu trestného činu.

N. D. Durmanov považuje obligatorní snížení trestu za pokus — „v mnoha případech za nepřijatelné pro sovětské trestní právo. V řadě případů spáchaný pokus svědčí o pečlivě a chladnokrevně do detailů promyšlené a organisované zločinné činnosti — např. při rozkrádání státního a společenského vlastnictví, činnosti, při níž se počítalo s více trestnými činy nebo s pokračováním v trestném činu. V řadě případů pečlivě promyšlené a organisované trestné činy nebyly dokonány jen díky nahodilým okolnostem.“ I když pachatel nedostihl zamýšleného následku, způsobil leckdy škodu i když sice méně těžkou, ale většímu počtu lidí. V těchto a mnoha jiných podobných případech snížení trestu „... toliko na tom základě, že se pachateli nepodařilo uskutečnit zločinný záměr, neodpovídalo by povaze a stupni nebezpečnosti pro společnost jak samotného pachatele, tak i spáchaného jednání. To se zvláště vztahuje ke kontrarevolučním deliktům.“¹⁵⁰⁾ Proto jedině možné podle Durmanova je fakultativní snížení trestu za pokus.

Pro fakultativní snížení trestu za pokus se vyslovoval i např. A. N. Trajnin, když tvrdil — v systému sovětského trestního zákonodárství stadium vývoje trestné činnosti není momentem, který vždy a rozhodně určuje sankci trestního zákona; stadium vývoje trestné činnosti má význam jen jako jedno z kritérií sociální nebezpečnosti v řadě jiných kritérií.^{151, 152)}

To se nám nezdá být správné. Pokus se blíží závažnosti dokonání trestného činu. Tím však není řečeno, že je stejně nebezpečný jako do-

¹⁵⁰⁾ N. D. Durmanov, cit. mon. str. 174—175.

¹⁵¹⁾ Srov. A. N. Trajnin, *Ugolovnoje pravo*, část obščaja, Moskva 1929, str. 329.

¹⁵²⁾ Učebnice obecné části československého trestního práva je rovněž pro fakultativní snížení trestu za pokus, neboť píše: pokus se může „v rámci sazby postihnout podle povahy případu stejným trestem jako dokonání trestného činu, zpravidla se však podle zásady § 5 odst. 2 tr. zák. postihne mírněji“. (*Československé trestné právo*, svazek I, všeobecná část, kolektiv spolupracovníků kateder trestního práva právnických fakult Karlovy univerzity v Praze a Univerzity Komenského v Bratislavě, 1956, Slovenské vydavateľstvo politickej literatúry, str. 299.)

konaný trestný čin. Nesmíme zapomínat, že pokus — i když se vyznačuje rysy, o nichž jsme hovořili v úvodu — je konec konců *pokusem* tj. nezdařenou trestnou činností, jednáním, které zcela nenaplní ob-
jektivní stránku trestného činu, které zejména neuskutečňuje následek. Nedostatek následku charakteristický pro pokus je tak závažný, že nutně snižuje nebezpečnost každého pokusu ve srovnání s dokonaným deliktem. Nelze proto klást na roveň nebezpečí následku, ať je jakkoliv závažné nebo se dotýká jakkoliv významného objektu a vlastní způsobení tohoto následku. Jde přece o týž delikt, jednou ukončený, jindy neukončený následkem. Nemůže být přece totožná závažnost deliktu proti stejnému objektu, provedenému se stejným záměrem a stejným způsobem, když jednou — u pokusu — schází následek — a jindy naopak způsoben je. Není přece stejně nebezpečné jednání vyzvědače, když se mu podařilo státní tajemství úmyslně vyrazit cizí moci, jako když se mu to nepodařilo. Má pravdu Ljass, že jiné řešení otázky — tj. ztotožňování pokusu s dokonaným deliktem — znamenalo by ignorování objektivní stránky trestného činu, skutečnosti, že nastoupily nebo nenastoupily zločinné následky, což vede k subjektivismu v otázce určení nebezpečnosti jednání pro společnost.¹⁵³⁾ Není proto možné uznat, že jediné vyhovující uložení trestu za pokus je fakultativní snížení trestu za pokus, které připouští, aby byl pokus někdy postižen v rámci sazby stejným trestem, jako dokonaný trestný čin.

Je zřejmé, že trest může u pokusu splnit svůj účel jen tehdy, bude-li uložen v míře, odpovídající menší nebezpečnosti pokusu ve srovnání s dokonaným trestným činem, bude-li uložen v menší výši, než za dokonaný trestný čin. Proto nepřijatelnějším uložením trestu za pokus je snížení trestu za pokus ve srovnání s trestným činem dokonaným.¹⁵⁴⁾

Tomu se zdá nasvědčovat i obsah ustanovení § 5 odst. 2 tr. zák. o výměře trestu za pokus. Pokus je trestný jako trestný čin sám — říká se ve zmíněném ustanovení — a dále se pak zdůrazňuje: *avšak* při výměře trestu se přihlédne k okolnostem a důvodům pro něž k výsledku uvedenému v zákoně nedošlo a k tomu, jak se jednání k tomuto výsledku přiblížilo. Zákonodárce zde sice stanoví stejnou trestnost pokusu jako dokonaného deliktu, současně však požaduje, aby se zásadně vždy přihlédlo k okolnostem, které z trestné činnosti činí pouhý pokus a k okolnostem, pro které celá trestná činnost zůstala právě jen pokusem. Protože u po-

¹⁵³⁾ Srov. N. V. Ljass, *Ponjatije i osnovanija nakazuemoj prigotovlenija i pokušeniija*, Voprosy ugolovno-prava i processa, Učennyye zapisky L. U. 1956, str. 63.

¹⁵⁴⁾ Výjimkou je případ uložení trestu za pokus v horní hranici sazby. (Sr. pravidlo — pokus je trestný v rámci sazby za dokonaný čin.) Zmíněný rozdíl zde nebude vystižen. To je však důsledkem hranice dané sazbou.

kusu vždy schází následek — jde o nezdařenou trestnou činnost — je zřejmé, že u pokusu se projeví tato okolnost ve výměře trestu, a to ve směru jejího snížení, ve srovnání s dokonáným trestným činem.¹⁵⁵⁾

Jiná je otázka, jaká může být výše trestu za pokus, ve srovnání s dokonáným deliktem jiného pachatele. (Např. trest za pokus vraždy jednoho pachatele a za dokonanou vraždu jiného pachatele.) Může být za pokus uložen přísnější trest než za dokonáný trestný čin stejného druhu?

Zdá se být jedině správné, že pokus může být postižen přísněji než leckterý dokonáný trestný čin. Mnohdy totiž má pokus takovou povahu, že je mnohem nebezpečnější, než některý dokonáný trestný čin téhož druhu. To může být patrné zejména ze srovnání následků hrozících u pokusu s následkem, který skutečně nastal u některého dokonáného trestného činu téhož druhu, dále ze způsobu provedení činu atd.

Jestli např. pachatelé se pokusili o krádež zvláště nebezpečným způsobem a ve velkém rozsahu, může být jejich jednání mnohem závažnější než jiná krádež jednotlivého pachatele, která již byla dokonána, avšak v malém rozsahu. Je přirozené, že pachatelé pokusu krádeže budou s ohledem na zvláště nebezpečný způsob provedení své činnosti a s ohledem na zamýšlený velký rozsah škody postižení v rámci sazby za krádež (§ 247) přísněji (a možná mnohem přísněji) než pachatel, který sice dokonat krádež, ale celkem prostým způsobem a ne v příliš velkém rozsahu.

Pokus je tedy vždy trestný jako dokonáný trestný čin. To znamená, že je trestný *podle sazby stanovené na dokonáný trestný čin*. V rámci sazby (odpovídající tomu, že pokus se závažností blíží dokonanému deliktu) vyměřuje se konkrétní trest za pokus. Pokud jde o výši trestu platí, že ve srovnání s tímž trestným činem — pokud by byl dokonán — může být za pokus s ohledem na nedostatek následku uložen *jen mírnější trest*. Jinak ale lze za pokus uložit *přísnější trest* než za dokonáný trestný čin téhož druhu, ale jiného pachatele.

3. Okolnosti důležité pro vyměření trestu za pokus

Jak jsme řekli, při uložení trestu za pokus vychází se ze sazby na dokonáný trestný čin. Přihlíží se při tom k jednotlivým okolnostem důležitým pro vyměření trestu.

Ukládá-li soud trest za pokus, řídí se především ustanovením § 19 tr. zák., které má ovšem obecnější dosah (tj. dosah nejen pro pokus, ale i pro jiné formy trestného činu). Vedle toho však řídí se ještě zvláštní zásadou platnou právě pro pokus, která je obsažena v ustanovení § 5 odst. 2 tr. zák.

[155] I z ustanovení § 19 tr. zák. plyne, že nedostatek následku se musí odrazit ve výměře trestu za pokus. Uvedené ustanovení totiž zdůrazňuje pro výměru trestu mimo jiné zřetel na následky, které byly činem způsobeny.

V dalším výkladu povšimneme si blíže okolností, které hrají úlohu při vyměřování trestu za pokus. Budeme hovořit o jejich povaze, obsahu a vzájemném vztahu. Dále o jejich významu a možných důsledcích pro pachatele trestného činu. Výklad § 19 tr. zák. ponecháváme stranou, protože není úkolem zvláštního pojednání o pokusu trestného činu.

Jak již bylo řečeno trestní zákon v § 5 odst. 2 zdůrazňuje dva momenty, které mají vliv na výměru trestu za pokus:

1. okolnosti a důvody, pro něž k výsledku uvedenému v zákoně nedošlo,
2. jak se jednání k tomuto výsledku přiblížilo.

Okolnosti a důvody, pro něž nedošlo k výsledku uvedenému v zákoně mohou být dvojí povahy:

- a) objektivní — v tom smyslu, že stojí mimo osobu pachatele,
- b) subjektivní — v tom smyslu, že mimo tuto osobu nestojí.

Okolnosti nenastoupení následku objektivní povahy jsou mimo osobu pachatele. Mohou záležet např. v tom, že pachatel narazil na rozhodný odpor oběti a musel zanechat dalšího rozvíjení trestné činnosti nebo dokonání deliktu bylo zabráněno jinými osobami (např. zloděj byl přistižen, vyrušen atd.).

Okolnosti další, subjektivní povahy, vyjadřují v podstatě nebezpečnost pachatelovy osoby pro společnost.¹⁵⁶⁾ Takovými okolnostmi subjektivní povahy je zejména míra rozhodnosti pachatele a zkušenost pachatele v páchání trestných činů, omyl pachatele atd. Obojí (pokud tu jsou) zračí se především ve skutečnosti, že trestný čin nebyl dokonán, dále ve volbě plánu trestné činnosti a v té souvislosti ve volbě prostředků a způsobu pachatelova zločinného jednání (tak např. při tzv. pokusu nezpůsobilými prostředky). Další takovou subjektivní okolností, jež byla příčinou nedokonání deliktu je např. mylná představa pachatele o tom, že tu je něco (např. překážka), co mu brání v dokonání trestného činu.¹⁵⁷⁾

¹⁵⁶⁾ Čl. 19 TK RSFSR nebezpečnost pachatelovy osoby zdůrazňuje jako zvláštní samostatnou okolnost, určující výměru trestu za pokus. Činí tak po našem soudu nadbytečně. Nebezpečnost pachatelovy osoby se zřetelem na pokus je již zahrnuta v okolnostech a důvodech, pro něž k dokonání deliktu nedošlo, tedy v momentu, který má čl. 19 TK RSFSR na zřeteli. Jinak je nebezpečnost pachatelovy osoby zahrnuta v ustanovení čl. 45 TK RSFSR, které ji obecně zdůrazňuje pro všechny formy trestné činnosti a tedy i pro pokus.

¹⁵⁷⁾ Ze subjektivních momentů hrajících roli pro výměru trestu u pokusu uvádí se ještě (v rámci pachatelovy rozhodnosti), zda pachatel opakoval několikrát pokus nebo podnikl zločinné jednání jen jednou. Dále se bere zřetel též na chování pachatele po spáchání pokusu (srov. Durmanov, cit. monografie, str. 181). Zdá se, že tu nejde o nic, co by bylo charakteristické právě jen pro pokus trestného činu. Ani obsah ustanovení § 5 tr. zák. na tyto případy nemění. Spíše tedy jde o momenty, jež se vztahují k obecným zásadám pro vyměření trestu (§ 19 tr. zák., čl. 45 TK RSFSR).

Posléze zmíněné (subjektivní) okolnosti bude třeba vždy přesně odlišit pečlivým rozbořem celkové situace v níž byl delikt spáchán, dále činitelů působících pro a proti dokonání, od důvodů bránících rozvíjení trestné činnosti pachatele, vysloveně objektivní povahy. To platí zejména o případech omylu pachatele. Zde totiž nedokonání činu tkívící v použití nepostačujícího nebo naprosto nezpůsobilého prostředku může být vyvoláno jednak tím, že např. někdo pachateli prostředky zaměnil (a on se domníval, že užívá ty, které si původně jako naprosto způsobilé zvolil), ale též tím, že pachatel nedovedl ocenit správně použitelnost daného prostředku v konkrétních podmínkách a použil něco, co nemohlo k realizaci jeho zločinného záměru vést. Jistě jinak bude se jevit nebezpečnost pachatele tam, kde došlo k záměně správně zvolených prostředků jinou osobou než tam, kde pachatel zvolil (jsa nezkušený) k spáchání trestného činu sám prostředky nezpůsobilé. Stejně to platí i o míře rozhodnosti pachatele pokusu. I zde bude třeba přesně rozlišovat. Pouhý fakt, že k dokonání trestného činu nedošlo, není ještě svědectvím toho, že pachatel byl méně rozhodnut uskutečnit to, co si umínil. Uvažme jen případ, kde uskutečnění jinak pevného záměru pachatele (leckdy pevnějšího než u pachatele dokonatého deliktu) se postavila do cesty překážka na něm naprosto neodvislá, kde tedy šlo o důvod nedokonání vysloveně objektivní povahy. Aby mohlo být konstatováno, že trestný čin nebyl dokonán zejména též pro menší rozhodnost pachatele, bude třeba zjistit, že např. pachatel si při zločinné činnosti počínal liknavě, že kolísal, že i prostředky, které zvolil, nenasvědčují jeho plné rozhodnosti atd., atd. Je tedy nutno si vždy ujasnit, zda sám fakt nedokonání trestného činu opravdu (tj. podle vnějšího projevu pachatelova záměru) skutečně svědčí o pachatelově menší rozhodnosti dovést zločinný plán do konce.

Co bylo řečeno o poměru těchto subjektivních momentů k objektivním, platí samozřejmě i o zkušenosti v páchaní trestných činů atd.

Jak se jednání přiblížilo k výsledku uvedenému v zákoně zahrnuje stupeň připravenosti zločinného útoku,¹⁵⁸⁾ povahu jednání uskutečňujícího zločinný záměr a konečně význam a rozsah ohrožení (případně skutečně způsobené poruchy, např. způsobení těžké újmy na zdraví u pokusu vraždy) vyvolaného pokusem trestného činu.

Stupeň připravenosti zločinného útoku a s ním souvislá povaha jednání, jímž byl uskutečňován zločinný záměr, určují se tím, jak činnost daleko postoupila (ukončený, neukončený pokus), rozbořem podmínek vytvářených k dokonání deliktu (nakolik mohly vést k uskutečnění zločinného plánu), rozbořem jednotlivých složek jednání, jejich významu, povahou

¹⁵⁸⁾ Čl. 45 TK RSFSR tuto okolnost uvádí ještě vedle přiblížení zločinného jednání způsobení následku. Po našem soudu činí tak nadbytečně.

zvolených prostředků, počtem zúčastněných osob, způsobem jejich zapojení, povahou úkolů jim svěřených atd., atp.

Rozsah a význam ohrožení (poruchy) vyvolaného pokusem je pak dán zejména povahou jednání, jež pachatel podnikl, významem a rozsahem ohrožení společenských vztahů a povahou a intenzitou veškeré hrozící nebo skutečně způsobené škody.

Zdalo by se, že posléze uvedený moment (skutečně způsobená škoda) není zahrnut výslovně v ustanovení § 5 odst. 2. Je možno k němu přihlížet? Zdánlivě to nedostatek výslovného poukazu v zákoně vylučuje. Pro sovětské trestní právo, kde je situace v tomto směru stejná, Durmanov dovozuje, že na tento moment možno vztáhnout jen obecně platný článek 45 TK RSFSR o výměře trestu. Dále pak soudí, že význam skutečně způsobené škody u pokusu „není možno uznat za rozhodující hledisko (tj. rozhodující s ostatními již uvedenými hledisky — J. N.) určení pro společnost nebezpečné povahy pokusu a uložení trestu“.¹⁵⁹⁾

Ve skutečnosti ale nedostatek výslovného poukazu v ustanovení § 5 odst. 2 tr. zák. (a čl. 19 TK RSFSR) na škodu způsobenou pokusem nelze si vykládat tak, že způsobení škody není možno zahrnout k okolnostem určujícím míru trestu za pokus. Nelze činit, jako to dělá Durmanov, závěr, že nejde o okolnost, která má spolurozhodující váhu při uložení trestu za pokus. Skutečně způsobená škoda totiž, i když v zákoně (v ustanovení § 5 odst. 2, čl. 19 TK RSFSR) výslovně uvedena není, zcela jasně spadá pod stupeň přiblížení jednání následku, který zákon výslovně zdůrazňuje. Např. vyvolání těžké újmy na zdraví (vyvolání otravy jedem, nedokonání vraždy), jasně svědčí o tom, jak dalece se trestná činnost přiblížila k dokonání (tj. k usmrcení oběti).

Jednotlivé momenty, jejichž obsah jsme výše vyložili spolu nejtěsněji souvisí.

K ilustraci uveďme příklad. „Obviněný v úmyslu usmrtit svou manželku nasypal do mléka, případně do mouky, které měla připravené k vaření, jed fluorokřemičitan sodný. Poškozená z toho připravila omelety, jednu snědla, ostatní snědly jiné 4 osoby. Všechny po snědení onemocněly, smrtelný výsledek však u nikoho z nich nenastal.“ (Č. 76/1951 Sb. rozh. čs. soudů.) Nenastoupení následků bylo způsobeno podstatným snížením koncentrace jedovatého prášku (srov. tamtéž). To jak se jednání přiblížilo k následku (nedošlo k usmrcení, ale jen k otravě více lidí) má úzkou souvislost s volbou prostředků, nebezpečností pachatele, tedy okolnostmi, pro něž nedošlo k výsledku uvedenému v zákoně.

Význam uvedených okolností pro výměru trestu plyne z jejich povahy. Ve prospěch pachatele z okolností a důvodů pro něž k výsledku uvedenému v zákoně nedošlo budou působit — menší rozhodnost, malá zkušenost v páčání trestných činů, volba méně způsobilých prostředků, nepříliš hodící se povaha zvoleného jednání, plánu činnosti atd. Dále malá

¹⁵⁹⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 184.

pravděpodobnost opakování deliktu, skutečnost, že došlo k deliktu po první, okolnost, že pachatel při první menší překážce na ní narazil již dále v rozvíjení trestné činnosti nepokračoval. Tedy okolnosti a důvody pro něž k výsledku uvedenému v zákoně nedošlo subjektivní povahy [které se ovšem zračí ve vnějším projevu trestné činnosti].

Z toho jak se jednání přiblížilo způsobení výsledku uvedenému v zákoně bude ve prospěch pachatele působit menší připravenost trestné činnosti, malá závažnost povahy jednání pachatele, dále že byly ohroženy společenské vztahy méně významné, že i rozsah hrozící (i skutečně způsobené) škody je malý.

Naopak pachatele budou zatěžovat objektivní okolnosti, pro něž k výsledku uvedenému v zákoně nedošlo. Ze subjektivních momentů pak větší rozhodnost, velká zkušenost atd. Dále pak větší připravenost trestné činnosti, větší stupeň rozvití zločinného jednání (např. že jde již o ukončený pokus), že rozsah hrozící (i skutečně způsobené) škody je velký atd., atp.

Pokud jde o vzájemný poměr hledisek určujících trest za pokus, třeba říci, že některá z nich mají v jistém směru rozhodující úlohu. Tak objektivní momenty, pro něž k výsledku uvedenému v zákoně nedošlo, u valné části případů zásadně převažují nad subjektivními, a to v tom smyslu, že čin nebyl dokonán při trestném pokusu zásadně především pro okolnosti nezávislé na osobě pachatele. U pokusu dále (srovnáváme-li jej s dokonáním deliktu, který by na pokus navázal, kdyby další trestné činnosti nezabránila náhoda) má rozhodující úlohu skutečnost, že nastal trestný následek. Má ji v tom smyslu a s tím důsledkem, že u pokusu vždy přichází v úvahu (právě se zřetelem na nedostatek následku — znaku skutkové podstaty trestného činu) trest nižší, než u téhož deliktu, kdyby byl dokonán.

Jinak poměr jednotlivých hledisek hrajících úlohu při výměře trestu za pokus nějak zásadně se zmíněnými nebo podobnými důsledky dán není. Rozhodovat bude situace v každém jednotlivém případě a celková váha jednotlivých hledisek se zřetelem na jejich povahu jak o ní byla řeč výše.¹⁶⁰⁾

¹⁶⁰⁾ Pěkným dokreslením poměru hledisek ovlivňujících výměru trestu u pokusu je závěr z již cit. rozhodnutí č. 76/1951 Sb. rozh. čs. soudů. Mimo jiné se v něm praví: „Odvolací soud uvážil s jedné strany i okolnost, pro kterou k výsledku uvedenému v zákoně nedošlo, že koncentrace jedovatého prášku byla podstatně snížena, s druhé strany větší nebezpečnost činu pro společnost zračící se v tom, že činem obviněného bylo způsobeno onemocnění více osob. Podle těchto důvodů uvedeného rozsudku polehčující okolnosti nejsou v takové převaze, že by bylo třeba uložit trest v nejnižší zákonné přípustné výměře.“ Uvedený příklad též ukazuje, že okolnost, pro niž nedošlo k dokonání (malá koncentrace jedu), jakkoli má objektivní povahu, nemusí pachatele vždy zatěžovat. To souvisí s tím, jak se jednotlivé okolnosti rozhodně pro výměru trestu za pokus v sobě navzájem odrážejí.

Správným určením vzájemného poměru okolností provázejících právě jen pokus, jako jednání u něhož výsledek uvedený v zákoně nenastal, je v podstatě splněno vše, co bylo třeba k tomu, aby mohl být řádně vyměřen trest. Poměr okolností podle § 5 odst. 2 tr. zák. (samozřejmě vedle okolností naznačených v § 19 odst. 1 tr. zák.) odráží se v uložení příslušného trestu za konkrétní jednání pachatele trestného činu.

Závěrem ještě zmínku o snížení trestu. V kapitole II. hovořili jsme o tom, že pod pojem pokusu podle § 5 odst. 1 tr. zák. je možno výjimečně zahrnout i některá zvláště nebezpečná přípravná jednání, na která zákonodárce nepamatoval výslovně ve výpočtu trestných přípravných jednání trestem. V této kapitole, kde probíráme význam jednotlivých okolností působících na vyměření trestu, vyniká ještě více potřeba snížení trestu za tento pokus — podstatou přípravné jednání. Zvláště nebezpečná přípravná jednání, o nichž je řeč, sice směřují proti zvláště důležitým objektům, tím však není řečeno, že by tato jednání musila být stejně závažná jako pokus. Tím méně lze pak říci, že by se blížila svou závažností dokonanému trestnému činu. Tato jednání jsou podstatou jen přípravná, znamenají — pokud jde o stupeň přiblížení dokonání — jen velmi vzdálené ohrožení objektu. Uložení trestu v míře jako za obvyklé případy by proto neodpovídalo povaze a stupni nebezpečnosti těchto případů „pokusu“ pro společnost.

Trest uložený za takový pokus (pokud použijeme sazby na dokonaný trestný čin) bude pravidelně nižší, než za jednání, které je materiálně pokusem, a to tak, že se bude více blížit dolní hranici trestní sazby. Ale lze postupovat také tak, že užijeme — budou-li splněny podmínky ustanovení § 30 tr. zák. — snížení trestu. Důvodem bude velmi malý stupeň přiblížení trestné činnosti jejímu dokonání.

Kromě případů, o nichž jsme hovořili, by se dalo o možnosti nižšího trestu za pokus uvažovat někdy také u tzv. nezpůsobilého pokusu, a to s ohledem na jeho charakteristické rysy. Dále u pokusu tzv. deliktů sui generis a u pokusu návodu a pomoci.¹⁶¹⁾

¹⁶¹⁾ Bod 2 § 18 TK Maďarské lid. republiky připouští neohraničenou možnost snížení trestu u pokusu; obviněný dokonce nemusí být uznán vinným, byl-li útok spáchán nezpůsobilými prostředky nebo na neexistujícím objektu.

Čl. 37 TK Lidové republiky bulharské připouští snížení trestu za pokus se zřetelem na všechny okolnosti případu. Trest odnětí svobody může být snížen až na polovinu. Trest smrti může být snížen na odnětí svobody v trvání ne méně než patnácti let.

1. Úvod

Institut dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu sleduje stejný účel jako institut trestného pokusu — ochranu společenských vztahů v našem státě. Avšak na rozdíl od ustanovení o trestném pokusu zamezuje dobrovolné upuštění ve stadiu, které je již materiálně pokusem, dokonání trestného činu. Usiluje o to, zabránit pachateli, který již ohrozil objekt trestného činu jednáním, které již přímo směřuje k dokonání, způsobit výsledek uvedený v zákoně. Na rozdíl od trestného pokusu tedy brání přímo již *dokonání trestného činu*.¹⁶²⁾ O dosažení tohoto cíle při tom neusiluje represivními prostředky (u pokusu jde o pohrůžku trestem a výkon trestu), nýbrž slibem beztrestnosti. Pachatel je beztrestný, upustí-li dobrovolně od způsobení výsledku uvedeného v zákoně. To znamená, že pachatel má být přiveden k upuštění od dokonání trestného činu *slibem beztrestnosti*.

2. Důvody beztrestnosti při dobrovolném upuštění od dokonání trestného činu

V nauce se většinou vyzdvihují dva důvody beztrestnosti dobrovolně ustoupivšího pachatele — odpadnutí nebezpečnosti jednání pro společnost a zájem zákonodárce na účinné ochraně společenských vztahů. Tak např. v učebnici obecné části čs. trestního práva čteme: „materiálním důvodem beztrestnosti je skutečnost, že jednání přestalo být nebezpečné pro společnost. Zároveň vede zákonodárce pachatele slibem beztrestnosti k tomu, aby od dokonání činu upustil, a tím chrání zájmy společnosti, společenské vztahy. Podobný účel má i ustanovení o účinné lítosti, i když je již trestný čin dokonán“.¹⁶³⁾

Proti tomu se staví Kuzněcova. Charakteristickým znakem pokusu podle ní je, že výsledek uvedený v zákoně nenastoupil pro okolnosti nezávislé na pachateli. Nic takového není u činnosti před dobrovolným upuštěním. Jestliže pachatel dobrovolně upustil od dokonání trestného činu, nejde proto vůbec o pokus a je zbytečné konstruovat nějaké „zvláštní důvody“ vyloučení odpovědnosti pachatele.^{164, 165)} A dále. „Je-li důvodem odpov-

¹⁶²⁾ Jde o upuštění od dokonání trestného činu. Není správné proto, hovoří-li se o upuštění od pokusu trestného činu.

¹⁶³⁾ Československé trestní právo, svazek I. obecná část, Orbis, Praha 1957, str. 274.

¹⁶⁴⁾ Srov. N. F. Kuzněcova, *Dobrovolnyj otkaz ot prestuplenija po sovetskomu ugolovnomu pravu*, Vestník moskovskovo universitěta, serija obščestvennyh nauk, 1, 1955, str. 96—98.

¹⁶⁵⁾ Náзор, že před dobrovolným upuštěním nejde o pokus trestného činu zastával i Kallab. Soudil, že tam „kde je překážkou dokonání nové rozhodnutí pachatele (tj. rozhodnutí dobrovolně upustit od dokonání — J. N.) vůbec nejde o pokus.“ (Kallab, *Trestní právo hmotné*, Praha 1935, str. 69.)

vědnosti pachatele to, že spáchal zaviněné pro společnost nebezpečné a trestně protiprávní jednání, pak důvodem pro vyloučení odpovědnosti pachatele může být nejvýše odpadnutí alespoň jednoho z těchto důvodů.“ Dobrovolným upuštěním pachatel prokazuje, „že si více nepřeje způsobit trestnou škodu společenským vztahům a že naopak si přeje opak — aby nenastala. To znamená u *dobrovolného upuštění schází zavinění*. Dobrovolné upuštění svědčí rovněž o tom, že *odpadá druhý důvod odpovědnosti — nebezpečnost jednání pro společnost*. Nebezpečnost pro společnost přípravného jednání a pokusu je určována především tím, že *tato jednání vytvářejí nebezpečí, že nastane trestný následek* a za druhé, že *trestný následek nenastane jen pro okolnosti nezávislé na subjektu*. Souhrn těchto dvou znaků tvoří pro společnost nebezpečná a proto trestná přípravná jednání a pokusy“.^{166]}

Který z těchto náhledů se nejvíce blíží správnému osvětlení dané otázky?

O koncepci důvodů beztrestnosti pachatele při dobrovolném upuštění, kterou nastínila Kuzněcova, máme v mnoha směrech velké pochybnosti. Hlavně pokud jde o to, že u činnosti, která předcházela dobrovolnému upuštění schází pojmová náležitost pokusu, o níž hovoří Kuzněcova, a že se tedy nemusí konstruovat „zvláštní“ důvody beztrestnosti dobrovolně ustoupivšího pachatele. Nenastoupení následku pro okolnosti na pachateli nezávislé není znakem pokusu. Trestní zákon nepřiznává okolnosti proč nenastal výsledek uvedený v zákoně význam znaku, charakterisujícího pokus trestného činu. Ustanovení § 5 odst. 1 tr. zák. hovoří pouze výslovně o tom, že pokus trestného činu je charakterisován nedostatkem výsledku uvedeného v zákoně.^{167]} Nelze proto říci — s poukazem na to, že čin nebyl dokonán z vůle pachatele, že nejde o pokus trestného činu.^{168]}

^{166]} N. F. Kuzněcova, cit. článek, str. 108, 109.

^{167]} Trestní zákon i jinak (svým výslovným zněním) potvrzuje, že činnost, při které nedošlo k dokonání, je pokusem trestného činu. V ustanovení § 5 odst. 3 totiž čteme: „*Pokus není trestný, upustil-li pachatel dobrovolně od způsobení výsledku uvedeného v zákoně.*“ Zákonodárce tedy výslovně charakterisuje jednání před ustoupením pachatele jako pokus trestného činu. Stejně je tomu i v čl. 19 TK RSFSR. Mimo jiné se v něm totiž praví — při dobrovolném ustoupení stanoví soud trest za ta jednání, „*která byla fakticky spáchána pokoušejícím se nebo připravujícím se*“ (podtrženo mnou - J. N.).

^{168]} Kuzněcova nepokládá pokus za fázi vývoje trestné činnosti, protože nemohl vést k dokonání. Fází vývoje podle ní je „*provádění trestného činu*“. Na rozdíl od pokusu považuje za stadium trestné činnosti přípravné jednání. (Srov. N. F. Kuzněcova, cit. práce, str. 98.) Avšak i zde výsledek uvedený v zákoně nenastal pro okolnosti na pachateli nezávislé. Trestný čin nebyl dokonán. Neplatí i zde, že nemůže být stadiem nějakého jevu to, co k němu nemůže vést? Snaha Kuzněcovy o „*zpřesnění*“ pojetí vývojových stadií trestné činnosti obsahuje některé protiklady a vede také k jistým absurdnostem. Tak se tvrdí, že provádění trestného činu je vývojovým stadiem trestné činnosti.

A dále nemůžeme souhlasit s tím, že by scházelo zavinění — znak pokusu. Máme posoudit trestnou činnost z hlediska subjektivní stránky požadované pro pokus trestného činu. Měl pachatel v době činu úmysl způsobit výsledek uvedený v zákoně? Je zcela nepochybné, že měl. Jinak by nepodnikl činnost, jež předcházela dobrovolnému upuštění. Stačí to pro subjektivní stránku pokusu trestného činu? Nepochybně stačí. Okolnost, že pachatel dodatečně, když jeho jednání dosáhlo materiálně stadia pokusu, změnil své původní rozhodnutí, nemění nic na zjištění, že je splněn požadavek zavinění u pokusu — úmysl (v době činu) způsobit výsledek uvedený v zákoně. Tedy u trestné činnosti předcházející dobrovolnému upuštění zavinění neschází. Jiná je ovšem otázka, jaký význam má okolnost, že pachatel v průběhu trestné činnosti změnil své rozhodnutí dokonat trestný čin. (O tom viz dále.)

A konečně není v souladu se skutečností, že Kuzněcova neshledává v jednání pachatele znak — nebezpečnost jednání pro společnost. Pachatel, který podnikl činnost před dobrovolným upuštěním, vytvořil přímo již nebezpečí následku — znaku skutkové podstaty trestného činu. Již proto bylo jeho jednání nebezpečné pro společnost, jak to má zákon na zřeteli pro pokus trestného činu. Jiná je otázka, jaký význam přikládáme tomu, že pachatel poté, když ohrozil objekt chráněný zákonem, sám z vlastního rozhodnutí upustil od toho, aby dokonat trestný čin.

Mnohem výstižnější je proto osvětlení důvodů beztrestnosti při dobrovolném upuštění, o kterém jsme hovořili v úvodu. Avšak většina formulací těchto základních důvodů vyznačuje se některými nepřesnostmi, které třeba uvést na správnou míru.

Tak se tvrdí, že při dobrovolném upuštění zásadně úplně odpadá nebezpečnost činu a pachatele pro společnost nebo že se zásadně snižuje nebezpečnost subjektu. N. D. Durmanov v tomto smyslu píše, že „dobrovolné upuštění záleží ve vědomém aktu přerušení trestné činnosti. Tudíž vyjadřuje odpadnutí úmyslu spáchat trestný čin. Současně s tím akt přerušení jednání směřujících k spáchání trestného činu znamená, že se přerušuje i rozvoj příčinné souvislosti ve směru dostižení zločinného následku. Tudíž v jednáních osoby, která dobrovolně ustoupila od dokonání trestného činu schází základní materiální znak trestného činu — nebezpečnost jednání pro společnost. Při nedostatku tohoto základního znaku,

jak je to ale, když pachatel od provádění dobrovolně ustoupí. Tu přece také jednání nemohlo vést a nevedlo k dokonání. Provádění takto vlastně rovněž (protože nemůže vést k dokonání) není stadiem trestné činnosti. A dále — pokus podle Kuzněcovy není stadiem trestné činnosti. Je jím pouze provádění trestného činu. Znamená to snad, že pokud jednání pachatele nevedlo (nemohlo vést) k dokonání, vypadá úplně z rámce trestné činnosti? Zdá se, že ano. Proč ale potom je pokus trestný, když přece není stadiem trestné činnosti?

jednání nemůže být podle sovětského trestního práva zločinné a trestné.^{169]}

A. A. Gercenzon pak na rozdíl od Durmanova hovoří u dobrovolného upuštění jen o snížení nebezpečnosti subjektu pro společnost. Říká, že dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu je charakterisováno „menší nebezpečností subjektu“.^{170]}

Nebo se nesprávně líčí úloha druhého důvodu beztrestnosti pachatele při dobrovolném upuštění — zájmu na účinné ochraně společenských vztahů. Tak např. v diskusí k původnímu nástinu této kapitoly se tvrdilo, že důvody beztrestnosti dobrovolně ustoupivšího pachatele nelze vyložit jen nedostatkem nebezpečnosti jednání pro společnost. Konkrétně bylo řečeno, že při dobrovolném upuštění se nebezpečnost pro společnost zásadně jen snižuje. Pachatel by byl trestný pro pokus, kdyby nepřistoupil ještě další důvod — zájem na účinné ochraně společenských vztahů. Pachatel zůstává sice ještě nebezpečný pro společnost, ale musí být beztrestný, protože upustil od dokonání trestného činu. Je třeba dostat slibu, který byl dán, že pachatel bude — upustí-li od dokonání — beztrestný. Je to jakýsi kompromis mezi zájmem na potrestání (pachatel zůstává nebezpečný, jak tomu nasvědčuje spáchání jeho činu) a zájmem na ochraně společenských vztahů.

U dobrovolného upuštění nejde jen o pouhé snížení nebezpečnosti pro společnost subjektu, nýbrž o odpadnutí pro společnost nebezpečné povahy činu a subjektu. Kdyby se jen snížila nebezpečnost pro společnost subjektu, nebylo by možno vyloučit trestnost pachatele. Bylo by totiž stále nebezpečí pro objekt. Bylo by třeba trestem zabránit pachateli v dalším páchání trestných činů.^{171]}

Pachatel splnil činnost, která předcházela dobrovolnému upuštění, náležitosti pokusu. Ohrozil společenské vztahy, chráněné zákonem. Potom však dobrovolně upustil od dokonání trestného činu. Ohrožením společenských vztahů byla v základě určena nebezpečnost pokusu pro společnost. Dobrovolné upuštění se rovněž dotýká nebezpečnosti jednání pro společnost. Je odvráceno nebezpečí následku znaku skutkové podstaty trestného činu. Následku, o kterém můžeme říci, že představuje pro zájmy společnosti mnohem větší míru nebezpečí než ohrožení, vyvolané pokusem trestného činu. Upuštění od způsobení následku vlastně „vyvažuje“ nebezpečnost činu pro společnost. Upuštění od následku je tak okolností, která způsobuje, že odpadá nebezpečnost činu.

^{169]} N. D. Durmanov, cit. mon. str. 189.

^{170]} Srov. A. A. Gercenzon, *Ugolovnoje pravo*, část obščaja, Moskva 1948, str. 358, [cit. podle Durmanov, cit. monografie, str. 189].

^{171]} Kde se jen snížila nebezpečnost pro společnost, ukládá se pachateli trest podle ustanovení, pod které již trestná činnost spadá (kvalifikovaný pokus).

Ovšem nebezpečnost jednání pro společnost odpadá i v jiných směrech. Pachatel dobrovolným upuštěním prokázal změnu původního rozhodnutí dokonat trestný čin. To znamená, že odpadá jeho původní záměr dokonat trestný čin. Pachatel dal najevo, že již nechce pokračovat v zahájené trestné činnosti. Tím prokázal, že jeho nebezpečnost pro společnost odpadla.

Co bylo řečeno, však neplatí obecně. Odpadnutí nebezpečnosti činu a pachatele pro společnost (o němž jak jsme viděli hovořil ve všeobecné formě Durmanov) nevystihuje všechny případy dobrovolného upuštění. Tak nevystihuje případy jednání, která již naplnila některou skutkovou podstatu trestného činu. Tak např. jestli se vrah pokusil usmrtit oběť, způsobil jí již těžkou újmu na zdraví (např. oběť zmrzačil) a pak dobrovolně upustil, těžko bychom mohli říci, že jeho jednání již v důsledku dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu vraždy, přestalo být nebezpečné pro společnost. Máme za to, že v těchto případech lze hovořit jen o jistém snížení nebezpečnosti jednání pro společnost.

To znamená tedy, že při dobrovolném upuštění odpadá nebezpečnost činu a subjektu pro společnost. V některých, můžeme říci ojedinělých případech, se nebezpečnost činu, resp. subjektu, však jen snižuje.

Pokud jde pak o druhý důvod, zájem na účinné ochraně společenských vztahů, nelze říci, že by měl význam, který se mu přisuzuje. Pachateli je slíbena beztrestnost, aby upustil od dokonání trestného činu. Jestliže by se po dobrovolném upuštění jen snížila nebezpečnost pachatele pro společnost, pachatel by dále zůstal nebezpečný pro společnost, trval by dále důvod jeho pohnání k odpovědnosti. Ve skutečnosti pachatel tím, že odstraňuje nebezpečí následku prokazuje, že není nebezpečný pro společnost. To svědčí o tom, že ochrana společenských vztahů je zajištěna. Není nebezpečí, že objekt trestného činu bude dotčen. Proto také se může dostat slibu danému pachateli a upustit od jeho trestnosti. Slib beztrestnosti je tak založen na změněné nebezpečnosti činu a subjektu pro společnost.

Důvodem beztrestnosti dobrovolně ustoupivšího pachatele především tedy je *změněná nebezpečnost činu a subjektu pro společnost*. Pachatel upustil od dokonání trestného činu, od způsobení následku. V důsledku toho odpadla (při kvalifikovaném pokusu se snížila) nebezpečnost činu a pachatele pro společnost. To umožňuje dostat slibu danému pachateli a upustit od jeho trestnosti. Nebezpečí následku již nehrozí a proto se upouští od trestnosti pachatele, který dobrovolně upustil od dokonání trestného činu.

3. Podmínky beztrestnosti pachatele při dobrovolném upuštění od dokonání trestného činu

Obraťme se nyní k rozboru podmínek, které musí být splněny, aby byl pachatel beztrestný pro dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu. Požadují se podmínky dvě:

1. objektivní, aby pachatel upustil od dokonání trestného činu, tj. od způsobení následku ve formě poruchy nebo ohrožení objektu;
2. subjektivní, aby pachatel upustil od dokonání trestného činu z vlastní vůle, tj. dobrovolně.

Tyto podmínky jsou stanoveny na podkladě materiálního pojetí trestného činu. Je-li splněna objektivní podmínka — upuštění od následku, odpadá v důsledku toho pro společnost nebezpečná povaha spáchaného pokusu. Je-li splněna subjektivní podmínka, tj. upustí-li pachatel od dokonání trestného činu dobrovolně, znamená to, že nehrozí nebezpečí nového deliktu, pachatel přestává být nebezpečný pro společnost (nebo je nebezpečný méně). To znamená, že „ty nebo jiné okolnosti mohou být znaky dobrovolného upuštění jen v tom případě, když vyjadřují vyloučení, odpadnutí pro společnost nebezpečné povahy jednání a pachatele“.¹⁷²⁾

Povšimněme si nejprve podrobněji *objektivní podmínky* dobrovolného upuštění. Požaduje se, aby pachatel upustil od způsobení výsledku uvedeného v zákoně.

Dobrovolné upuštění od způsobení výsledku uvedeného v zákoně přichází v úvahu především u tzv. *neukončeného pokusu*. Jestli pachatel nepodnikl vše, co je nezbytné k dokonání, je možné dobrovolné upuštění. Žádné zvláštní otázky zde nevznikají. Dobrovolné upuštění v průběhu trestné činnosti, když pachatel ještě neuskutečnil plně jednání popsané ve skutkové podstatě (neukončený pokus) bude záležet v tom, že pachatel se zdrží dalšího jednání, které směřuje k dokonání trestného činu. Nevyžaduje se, aby pachatel odstranil to, co již trestnou činností způsobil. Tak by šlo o dobrovolné upuštění od neukončeného pokusu, když např. pachatel — vrah — namířil nabitou zbraň na svou oběť, poté však zbraň sklonil a upustil od střelby.

Převážně pasivní povaha dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu se vysvětluje tím, že pachatel nepodnikl ještě všechna jednání, nezbytná k nastoupení následku, takže i při pouhém přerušení další trestné činnosti, nemůže být následek způsoben.

Kromě toho se uvažuje o dobrovolném upuštění i u tzv. *ukončeného*

¹⁷²⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 193.

pokusu, který podle představy pachatele již splňuje vše, co je nezbytné k dokonání trestného činu. Zde je již problematika složitější.

Část autorů se domnívá, že u tzv. ukončeného pokusu není již dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu možné. Tak M. D. Šargorodskij, B. D. Menšagin, Z. A. Vyšinskaja, A. N. Trajnin, I. S. Tiškevič, N. V. Ljass atd. Poukazují na to, že při uznání možnosti dobrovolného upouštění v případě tzv. ukončeného pokusu, trestní odpovědnost úplně závisí od nastoupení objektivního následku (např. zda ten, komu byl podán jed umřel nebo zůstal na živu, když mu byl dán protijed). Podle názoru M. D. Šargorodského třeba vyjít ze subjektivní nebezpečnosti subjektu a připustit vyloučení trestní odpovědnosti toliko do stadia ukončeného pokusu. M. D. Šargorodskij navrhuje, aby se v takových případech trestná činnost posuzovala jako účinná lítost, tedy jen jako okolnost, která způsobuje jen jisté snížení trestu.

V recenzi učebnice trestního práva, napsané skupinou pracovníků Leningradského právního institutu se dokazuje, že uznání možnosti dobrovolného upuštění ve stadiu ukončeného pokusu trpí nedůsledností (pokud odpovědnost záleží na nahodilém momentu — zdaru nebo nezdaru odvrácení následku), že tento princip je vybudován na teorii objektivního přičítání, cizí sovětskému trestnímu právu.¹⁷³⁾

To nelze uznat za opodstatněné. Jak správně říká Durmanov „pachatel, který podnikl všechna jednání, která považoval za nezbytná k spáchání trestného činu, pravidelně nezůstává poté bezmocný, nezpůsobivý aktivně zasahovat do událostí, podmíněných jeho činy. V mnoha případech se pachatel snaží podniknout nová jednání, jestli se přesvědčí, že dřívější jednání nebyla dostatečná pro spáchání trestného činu; jindy mění zaměření jednání, podnikne jednání směřující k zamezení následku atd. ... Není pochopitelné, proč se pachatel nemůže vměšovat do rozvoje jevů, které byly vyvolány jeho činy, s cílem zamezit tento rozvoj. Dokud nastoupil následek nebo dokud není zřejmý nezdar v dostižení následku, pachatel může likvidovat spáchaná jednání, přerušit procesy jím vyvolané

¹⁷³⁾ Menšagin, Vyšinskaja vylučují možnost dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu v případě tzv. ukončeného pokusu, kdy ještě rovněž nenastal následek dokonání trestného činu. „Při ukončeném pokusu — říkají — když pachatel provedl vše, co považoval za nezbytné pro nastoupení následku, avšak jestliže trestný následek z jakýchkoli příčin nenastoupil, není dobrovolné upuštění možné. Při ukončeném pokusu je možná jen činnost směřující k odstranění nastoupení trestného následku cestou jakýchkoli jednání (tzv. účinná lítost), např. pachatel, který si přál spáchat vraždu otrávením, dá zamýšlené oběti jed s nadějí, že smrt nastoupí okamžitě po požití jedu. V dalším pachatel, který podal oběti jed, lituje svého činu, zavolá lékaře, protože si přeje zachránit oběť, které dal jed. V uvedeném příkladě nejde o dobrovolné upuštění od trestného činu, ale o účinnou lítost.“ (Menšagin, Vyšinskaja, cit. učebnice, str. 142.)

a tím dobrovolně upustit ve stadiu, které je, jak říká většina autorů „ukončeným pokusem“.^{174, 175]}

Existují však současně některé rozdíly, jimiž se liší dobrovolné upuštění ve fázi ukončeného pokusu od prvního případu. Především je to skutečnost, že tato další forma upuštění od dokonání trestného činu přichází v úvahu u mnohem menšího okruhu případů než u neukončeného pokusu. Budou to případy, kdy již pachatel podnikl vše, co je nezbytné k dokonání trestného činu, ale zbývá ještě, aby nastal následek. Tak je tomu tehdy, kdy skutečnění jednání popsaného ve skutkové podstatě nepřináší s sebou bezprostředně již i následek potřebný k dokonání trestného činu. V učebnici obecné části sovětského trestního práva z r. 1952 se o tom správně říká, že mezi spácháním jednání pachatele, směřujících k dosažení zločinného následku a skutečným jeho nastoupením je ještě více nebo méně významná doba rozvoje příčinné souvislosti.^{176]} V těchto výjimečných případech je možné — protože ještě nenastal následek, aby pachatel dobrovolně upustil od dokonání trestného činu. V literatuře se nejčastěji uvádějí jako příklady některé trestné činy proti osobnosti. Tak použil-li vrah k otrávení oběti jed, který účinkuje až po delší době, je možné dobrovolné upuštění tím, že pachatel dá oběti včas protijed a tak odvrátí její smrt.

Další význačný rozdíl je ve způsobu, kterým je možno upustit od dokonání trestného činu ve fázi ukončeného pokusu trestného činu. Pachatel již podnikl všechno, co je nezbytné pro dokonání trestného činu. Např. pachatel nasypal oběti do vína jed a oběť se vína napila. Nestačilo by již zdržet se dalších jednání, jako je tomu u ukončeného pokusu. Jestli pachatel nasypal jed do vína, neodvrátil by svou další nečinností (již by nic nového nepodnikl) dokonání trestného činu. Proto je třeba podtrhnout u ukončeného pokusu na rozdíl od pokusu neukončeného *aktivní povahu* dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu. Jedině aktivním jednáním je možné u ukončeného pokusu upustit od způsobení výsledku uvedeného v zákoně, od dokonání trestného činu.

¹⁷⁴⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 192, 200.

¹⁷⁵⁾ „Nelze najít nějaké zásadní rozdíly mezi těmito dvěma akty dobrovolného upuštění — píše ještě Durmanov. — Přičítání následku v případě nezdařilého pokusu odvrátit jeho nastoupení, nebude objektivním přičítáním. Nesmíme zapominat, že konec konců k nastoupení následku vedla jednání pachatelem zamýšlená. Bezvýsledné snahy odvrátit následek svědčí toliko o nedostatečnosti těchto snah ve srovnání s nebezpečností jednání, směřujících k spáchání trestného činu. Vinník odpovídá za následek způsobený jeho jednáním. Nezdařené pokusy nepřipustit nastoupení následku mohou mít význam toliko při výběru míry trestu.“ (N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 201.)

¹⁷⁶⁾ Srov. *Sovětskoje ugolovnoje pravo*, občana část, red. Čchikvadze, Moskva 1952, str. 287.

Co se konkrétně žádá na pachateli ukončeného pokusu? Podle N. D. Durmanova záleží upuštění u ukončeného pokusu nejen v odvrácení následku, „ale především ve zničení už provedených změn ve skutečném světě, v obnovení toho stavu, který existoval do spáchání jednání směřujících k spáchání trestného činu“.¹⁷⁷⁾ Tento požadavek přivádí zřejmě Durmanova k tomu, že zavrhuje možnost dobrovolného upuštění v případech, kdy pachatel dal oběti jed, pak si vše rozmyslel, a dal jí protijed. „V případě podání protijedu podle našeho mínění — píše Durmanov — nejde o dobrovolné upuštění, ale jde o ukončený pokus, při němž odpovědnost se podstatně snižuje a může být i vyloučena, pro odpadnutí nebezpečnosti jednání a pachatele pro společnost.“¹⁷⁸⁾ Důvodem zřejmě je, že už nastaly skutečné změny na objektu. „Nemůže jít o dobrovolné upuštění, jestli jednání zločince už začalo v nějaké formě škodlivě působit na objekt a když nastoupivší následek nebo jeho vyloučení už v plné míře nezávisely na vinníku.“¹⁷⁹⁾

Stejně i Šargorodskij zastává, že když vinník dal jed a potom protijed, tu nastoupení následku už nezáleží na viníku, ale na zvláštnostech reakce organismu, na včasném příchodu lékaře atd. Proto Šargorodskij dospívá k závěru, že v tomto případě nejde o dobrovolné upuštění, a pachatel podléhá odpovědnosti za pokus s přihlédnutím k jeho dalším jednáním jako polehčujícím okolnostem.¹⁸⁰⁾

Oba tyto názory jsou nesprávné. Nikdo (ani trestní kodex RSFSR) na pachateli nežádá při ukončeném pokusu aktivitu v tom smyslu, že by musel odstranit i změny ke kterým došlo. To co pachatel způsobil, ani zlikvidováno být nemůže. Ať již se jedná o jakýkoliv případ. Dokladem neodstranitelnosti toho, co pachatel již způsobil trestnou činností, je odpovědnost pro tzv. kvalifikovaný pokus. Jde o upuštění od dokonání trestného činu, ne od toho co je pouhým pokusem. Je proto třeba na pachateli žádat, aby podnikl aktivní jednání, směřující jen k odvrácení následku znaku skutkové podstaty trestného činu.¹⁸¹⁾ Z toho hlediska vzato je možné dobrovolné upuštění i tam, kde pachatel dal oběti nejprve jed a pak protijed. Jde o to zabránit i zde následku. Ani zde nemůže být odstraněno to, co již bylo způsobeno. Pro eventuální těžkou újmu na zdraví způsobenou jedem bude pachatel postižen ve formě tzv. kvalifikovaného pokusu.

¹⁷⁷⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 200.

¹⁷⁸⁾ Tamtéž, str. 201.

¹⁷⁹⁾ Tamtéž, str. 202.

¹⁸⁰⁾ Srov. M. D. Šargorodskij, *Prestuplenija protiv žizni i zdorovja*, Moskva 1948, str. 259 až 260.

¹⁸¹⁾ Je zřejmé, že tu dochází k záměně institutu dobrovolného upuštění a účinné lítosti. Ovšem účinné lítosti podle sovětského trestního práva, která má důsledky jen jako polehčující okolnost při výměře trestu.

Pokud by se ještě argumentovalo tím, že pachatel již odvrácení následku nemá plně ve svých rukou, že dokonání nebo nedokonání je věcí náhody, odkázali bychom na to, co jsme z Durmanovových názorů (původně správných) uvedli proti těm, kteří vylučovali možnost dobrovolného upuštění u ukončeného pokusu. Pachatel má ještě jistou možnost zásahu do vývoje příčinné souvislosti. Nedokonání deliktu tedy je závislé do značné míry od něj.¹⁸²⁾ Pokud by se to neuznalo, musíme ještě poukázat na to, že nahodilé okolnosti působí také ve směru opačném, ve směru dokonání trestného činu. I dokonání záleží na organismu oběti atd. Jestliže by pachatel čin dokonal (třeba pro takovou okolnost), trestný čin by se mu (pokud by tu bylo zavinění) přičítal. Avšak kdyby jej nedokonal pro dobrovolné upuštění, pak by mu nemělo sloužit k dobru dobrovolné upuštění?

Proto jediné správné je, že na pachateli se při ukončeném pokusu žádá aktivita v tom smyslu, že musí zabránit *dokonání trestného činu*, způsobení následku znaku skutkové podstaty trestného činu. Pro požadavek odstranění způsobených změn není podkladu. To ovšem znamená, že dobrovolné upuštění je možné i u takových případů, jako je podání protijedu oběti.

Z uvedeného je patrné, že obsahem objektivní podmínky dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu je požadavek, *aby pachatel upustil od dokonání trestného činu, od způsobení následku*. Je třeba při tom rozlišovat tuto podmínku dobrovolného upuštění ve fázi neukončeného a ukončeného pokusu. Upuštění u neukončeného pokusu je možné zásadně v *pasivní formě*. Pachatel zanechá další činnosti, směřující k dokonání trestného činu. Upuštění u ukončeného pokusu je pak možné jen výjimečně a to zásadně v *aktivní formě*. Nevyžaduje se přitom i odstranění toho, co bylo skutečně způsobeno, ale jen zabránění následku, jako je tomu i u neukončeného pokusu.

Povšimněme si dále *subjektivní podmínky* dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu. Požaduje se, aby pachatel upustil od dokonání trestného činu dobrovolně.

O výkladu této subjektivní podmínky dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu se právem v literatuře říká, že je „ústředním bodem celého učení o dobrovolném upuštění.“¹⁸³⁾ Bohužel v nauce socialistického

¹⁸²⁾ N. D. Durmanov se zde ocitá v rozporu se svými vlastními názory. Na to upozorňuje např. I. I. Sluckij ve své monografii „Obstojatelstva isključajučije ugotovnuju otvěstvennost“ (srov. str. 32 této monografie). Durmanovo pojetí je dále v rozporu s pojetím tzv. kvalifikovaného pokusu. U tzv. kvalifikovaného pokusu je pachatel trestný za to, co již fakticky způsobil a co již nemůže odčinit. Jak je proto na něm možno žádat to, co žádá Durmanov?

¹⁸³⁾ Krauthammer, *Der Rücktritt vom Versuch* (Unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfes 1927), Breslau-Neukirch, 1932, str. 36.

trestního práva mu nebylo ještě věnováno tolik pozornosti, aby byly odstraněny všechny obtíže, které se mohou vyskytnout při výkladu tak složité otázky.

Podmínka dobrovolnosti navazuje bezprostředně na důvod beztrestnosti podle ustanovení § 5 odst. 3 tr. zák. — odpadnutí (u kvalifikovaného pokusu snížení) pro společnost nebezpečné povahy pachatele. Na podkladě toho je třeba posoudit, zda ta která okolnost splňuje podmínku dobrovolnosti upuštění od dokonání trestného činu. Ta která okolnost splňuje podmínku dobrovolnosti, pokud svědčí o odpadnutí (podstatném snížení) pro společnost nebezpečné povahy subjektu.

Podle toho jde o dobrovolné upuštění tam, kde pachatel ví, že může dokonat trestný čin, a přesto se rozhodl od dokonání upustit. To je celkem jasné. Jestli pachatel může škodit společnosti a nevyužije toho, nelze říci, že by i dále trvala jeho nebezpečnost. A naopak, ví-li pachatel, že nemůže trestný čin dokonat a proto upouští od jeho dalšího páčání, zůstává nebezpečný pro společnost.

Zdůrazňujeme, že jde o vědomí možnosti čin dokonat, nikoliv o objektivní možnost čin dokonat. To nelze zaměňovat, neboť konec konců jde o okolnost vztahující se k subjektivní charakteristice pachatele. Odpadnutí nebezpečnosti pachatele pro společnost charakterisuje jeho vědomí o možnosti čin dokonat a změnu původního rozhodnutí, nikoli objektivní uskutečnitelnost jednání.

Zaměňování subjektivní představy pachatele o možnosti dokonání činu s objektivní uskutečnitelností činu vede k rozporu s tím, že pachatel je beztrestný, odpadla-li jeho nebezpečnost pro společnost.¹⁸⁴⁾

O tom svědčí následující příklady:

a) pachatel šel krást králíky. Když přelézal ohradu dvora, kde chtěl čin spáchat, rozmyslel si původní záměr, skočil zpátky a odešel domů. Přimělo jej k tomu to, že si uvědomil zavrženíhodnost svého činu, dále, že by tím poškodil majitele, který byl jeho dobrý známý atd. Avšak stejně by zloděj svůj čin nebyl mohl dokonat. Jeho čin totiž (aniž o tom pachatel věděl) se předem prozradil, majitel se sousedy číhal skryt na dvorku a byl by pachateli zabránil v krádeži.

b) pachatel, který žil v příkrém nesouladu se svou rodinou, rozhodl se, že usmrtí ženu a děti tím, že nasype do připraveného nápoje jed a otráví je. Pokusil se obstarat jed u známého. Tomu však věc byla podezřelá a dal proto pachateli místo jedu jen neškodný prášek. Pachatel realizoval záměr potud, že nasypal domnělý jed do mléka, které měla pít celá rodina k snídani. Když mléko bylo již nalito a jedno z dětí je neslo k ústům, uvědomil si pachatel (stejně ne dosti pevně rozhodnutý) hrozný dosah svého činu a zabránil tomu, aby mléko bylo vypito a tedy (jak se domníval), aby čin byl dokonán.

¹⁸⁴⁾ K záměně pachatelova vědomí o možnosti čin dokonat s objektivní možností dovést čin do úspěšného konce dochází např. v rozhodnutí jednoho soudu: „Předpokladem dobrovolného upuštění od pokusu podle § 5 odst. 3 tr. zák. je, že pachatel změnil svůj úmysl dokonat započatý trestný čin ještě v době, kdy vůbec měl objektivní možnost čin dokonat.“ (1 T 2, 13/1953 z 10. II. 1953.)

Zde bychom museli říci, (kdybychom vycházeli z objektivní uskutečnitelnosti činu), že není splněna subjektivní podmínka dobrovolnosti, ačkoli pachatel nesporně přestal být nebezpečný pro společnost.

Nebo jiný příklad: pachatel se rozhodl, že vyloupí pokladnu. Vzal si k tomu potřebné nástroje. Když vnikl do místnosti, kde pokladna byla, zdálo se mu (aniž se o tom pořádně přesvědčil), že pomocí přinesených nástrojů se mu nepodaří dveře pokladny vylomit a zmocnit se peněz, které byly v pokladně uloženy. Proto sebral své nástroje a odešel. Ve skutečnosti by se pachateli pomocí nástrojů, které měl k dispozici, podařilo s nepříliš velkými obtížemi pokladnu vyloupit.

Vycházíme-li z požadavku objektivní uskutečnitelnosti zločinného záměru, musíme říci, že je splněn předpoklad dobrovolného upuštění.

To by však byl naprosto nesprávný závěr. Vždyť pachatel upustil od dokonání trestného činu proto, že byl přesvědčen o neuskutečnitelnosti svého záměru. Pachatel se domníval, že nemůže trestný čin dokonat. Jeho nebezpečnost pro společnost nepominula. Výklad podmínky „možnost čin dokonat“ ve smyslu objektivní možnosti vede tedy k pochybným důsledkům. Je rovněž v rozporu s důvody, pro které zákon upouští od trestnosti pachatele při dobrovolném upuštění. Takový výklad vylučuje beztrestnost pachatelů, kteří přestali být nebezpeční pro společnost tím, že upustili od dalšího rozvíjení trestné činnosti z vlastního rozhodnutí, jsouce si vědomi možnosti čin dokonat. Naproti tomu vede k přiznání existence podmínky dobrovolného upuštění tam, kde jde jen o objektivní možnost čin dokonat, o níž pachatel neměl vědomí. Je proto jasné, že „možnost dokonat trestný čin“ třeba vykládat jako přesvědčení pachatele o tom, že mohl svou trestnou činnost úspěšně dokončit.

Dobrovolnost upuštění založená na vědomí pachatele o možnosti dokonání činu bude vyloučena tam, kde pachatel se domnívá, že již nemůže uskutečnit svůj čin a proto od jeho dokonání upouští. Tak tomu bude především tam, kde dokonání trestného činu zabránila *překážka* (ať již skutečná nebo jen domněle existující). Proč tomu tak je; nemusíme příliš rozvádět. Existencí překážky (o které pachatel ví) je dotčena představa pachatele o tom, že může dokonat trestný čin. Tak zjistí-li pachatel, že se naskytla nepřekonatelná překážka, je mu jasné, že další jeho trestná činnost je nemožná. A právě proto, že si je vědom nemožnosti realizace původního záměru, rozhoduje se od jeho uskutečnění upustit. Tedy vědomí o nemožnosti úspěšně dokončit trestnou činnost vyvolává v pachateli rozhodnutí od trestného činu upustit.

Okolnosti, které takto brání dokonání trestného činu, mohou mít nejrůznější povahu. U většiny z nich je jejich povaha jako překážky (vylučující dobrovolnost) patrna. O překážku (lhostejno zda skutečnou nebo domnělou) bránící dokonání trestného činu jde zřejmě např. tehdy, nemá-li pachatel dosti sil nebo prostředků, aby v trestné činnosti pokračoval. Tak jestliže se vrah pokusí uskrtit oběť, zanechá však uskutečnění vražedného úmyslu proto, že oběť je příliš silná, a stejně by se ubránila. Nebo upustí-li zloděj od vypáčení pokladny proto, že mu k němu přinesené nástroje nestačily. Stejně upustí-li těhotná žena od použití abortiva proto, že nabyla představy o jeho neúčinnosti. Těmto příkladům se svou povahou blíží i upuštění pachatele, který si uvědomil nezpůsobilou povahu prostředku zvoleného k spáchání trestného činu (tzv. pokus nezpůsobilými prostředky) nebo předmětu útoku (tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku).

O překážku jde rovněž tehdy, bylo-li pachatelé zabráněno v rozvíjení trestné činnosti třetí osobou (pachatel byl dopaden hlídačem) nebo octl-li se v situaci, která mu nedává žádnou naději na úspěch (např. pachatel pokusu o opuštění území republiky podle §§ 5, 95 tr. zák. se při přechodu hranic vydá do rukou příslušníků hlídky jen proto, že ztratil spolčníky zadržené hlídkou, v situaci krajně svízelné, neslibující naději na úspěch).¹⁸⁵⁾

Méně jasná je tato povaha překážky tehdy, když pachatel se pokusí spáchat některý trestný čin, avšak zjistí, že nemůže uskutečnit následek, který zamýšlel a od dalšího provádění trestné činnosti ustoupí.

Tak se v literatuře uvádí případ zloděje, který vnikne do cizího bytu, aby tam ukradl některé věci. Když ale zjistí, že nalezené věci jsou množstvím a hodnotou jiné, než předpokládal, od další trestné činnosti upustí. Nebo pachatelé chtěli ukrást drátěnou mříž. Zanechali však další realizace svého záměru (ve stadiu, které bylo materiálně již pokusem trestného činu), protože mříž byla tak poškozená, že její odnesení by se jim nevyplatilo.¹⁸⁶⁾ Konečně podobného druhu je i upuštění od dokonání vraždy, když pachatel zjistil, že napadl ve skutečnosti jinou oběť než tu, kterou zamýšlel ze žárlivosti usmrtit.

Jak nahlížet na okolnosti, které v popsanych trestných činech vedly pachatele k upuštění od jejich dokonání? Jaký význam přiznat tomu, že pachatel pod vlivem těchto okolností upustil od nepochybně možného dokonání trestného činu? Šlo o překážku?

Okolnost, že pachatel nemohl uskutečnit právě ten následek, který zamýšlel, nesporně brání v dalším rozvíjení trestné činnosti. Tak zloděj upouští od krádeže proto, že nemůže ukrást právě ty věci, které chtěl a které měly předpokládanou cenu. V druhém případě zloději nemohli realizovat svůj záměr obohatit se krádeží mříže, protože (z těch nebo oněch důvodů) již pozbyla značné části své hodnoty. A konečně vrah nemohl usmrtit svého soka proto, že se prostě spletl, zaměnil jej s někým jiným, koho však ale včas (dříve než jej usmrtil) poznal a koho neměl důvodu zavraždit. Podrobný rozbor zkoumaných příkladů nás přesvědčuje o tom, že ve skutečnosti to, co zabránilo dokonání, byla překážka. Ustoupil-li pachatel od způsobení výsledku uvedeného v zákoně (tj. od výsledku, který za daných okolností mohl uskutečnit — krádež věcí jiných, méně cenných, krádež mříže, usmrcení jiné osoby), tu jediné proto, že provedení právě tohoto výsledku pro něj nemělo žádný význam. Vždyť mu šlo o uskutečnění jiného konkrétního výsledku, pro který vůbec trestnou činnost začal rozvíjet. Původnímu záměru se postavila do cesty nepřekonatelná překážka. Kdyby představa pachatele odpovídala skutečnosti, nic by jej neodradilo od dokonání trestného činu.¹⁸⁷⁾

¹⁸⁵⁾ K ilustraci překážky bránící pachateli v dokonání trestného činu přichází v úvahu ještě nejrůznější příklady. Tak jde zřejmě o překážku zabraňující způsobení výsledku uvedeného v zákoně v případě pachatele, který ustoupí od poškození vlastního zdraví (a tím i vyhýbání se služební povinnosti podle § 270 tr. zák.) proto, že zvolený způsob mu působí bolesti, které nemůže snést.

¹⁸⁶⁾ Příklady viz Krauthammer, cit. monografie, str. 40.

¹⁸⁷⁾ Okolnost, zda to, co bránilo dokonání, bylo opravdu překážkou, má základní význam pro posouzení otázky dobrovolnosti. To je patrné z rozboru následujícího příkladu: „Při pokusu o trestný čin znásilnění půjde o dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu, upustil-li pachatel od dokonání trestné činnosti, přestože mohl překonat odpor ženy, která se bránila znásilnění. Okolnost, že tak učinil proto, že měl za to, že jeho trestná činnost by měla za následek újmu na zdraví napadené ženy, nemůže být pak překážkou, aby pachatelé pokusu trestného činu byla přiznána beztrestnost proto, že dobrovolně od dokonání činu upustil“ (č. 7/1957 Sb. rozh. čs. soudů).

Kromě překážky vylučuje dobrovolnost upuštění od dokonání trestného činu ještě další okolnost — *obava pachatele z odhalení trestného činu*. Může jít o obavu oprávněnou, ale i jen existující v mylné představě pachatele.

Např. pachatel, který se pokouší pohlavně zneužít nezletilé děvčátko, si uvědomí, že je pozorován z okna blízké vily několika osobami. Upustí proto od snahy uskutečnit svůj zločinný záměr. Ovšem stejně tak mohl se pachatel obávat odhalení naprosto bezdůvodně, aniž k tomu měl opravdovou příčinu. Např. vrah, který číhá s pistolí na oběť, náhle si povšimne na místě činu stínu, který pokládá za člověka. Z obavy, že je čin prozrazen, že bude odhalen oním číhajícím člověkem, odejde z místa činu a upustí od další trestné činnosti. Pachatel se tedy mylně domníval, že se vytvořilo nebezpečí odhalení toho, co podnikl k provedení svého zločinného záměru.

Že jde o okolnost vylučující vědomí o možnosti čin dokonat (a dobrovolnost) je jasné v těch případech, kde tato okolnost splývá s překážkou. Dová-li se pachatel, že v době, kdy chce ukrást nějaké věci na něj budou číhat lidé, aby jej dopadli, jde nepochybně současně o překážku, tedy o okolnost, která jasně brání dokonání deliktu. Je-li tu taková překážka, je vyloučeno vědomí o možnosti čin dokonat.

Ovšem spornější je věc tam, kde nebezpečí odhalení není současně překážkou dokonání trestného činu. Kde není vyloučeno, aby pachatel trestný čin dokonat. Tak hrozí-li odhalení po dokonání trestného činu nebo v průběhu trestné činnosti, avšak nemá současně povahu překážky, bránící dokonání trestného činu.

Někteří autoři se domnívají, že zde nevystačíme s vymezením dobrovolnosti, z kterého jsme vyšli. Neboť nebezpečí odhalení po činu nevylučuje možnost dokonání deliktu a přesto (je-li tu obava z odhalení) je ustoupení nedobrovolné. Tak Durmanov kritizuje pojetí dobrovolnosti, které ztotožňuje subjektivní podmínku beztrestnosti s vědomím o možnosti čin dokonat. „Avšak tím nejsou zahrnuty všechny znaky dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu — píše. Třeba je proto doplnit dalšími.“¹⁸⁸⁾ Konstruuje pak pojem dobrovolnosti tak, že vedle vědomí o možnosti dokonat trestný čin hovoří ještě o dalších náležitostech pojmu dobrovolnosti. Podle toho je pak dobrovolnost vyloučena nejen tam, kde schází vědomí o možnosti čin dokonat, ale i tam, kde je nebezpečí odhalení. Posuzuje podle toho konkrétní případ ze sovětské judikatury Durmanov píše — „Zde, ačkoliv pachatel si byl vědom možnosti čin dokonat, mělo vliv zřejmě nebezpečí odhalení; proto upuštění nebylo dobrovolné.“¹⁸⁹⁾

Pokládáme to za pochybné. Vědomí o možnosti čin dokonat ve smyslu dobrovolnosti není přece jen vědomí o fyzické uskutečnitelnosti činu.

¹⁸⁸⁾ N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 194.

¹⁸⁹⁾ Tamtéž, str. 195.

Must se jím mýnit také vědomí o uskutečnitelnosti činu bez nebezpečí pro pachatele deliktu. Tedy vědomí prosté zábran, které jinak než na způsob fyzické překážky brání pachateli v uskutečnění trestného činu. V souladu s tím i tam, kde uskutečnění činu bránila okolnost — obava pachatele z odhalení činu — bude vědomí o možnosti činu dokonat vyloučeno. Spíše je proto správné, že i obava pachatele z odhalení deliktu spadá pod vyloučené vědomí, o možnosti činu dokonat. A není proto nutné uchýlovat se k dalším konstrukcím.¹⁹⁰⁾

S vědomím (domněnkou) pachatele, že čin je (byl) odhalen jako okolností, která se dotýká dobrovolnosti, úzce souvisí okolnost další — *obava pachatele z možné odpovědnosti a případného uložení trestu*. Např. pachatel, který číhal se zbraní na oběť, upustil od spáchání vraždy, protože si uvědomil, že není vyloučeno, že neunikne spravedlnosti a dále proto, že si byl vědom vysokého trestu, který by jej mohl postihnout. Jak vidno obava z trestu se neopírá o konkrétní okolnosti, o nichž by pachatel věděl. Pachatel si jen uvědomí, že se spácháním trestného činu bývá spojen trest (a v případě vraždy trest značně vysoký). Aby se zbavil možných následků, trestné činnosti zanechá.

Je obava pachatele z trestní odpovědnosti a trestu (tj. obava nepodložená konkrétními okolnostmi případu ani jejich mylnou představou) také okolností, vylučující vědomí o možnosti činu dokonat a tedy i subjektivní podmínku dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu? Zřejmě nikoli. Vždyť prakticky nepřiliš mnoho pachatelů je při trestné činnosti prosto obav z trestní odpovědnosti, z toho, že je stihne příslušný trest. Právě tato okolnost tvoří jistou zábranu v páchání trestného činu. Již předtím, než pachatel přistoupil k realizaci záměru spáchat trestný čin, je vydán tomuto působení trestu. Zmíněná zábrana však působí ještě poté,

¹⁹⁰⁾ Přípravná osnova československého trestního zákona z r. 1926 (tzv. profesorská) a osnova z r. 1937 šla tak daleko, že při obavě z odhalení vylučovala vůbec (pokud pachatel ustoupil) beztrestnost pachatele pro dobrovolné upuštění. Tak § 19 přípravné osnovy výslovně nepřipouští beztrestnost tehdy, když pachatel věděl nebo se domníval, že čin vyšel najevo. Stejně i § 31 osnovy trestního zákona z r. 1937. Tento názor je správný potud, pokud vědomí (domněnka) pachatele, že je odhalen je překážkou dokonání trestného činu. Je správný dále potud, že dopadá i na další případy, kdy pachatel s vědomím (domněnkou) odhalení spojuje též představu nebezpečí trestního stíhání. Potud lze formulaci osnov z r. 1926 a z r. 1937 přiznat správnost. Ovšem tu se hovoří o vědomí (domněnce), že čin vyšel najevo. Došlo-li k tomu, neznámá to ještě vždy, že pachateli hrozí nebezpečí. Že tedy zde jsou okolnosti nutící jej k dobrovolnému upuštění. Ne každé odhalení činu je překážkou jeho dokonání nebo nebezpečím pro pachatele, které jej nutí, aby zanechal další trestné činnosti. Vidíme, že formulace „věděl nebo se domníval, že čin vyšel najevo“, vylučující vždy beztrestnost z těchto důvodů, by šla příliš daleko. Ve skutečnosti tam, kde čin vyšel podle vědomí (domněnky) pachatele najevo, je třeba dobrovolné upuštění vyloučit jen tam, kde bylo znemožněno trestný čin dokonat anebo kde se vytvořilo přímé nebezpečí pro pachatele trestného činu.

kdy pachatel trestnou činnost již rozvíjí. Pachatel si uvědomil, že dovedení trestného činu do konce je mnohem závažnější než to, co dosud podnikl. Proto právě, aby se vyhnul odpovědnosti a trestu za dokonání trestného činu, zanechává svého jednání, které je materiálně teprve pokusem trestného činu.

Avšak nehledě na to, je zde především to, že pachatel uposlechl výzvy obsažené v ustanovení § 5 odst. 3, aby upustil od dokonání trestného činu, jestli nechce být postižen trestem. Znamenalo by úplné popření institutu dobrovolného upuštění, kdyby okolnost — uposlechnutí výzvy adresované pachateli zákonodárcem, měla pro pachatele takové následky (nehledě na to, že ustoupení od dokonání z obavy před trestem vůbec svědčí o změně nebezpečnosti pachatele pro společnost).¹⁹¹⁾

Překážka a obava z odhalení může ovlivňovat pachatelovo vědomí o možnosti činu dokonat v různé míře. V praxi nebylo jasné, zda vědomí o možnosti činu dokonat (a tedy i dobrovolná povaha upuštění) je vyloučeno již při pouhé existenci překážky (obavy z odhalení) anebo zda působení překážky musí dosáhnout určité intenzity. Tak např. v č. 114/1952 Sb. rozh. čs. soudů jsme mohli číst: „Nejde pak o dobrovolné ustoupení, jestliže pachatel od dokonání činu ustoupí proto, že narazil na překážky, po případě na něco, co má za překážky. V takových případech je rozhodnutí pachatele upustit od dokonání činu *přivoděno a ovlivněno vnějšími okolnostmi, takže není dobrovolné ve smyslu § 5 odst. 3 tr. zák.* Překážkou v uvedeném smyslu je např. i odpor ohroženého a pachatel útoku, tvořícího pokus určitého trestného činu, není v tomto směru beztrestný pro dobrovolné ustoupení od pokusu, jestliže od dokonání svého činu ustoupil proto, že narazil u ohroženého na odpor. Naproti tomu by nebránilo závěru o dobrovolnosti ustoupení, jestliže pachatel od dokonání upustil pouze na prosby ohroženého“. (Podtrženo mnou — J. N.)

To nebylo správné. Sám fakt, že tu je vnější okolnost — překážka bránící dokonání deliktu — závěr o dobrovolnosti upuštění vyloučiti nemůže.

¹⁹¹⁾ V pracích věnovaných otázce dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu bývá také věnována pozornost motivům dobrovolného upuštění. Otázka je jasná v tom směru, že motivy nehrají úlohu pokud upuštění svědčí o odpadnutí nebezpečnosti činu a subjektu. Proto jsme nepovažovali za nutné se jí blíže zabývat. Jedině musíme upozornit na to, že tím nemá být nijak řečeno, že při posuzování dobrovolnosti nebude třeba k motivům přihlídnout. Při posuzování úlohy motivů ustoupení je třeba zjistit, čím konkrétně byly vyvolány. Neboť často motiv téhož obsahu může jednou vyloučit dobrovolnou povahu upuštění, jindy naopak. Např. jestli se pachatel rozhodl ze strachu před následky činu od jeho úplného způsobení ustoupit. Strach pachatele může být vyvolán jednak plně oprávněnou obavou z odhalení trestné činnosti (tedy okolností, vylučující dobrovolnou povahu upuštění), avšak též jen všeobecnou představou, že s trestným činem bývá spojen trest (tedy okolností, která není v rozporu s podmínkou dobrovolnosti). Odtud je patrné, že je vždy třeba zkoumat, co se skrývá za motivy, které přivedly pachatele k upuštění od dokonání trestného činu.

Brání-li např. uskutečnění deliktu jen nepatrná překážka, pachatel si uvědomuje možnost dokonání a ustupuje-li, tedy ne pro překážku. Stejně nebylo správné, že „důvody, kterými by bylo lze odůvodnit dobrovolnost upuštění od pokusu, byly by rozhodné v tom případě, kdyby byly jedinými důvody pro změnu pachatelova úmyslu. Jestliže se však vyskytují pouze vedle důvodů objektivních, lze jim podle okolností přiznat nanejvýš význam polehčujících okolností“.¹⁹²⁾

Později proto došlo ke změně stanoviska, o kterém jsme hovořili. A v č. 85/1957 Sb. rozh. čs. soudů již čteme: „Aby šlo o dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu, musí pachatel, který se o trestný čin pokusil, vědět, že čin může dokonat, avšak z vlastního rozhodnutí čin dokonat již nechce. Toto jeho rozhodnutí nesmí být ovlivněno překážkami, které by mu bránily čin dokonat nebo dále pokračovat v původně zamýšleném útoku. Skutečnost, že existuje překážka bránící dokonat čin, v daném případě, že se napadená bránila, *nevylučuje ještě sama o sobě dobrovolnost ve smyslu § 5 odst. 3 tr. zák.*, mohl-li pachatel tuto překážku, bez větších obtíží překonat.“ (Podtrženo mnou — J. N.)

Přirozeně je otázka, jaké působení překážky atd. tu musí být, abychom řekli, že je vyloučena dobrovolná povaha upuštění pachatele od dokonání trestného činu. Aby okolnosti mající povahu překážky vyloučily dobrovolnou povahu upuštění od dokonání trestného činu je třeba, aby jejich působení na rozhodnutí pachatele nabylo *rozhodujícího významu*. Konkrétně musí jít o překážku nepřekonatelnou nebo překonatelnou jen těžce. Jedině tehdy totiž si pachatel uvědomuje nemožnost [resp. malou možnost] svého dalšího počínání, a proto od jeho pokračování pod tlakem překážky ustoupí.

Tam, kde pachatel mohl překonat okolnosti bránící mu v další trestné činnosti, půjde ve skutečnosti o upuštění dobrovolné. Tak mohl-li pachatel překonat odpor ženy, která se bránila násilnému provedení soulože (§ 238 tr. zák.). Stejně jestliže pachatelka vyplivla abortivum, určené k usmrcení jejího plodu (§ 218 tr. zák.) proto, že mělo silně nesnesitelnou chuť.¹⁹³⁾ Ve všech těchto případech záviselo dokonání trestného činu především na pachateli. Rozhodl-li se pachatel zanechat zločinného počínání, ačkoli mělo naději na úspěch, je jeho upuštění dobrovolné ve smyslu ustanovení § 5 odst. 3 tr. zák.¹⁹⁴⁾

¹⁹²⁾ Č. 114/1952 Sb. rozh. čs. soudů.

¹⁹³⁾ Tento příklad je ovšem v souvislosti s novou úpravou trestnosti potratu překonán.

¹⁹⁴⁾ Vůle po nedokonání trestného činu zde převažuje nad původním záměrem. Je podnícena okolnostmi, které nejsou v rozporu se svobodnou povahou rozhodování. Jde tu o převahu vůle nedokonat trestný čin nad původním záměrem. Při nedobrovolném upuštění je záměr dokonat trestný čin potlačen okolnostmi, které vylučují svobodu rozhodování pachatele. Nad vůlí způsobit výsledek uvedený v zákoně nabývají převahy

Je proto pochopitelné, že v každém jednotlivém případě bude třeba zjistit nejen zda tu vůbec byla nějaká překážka bránící pachateli v možnosti dokonat trestný čin, nýbrž ještě zda bylo její působení takové, že vylučovalo dobrovolnost v nastíněném smyslu.¹⁹⁵⁾

To znamená tedy, že podmínka dobrovolnosti je založena na *vědomí pachatele o možnosti čin dokonat a rozhodnutí nicméně od dokonání upustit*. Tato podmínka je vyloučena tam, kde pachatel upustil od dokonání proto, že si uvědomil *nemožnost* dokonání trestné činnosti. Tak tam, kde na jeho rozhodnutí působila *překážka nebo obava z odhalení*, ovšem ne překážka (obava) vůbec, nýbrž jen taková, která úplně vyloučila možnost dokonání a nebo ji podstatně ztížila.

K charakteristice dobrovolnosti při upuštění od dokonání trestného činu třeba ještě říci, že upuštění pachatele od dané trestné činnosti musí být *trvalé, konečné*. Upuštění je dobrovolné jen tehdy, je-li *definitivní*.

Dobrovolnost je vyloučena, jestliže pachatel definitivně trestné činnosti nezanechal. Zde totiž ke změně rozhodnutí dokonat trestný čin ve smyslu dobrovolného upuštění vlastně nedošlo.¹⁹⁶⁾ Např. vrah zanechal provádění vraždy proto, že se dala v přítomnosti jeho přátel, kteří jej napomínali, aby oběť tak netrápil (ovšem jinak mu nebránili). Pachateli bylo jejich napomínání nepříjemné a protože jej rušila přítomnost lidí, počkal až do jejich odchodu, aby potom mohl oběť nerušeně zabít.

okolnosti, které vylučují možnost jejího uskutečnění nebo brání pachateli ve svobodě rozhodování. V rozporu s tím se v buržoasní nauce tvrdí, že „dobrovolnost znamená, moc (vládu) vůle zaměřené k spáchání trestného činu nad motivy, které se stavějí do cesty této vůli“. (Krauthammer, cit. monografie, str. 42). To je zřejmý omyl. Vždyť u dobrovolného upuštění naopak motivy odvádějící pachatele od způsobení výsledku uvedeného v zákoně převládají nad záměrem, směřujícím k spáchání trestného činu.

¹⁹⁵⁾ Na dokreslení uvádíme č. 85/1957 Sb. rozh. čs. soudů. V daném případě obžalovaný se pokusil násilím donutit k souloži dívku P., udeřil tuto ze zadu do hlavy a povalil ji do příkopu. P. se obžalovanému bránila a volala o pomoc. Nato obžalovaný v dalších útocích vůči dívce přestal, pomohl jí vstát, žádal ji, aby nikomu neřikala, že ji napadl a doprovodil ji na silnici. Krajský soud v řízení o odvolání dospěl k závěru, že obžalovaný dobrovolně upustil od dokonání trestného činu znásilnění. Nejvyšší soud ke stížnosti pro porušení zákona, podané generálním prokurátorem uvedl, že pro takový výrok krajského soudu nebyl jasný podklad. Svědkyně P. uvedla, že obžalovaného prosila, aby ji nechal a že se potom bránila až do doby, kdy ji obžalovaný pustil. U odvolacího líčení tato svědkyně uvedla, že již všechno zapoměla, na nic se přesně nepamatuje, myslí, že se obžalovanému bránila jen chvíli, pak, když ji tloukl, už se nebránila. Tyto zjištěné okolnosti krajský soud nerozbral a nedovodil z nich své rozhodnutí. Jde především o okolnost, tvrzenou obžalovaným, že napadenou pustil, protože se bránila a volala o pomoc. Toto tvrzení je třeba náležitě vysvětlit. Při tom bude třeba zjistit, zda podle vědomí obžalovaného mohl či nemohl čin dokonat, zejména však, zda v případě, že se napadená stále bránila, mohl obžalovaný vzhledem k svým fyzickým silám a své převaze nad napadenou její odpor překonat.

¹⁹⁶⁾ Ovšem oddálení realizace zločinného záměru vylučuje nejen subjektivní, ale i objektivní podmínku dobrovolného upuštění.

Konečnou povahu upuštění je třeba uvážit jen tehdy, jsou-li jinak splněny podmínky upuštění od dokonání trestného činu.

Tak jestliže např. pachatel ustoupil od přechodu hranice jen proto, že k tomu byl donucen nepřekonatelnými zevními překážkami a přihlásil se pohraničním orgánům a počítal při tom s pozdější realizací tohoto svého původního záměru, je prakticky zbytečné, aby soud pozdějším útekem pachatele z vězení ještě prokazoval, že pokus o přechod hranic nebyl odložen definitivně, ale (pro překážku, která okamžitě bránila přechodu) jen na pozdější výhodnou dobu. Že v daném případě nešlo o dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu lze totiž usoudit již z okolností prvního pokusu. Skupina, ke které pachatel náležel, narazila na pohraniční hlídku. Jeden společník byl hlídkou zraněn, zbývajících dva byli zadrženi. I kdyby pachatel byl dostatečně vzdálen, členům hlídky byla jeho přítomnost známa (od zadržených účastníků), musel tedy počítat s jejich zvýšenou ostražitostí, po případě s příchodem posil v důsledku rozpoutání střelby. Kromě toho byl pachatel v krajině neznámé, která mu nedávala naději na úspěch pokusu o přechod hranic. Pachatel se tedy ocitl v situaci krajně svízelné a neslibující žádné naděje na úspěch. Jen proto se nepokusil o další proniknutí k hranici na vlastní pěst, nýbrž uposlechl volání a vzdal se pohraničním orgánům.¹⁹⁷⁾

Stejně, když pachatel opustil cizí místnost, do které vstoupil, a šel si opatřit lepší nástroje, než měl původně s sebou, aby jimi uskutečnil svůj zločinný záměr. Nebo jestliže zloděj odložil provedení krádeže (již ve stadiu pokusu trestného činu) jen proto, že nebyla dostatečně tmavá noc (ukazoval se chvillemi měsíc) a bylo nebezpečí prozrazení. V těchto případech ve skutečnosti pachatel jen pro překážku odložil pokračování trestného činu na pozdější dobu.¹⁹⁸⁾

V závěru zmiňme se ještě o *upuštění pachatele od opakování pokusu* po prvním bezúspěšném útoku. Jsou případy, kdy pachatel měl možnost trestnou činnost opakovat (tentokrát snad s úspěchem), avšak nevyužil příležitosti, která se mu naskytla a od opakování dobrovolně upustil.

Např. pytlák (ozbrojený puškou) potkal při lovu v lese hajného. Hajný se jej pokusil zadržet při činu. V nastalém střetnutí pytlák odzbrojil hajného a ve vražedném úmyslu na něj vystřelil, aby se zbavil nepohodlného svědka. Hajného však neusmrtil, protože tento v poslední chvíli uhnul. Pytlák tedy běžel s puškou za ním, aby jej z bezprostřední blízkosti zastřelil. Když ale hajného dostihl, rozmyslel se, uštědřil mu několik políčeků a pustil jej. Nebo jiný příklad: obviněný ze žárlivosti chtěl zastřelit manželku, namířil na ni pistolí slovy, že ji usmrtí a pak sebe, zmáčkl spoušť, avšak rána nevyšla. Obviněný totiž zapomněl pistolí odjistit. Vtom vešla do místnosti jeho tchyně, na kterou obviněný také namířil pistolí, o níž již věděl, že je zajištěna. Když tchyně proto uprchla, obviněný cpět namířil na manželku, aniž však pistolí odjistil. Na prosbu manželky, že se všechno

¹⁹⁷⁾ Srov. č. 5/1951 Sb. rozh. čs. soudů.

¹⁹⁸⁾ Obdobné jsou případy, kdy spáchání trestného činu zahrnuje určitou dobu (resp. několik fází) a kdy teprve v jejich souhrnu dochází k způsobení výsledku uvedeného v zákoně. Tak např. jestliže se pachatel rozhodl prorazit hráz rybníka a splnění tohoto cíle vyžaduje několika nocí. Ani tu nejde o dobrovolné upuštění, činí-li pachatel mezi jednotlivými etapami trestné činnosti i delší přestávky. Ani zde totiž nedoznal záměr pachatele — dokonat trestný čin — nějakou změnou. Pachatel pouze, ať již z jakýchkoliv důvodů, rozvrhuje trestnou činnost na delší dobu. Přestávka v trestné činnosti (ať sebe delší) není ničím jiným než jistým odkladem uskutečnění zločinného záměru.

dá urovnat smírně, upustil obviněný od dalšího jejího ohrožování a vybil zbraň. Řekl pak manželce, aby neměla strach, že jí neublíží, že však sám spáchá sebevraždu a odešel. Krátce nato byl zatčen.

Je počínáním pachatele — upuštěním od opakování pokusu (přesněji ustoupením od dokonání) — anulováno to, co podnikl před tím? Jde o dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu? Nikoliv. Počínání pachatele má všechny znaky trestného pokusu. Pachatel např. vystřelil na oběť, avšak neusmrtil ji (tj. nezpůsobil výsledek uvedený v zákoně) jen proto, že uhnula (tj. pro okolnosti na něm nezávislé). Opakování trestné činnosti následovalo teprve, když výsledek uvedený v zákoně nenastal pro okolnosti nezávislé na pachateli, kdy tedy již dobrovolně ustoupit nebylo možné. Počínání pachatele nemůže tedy mít (s ohledem na první pokus) význam dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu. Může mu být nejvýše přiznán význam okolnosti polehčující spáchání trestného činu.

4. Právní účinky dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu

Dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu vylučuje úplně trestnost pachatele za pokus. To plyne z toho, že v důsledku dobrovolného upuštění odpadla úplně anebo se snížila nebezpečnost jednání pro společnost. Přestává-li být jednání nebezpečné pro společnost, není důvodu pohnat pachatele k odpovědnosti za pokus.

Uvedený právní účinek je výslovně vyjádřen v § 5 odst. 3 tr. zák.: „*Pokus není trestný* — říká uvedené ustanovení, upustí-li pachatel dobrovolně od způsobení výsledku uvedeného v zákoně.“

Upuštěním od dokonání trestného činu není však dotčena trestnost jednání (před dobrovolným upuštěním), která již naplňují skutkovou podstatu některého trestného činu.¹⁹⁹⁾ Tak jestliže v rámci útoku na společenské vztahy použil pachatel jako prostředku k dosažení zločinného cíle jednání, jež naplňuje samostatnou skutkovou podstatu trestného činu (např. zloděj zničil dveře bytu, do kterého se chtěl vloupat, aby se mohl zmocnit cizích věcí). Podobně prochází-li trestná činnost stadiem nezbytným k uskutečnění zločinného záměru, které by jinak bylo samostatným trestným činem. Např. vrah se pokusil utlouci svou oběť a způsobil jí nejprve těžkou újmu na zdraví. O této zásadě se zákon již výslovně nezmiňuje, avšak lze k ní dospět výkladem.

V buržoasní nauce a praxi převládala zásada, že tzv. kvalifikovaný pokus nemá zůstat bez trestu. Odůvodnění bylo hledáno v tom, že tzv. kvali-

¹⁹⁹⁾ Od doby Feuerbacha hovoří se o odpovědnosti pro tzv. kvalifikovaný pokus (srov. Liszt, Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1927, str. 308).

fikovaný pokus je v souběhu s pokusem trestného činu (pro který ovšem je pachatel beztrestný).

Dosah zmíněné zásady však byl v různých pojetích nestejný. Šlo o to, zda mají být takto postiženy jen případy ideální konkurence (viz případ zloděje) a nebo též konkurence trestních zákonů (viz případ vraha).^{200, 201)}

Zastánci jednoho náhledu tvrdili, že v trestně právním smyslu nejde vůbec (při konkurenci trestních zákonů) o souběh, nýbrž o jeden delikt, totiž ten, o který se pachatel pokusil, a že skutková podstata dokonání trestného činu konsumovaná pokusem o trestný čin, nemá více trestně-právně žádný význam a nemůže jej opět získat, když pachatel od dokonání trestného činu ustoupí; popírají proto při konkurenci zákonů trestnost pachatele pro dokonání trestný čin.

Proti tomu se však tvrdilo, že konkurující dokonání delikt je jen tehdy plně konsumován jiným, o který se pachatel pokusil, jestliže poslední z nich skutečně vede k potrestání; neboť smyslem konkurence zákonů je přece, že jeden trestní zákon (přesněji jedno ustanovení trestního zákona) plní funkci druhého. Jestliže ovšem tuto funkci na sebe vzít nemůže (a tak je tomu právě při dobrovolném upuštění, které vede k beztrestnosti pro pokus), uplatní se plně opět skutková podstata deliktu, který by jinak byl konsumován pokusem.

Spory nauky o rozsah trestnosti tzv. kvalifikovaného pokusu nevedly k uspokojivému cíli. Dospívalo se posléze k závěru, že čistě formálně — logické úvahy trestnost kvalifikovaného pokusu zdůvodnit nemohou. Operovalo se proto (ve prospěch zásady, že kvalifikovaný pokus nemá zůstat zásadně bez trestu) zdravým právním citem, právní bezpečností, veřejným zájmem, které vyžadují, aby pachatel při dobrovolném upuštění od dokonání trestného činu nezůstal bez trestu pro ta jednání, která tvoří samostatnou skutkovou podstatu trestného činu. Tvrdilo se dokonce, že přece pachatel nemůže zůstat bez trestu, protože zamýšlel spáchat těžší trestný čin. Názor, že kvalifikovaný pokus nemá zůstat zásadně bez trestu posléze převládl. Buržoasní nauka tedy nebyla s to vědecky uspokojivě vyložit, proč je nutná trestnost v případě tzv. kvalifikovaného pokusu trestného činu.

V teorii socialistického trestního práva však není rovněž trestnost kvalifikovaného pokusu náležitě odůvodněna. N. D. Durmanov např. podává v podstatě podobné vysvětlení jako buržoasní nauka. Píše — „Spáchání jednání, která tvoří skutkovou podstatu samostatného trestného činu, je

²⁰⁰⁾ Srov. Spohr Ludwig, *Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und volendeten Versuch*, Strafrechtliche Abhandlungen, Breslau 1926, str. 83.

²⁰¹⁾ Pojem „konkurence trestních zákonů“ se používal ne zcela přesně. Ve skutečnosti je zahrnut ideální konkurencí trestných činů. Konkurence trestních zákonů se tu užívá vlastně ve smyslu tzv. zdánlivé, nepravé konkurence.

částí jednání směřujících k přípravě a spáchání trestného činu, ke kterému byl zaměřen základní úmysl vinníka. Úmysl vinníka spáchat trestný čin... může zahrnovat i úmysl spáchat jiné trestné činy v procesu přípravy a spáchání základního trestného činu. Tak úmysl vraždit zahrnuje úmysl opatřit jed, úmysl krást osobní majetek zahrnuje zničení majetku (vylovení dveří atp.). Tato jednání podle způsobu svého spáchání i podle úmyslu vinníka představují článek v řetězu jednání, která jsou přípravou a spácháním základního trestného činu. Ona vystupují jako podmínky spáchání tohoto trestného činu, což nevylučuje, ale předpokládá v řadě případů odpovědnost pro souběh za tato jednání při spáchání základního trestného činu. Jestli ten, kdo se připravoval k trestnému činu nebo začal s jeho uskutečňováním, dobrovolně upustil od spáchání trestného činu neznamená to, že bude vyloučena jeho odpovědnost za fakticky spáchaná jednání.²⁰²⁾

To nás nijak nepřekvapuje. Protože Durmanov předpokládá u jednání jež předcházelo dobrovolnému upuštění odpadnutí nebezpečnosti činu a subjektu pro společnost, musí odpovědnost za kvalifikovaný pokus vysvětlovat pomocí souběhu. Je však pochybné, zda poukaz na souběh může trestnost tzv. kvalifikovaného pokusu odůvodnit. Jestli — jak říká Durmanov — odpadla vůbec nebezpečnost jednání pro společnost, proč má být pachatel pro tzv. kvalifikovaný pokus trestný?

Odůvodnění odpovědnosti za tzv. kvalifikovaný pokus je možno hledat jedině v náležitém výkladu důvodů beztrestnosti pachatele za pokus trestného činu u těchto případů. Jestli jednání pachatele, který dobrovolně upustil od dokonání trestného činu, obsahuje již nějakou skutkovou podstatu trestného činu, znamená to, že již byl nějak narušen objekt. To je případ jasně odchylný od toho, kdy k tomu nedošlo. Jestli již byl narušen objekt, nemůžeme říci, že by dobrovolným upuštěním od dokonání trestného činu odpadla vůbec nebezpečnost trestného činu pro společnost. Je zřejmé, že ve skutečnosti může být řeč nejvýše o snížení pro společnost nebezpečné povahy jednání. Tak jestli vrah těžce zranil oběť, poznamenal ji na celý život a pak dobrovolně upustil od dokonání vraždy, nemůžeme říci, že by odpadla nebezpečnost jednání pro společnost. Vždyť již došlo k těžkému zásahu zájmu, který vrah nemohl svým jednáním úplně odčinit. Je jistě rozdíl mezi vrahem, který již způsobil takovou újmu a tím, který ji ještě nezpůsobil a dobrovolně upustil od dokonání trestného činu. Protože tedy v takových případech se nebezpečnost jednání pro společnost jen snížila, nemůžeme říci, že by pachatel byl úplně beztrestný; je proto odůvodněna jeho odpovědnost pro tzv. kvalifikovaný pokus.

²⁰²⁾ Srov. N. D. Durmanov, cit. monografie, str. 206.

Na závěr ještě o účincích bezvýsledné snahy pachatele dobrovolně upustit od dokonání trestného činu. Jestli se pachatel (zejména u tzv. ukončeného pokusu) dobrovolně snažil upustit od dokonání trestného činu, což se mu však nepodařilo, bude zásadně trestný pro pokus. To plyne zejména z toho, že nebyl splněn požadavek — upustit od způsobení následku. Bezvýsledná snaha pachatele upustit od dokonání trestného činu však může být zhodnocena jako polehčující okolnost. U případů, kde je možná účinná lítost, může být pachatel beztrestný za podmínek § 64 tr. zák.

Můžeme tedy právní účinky dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu shrnout tak, že pachatel, který dobrovolně upustil od dokonání deliktu *je beztrestný pro pokus*. To však nevylučuje trestnost za ta jednání, která již naplňují skutkovou podstatu některého deliktu — tzv. *kvalifikovaný pokus*. Osvětlení těchto zásad třeba hledat v základním materiálním důvodu beztrestnosti při dobrovolném upuštění od dokonání trestného činu. Bezvýsledná snaha upustit od dokonání trestného činu pachatele trestnosti pro pokus nezbavuje, ale může být zhodnocena jako polehčující okolnost.

5. Dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu a účinná lítost

Dobrovolnému upuštění od dokonání trestného činu se svou povahou blíží účinná lítost (§ 64). Také ustanovení o účinné lítosti chrání společenské vztahy. V podmínkách účinné lítosti je leccos společného s podmínkami dobrovolného upuštění. Požaduje se také dobrovolnost a jistá aktivita pachatele, směřující k tomu, aby se zamezilo škodě na objektu. Nehledě na to, jsou však mezi účinnou lítostí a dobrovolným upuštěním velmi výrazné rozdíly.

Účinná lítost je především možná jen u některých trestných činů, které jsou vyjmenovány v § 64 tr. zák. To znamená, že chrání jen některé společenské vztahy, na kterých měl náš zákonodárce zvláštní zájem. Naproti tomu dobrovolné upuštění je možné u většiny trestných činů. Výjimku tvoří případy skutkových podstat konstruovaných tak, že je vyloučen pokus trestného činu a tedy i dobrovolné upuštění. To znamená, že dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu chrání mnohem širší okruh společenských vztahů v našem státě.

Další rozdíly vyplynou ze srovnání podmínek účinné lítosti a dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu. Podmínkou beztrestnosti pachatele pro účinnou lítost především je, aby zamezil škodlivý následek trestného činu. Víme, že následek popsany ve skutkové podstatě trestného činu (o jehož zamezení konec konců jde při dobrovolném upuštění)

je rovněž jedním ze škodlivých následků. Není účinná lítost v tomto směru totožná s dobrovolným upuštěním? Ve skutečnosti oba instituty totožné nejsou.

U dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu jde o zamezení následku v celém jeho rozsahu. Pachatel ve stadiu, které je teprve pokusem, dobrovolně upouští od dokonání trestného činu, to znamená od způsobení následku v celém jeho rozsahu.²⁰³⁾ Naproti tomu u účinné lítosti jde o zamezení následku jen v určité jeho části. Pachatel ve stadiu, které je již dokonáním trestným činem zamezuje škodlivý následek trestného činu. V těch případech, kdy následek ještě zcela nenastal to může znamenat, že odvrací v jistém (nenastalém) rozsahu i následek znak skutkové podstaty trestného činu.²⁰⁴⁾

To je patrné z následujícího příkladu: Pachatel záškodnictví (§ 84) z nepřátelství k lidově demokratickému řádu, v záměru ztížit provoz strojní a traktorové stanice, zapálil její garáž, v které byly umístěny traktory, vlečky, různé hospodářské stroje, nástroje k opravám atd. Vznikl požár. Když část traktorů a ostatního obsahu garáže již shořela, pachatel si uvědomil dosah svého činu, svolal lidi a s jejich pomocí zachránil část majetku STS, která ještě neshořela. Je nesporné, že trestný čin byl dokonán — následek — škoda na objektu charakterisovaná ve skutkové podstatě záškodnictví podle § 84 tr. zák. tu již je. Nemůže proto jít o dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu (nejde tu již jen o jednání, které je materiálně jen pokusem trestného činu). Avšak současně je nesporné, že následek — škoda na objektu, nenastala ještě v plném rozsahu. Pachatel svou činností tomu zabránil. Zamezil tedy škodlivý následek trestného činu.²⁰⁵⁾

Další podmínkou účinné lítosti podle § 64 je, že pachatel škodlivý následek napraví nebo učiní o trestném činu oznámení v době, kdy škodlivému následku trestného činu mohlo být ještě zabráněno. Tato podmínka ovšem přichází v úvahu alternativně s první podmínkou, zamezením škodlivému následku. Hledáme-li nějaký podobný požadavek jako napravení škodlivého následku u dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu, nenacházíme jej. Někáká náprava ve smyslu nápravy způsobeného následku u dobrovolného upuštění nepřichází v úvahu. Jakmile již byl delikt dokonán, není možné dobrovolné upuštění na způsob napravení způsobeného následku.

Podmínkou napravení škodlivých následků trestného činu navazuje účinná lítost na dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu. Zhruba

²⁰³⁾ Nehledě na tuto odlišnost, musíme zdůraznit určitý shodný rys dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu a účinné lítosti. Pachatel pokusu tím, že ustupuje od způsobení následku, brání i nastoupení ostatních škodlivých následků. Tedy něco podobného jako u účinné lítosti.

²⁰⁴⁾ Současně pachatel zamezuje nastoupení i dalších škodlivých následků.

²⁰⁵⁾ Je pochopitelné, že trestnost pachatele tu zaniká nikoliv již odvrácením škodlivého následku v tomto smyslu, nýbrž teprve napravením způsobené škody.

lze vyjádřit věc tak, že u trestných činů vyjmenovaných v § 64 tr. zák. (kde již není možnost dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu) poskytuje zákonodárce ještě pachateli příležitost dosáhnout beztrestnosti tím, že zlikviduje to, co již svou činností způsobil. Trestní zákon v § 64 o tom hovoří slovy, že pachatel škodlivý následek trestného činu dobrovolně napraví. Lze říci, že v tomto směru jde institut účinné lítosti mnohem dále než dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu.

Jako institut navazující na dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu je účinná lítost možná především u dokonání trestného činu, kde již není možné dobrovolné upuštění podle § 5 odst. 3. U trestných činů, kde je účinná lítost možná, bude pachatel dokonání deliktu beztrestný, napraví-li dobrovolně škodlivý následek svého činu. V tom panuje v literatuře celkem shoda. Opomíjelo se však dosud, že účinná lítost se uplatní i tam, kde šlo o dobrovolné upuštění pachatele, avšak byla již naplněna skutková podstata některého deliktu (tzv. kvalifikovaný pokus). Zde nepochybně může být pachatel beztrestný v plném rozsahu tehdy, napraví-li škodlivý následek činu, který již spadá pod skutkovou podstatu některého deliktu.

Např. jestli se pachatel pokusil o obecné ohrožení použitím výbušnin podle §§ 5, 190 tr. zák., ale od dokonání trestného činu upustil, bude beztrestný pro pokus. Mohl by být trestný pro nedovolené ozbrojování podle § 120 tr. zák., nebo pro přípravu obecného ohrožení podle § 191 tr. zák. (proto, že hromadil výbušninu). Napraví-li však škodlivé následky trestného činu, bude beztrestný.

U pokusu, kde nebyl čin dokonán pro okolnosti na pachateli nezávislé, by účinná lítost nepřicházela v úvahu. Vždyť počítal-li pachatel s možností dokonání trestného činu, avšak pro okolnosti nepředvídané, na pachateli nezávislé, k realizaci pachatelova záměru nedošlo, těžko říci, že by byla splněna podmínka účinné lítosti, která záleží v dobrovolnosti.

To znamená, že existují rozdíly v objektivních podmínkách dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu a účinné lítosti. Současně však účinná lítost doplňuje dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu.²⁰⁶⁾

²⁰⁶⁾ V naší literatuře není jednotna názoru v tom, v jakém rozsahu účinná lítost nahrazuje dobrovolné upuštění. Tak Vybíral soudí, „že institut účinné lítosti je do značné míry náhradou za dobrovolné ustoupení od pokusu (§ 5 odst. 3 tr. zák.), protože v ustanovení § 64 jsou většinou uvedeny trestné činy ohrožování, tedy předčasně se dokonávající“ (Vybíral, cit. monografie, str. 86, podtrženo mnou — J. N.). Podle toho by bylo vyloučeno dobrovolné upuštění např. u trestného činu obecného ohrožení podle § 190 tr. zák. a podobně. Pachatel, který se pokoušel vyvolat obecné ohrožení, by takto nemohl od jeho způsobení dobrovolně ustoupit. Bez trestnosti by přicházela v úvahu jen za podmínek účinné lítosti. Zdá se nám, že tu jde o přílišné omezování možnosti dobrovolného upuštění. Vždyť i u ohrožovacích deliktů je pokus možný. Je tedy možno dobrovolně ustoupit od způsobení následku, tj. od ohrožení objektu, které je znakem skutkové

Subjektivní podmínkou účinné lítosti je dobrovolnost. Tedy totéž co u dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu. Podmínkou účinné lítosti je, že pachatel zamezí nebo napraví škodlivý následek nebo učiní oznámení o trestném činu dobrovolně. Podmínkou dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu je, že pachatel upustí od způsobení výsledku uvedeného v zákoně dobrovolně. Mohlo by se zdát, že podmínka dobrovolnosti se u obou institutů uplatní stejně. Nicméně jsou i zde určité rozdíly. V zásadě platí, že při účinné lítosti pachatel ví, že mohou nastat škodlivé následky trestného činu, resp. že tyto škodlivé následky nastaly a přesto se rozhoduje, že je zamezí, nebo napraví. V tom je celkem v zásadě shoda s dobrovolným upuštěním od dokonání trestného činu. Avšak rozdílná je u účinné lítosti úloha okolností, které vylučují dobrovolnost. To platí především o překážce. Překážka se může uplatnit tam, kde ještě nenastaly škodlivé následky trestného činu, kde jde o to jim zamezit. Nesmí tu být vědomí pachatele o tom, že existuje nějaká překážka, která snad brání nastoupení škodlivých následků. Jinak je tomu tam, kde již škodlivé následky nastaly. Jestli pachatel trestný čin již dokonat (včetně všech škodlivých následků), nemůže již být řeč o nějaké překážce. Škodlivé následky už nastaly. Vědomí o existenci nějaké překážky nemůže hrát roli. Jediné co může u účinné lítosti v této formě vyloučit dobrovolnou povahu napravení je okolnost, že pachatel se obává prozrazení trestného činu. Pokud jde o oznámení, jako podmínku účinné lítosti, platí, že dobrovolnost je vyloučena jak při vědomí překážky, tak i při obavě pachatele z odhalení trestné činnosti a potrestání. I v subjektivní podmínce účinné lítosti, dobrovolnosti, setkáváme se tedy při bližším rozboru s některými odchylkami od podmínky dobrovolnosti u dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu.

Účinná lítost sleduje tedy s dobrovolným upuštěním od dokonání trestného činu stejný cíl — ochranu společenských vztahů v našem státě. Má tedy *stejně poslání*. U účinné lítosti se však chrání menší okruh objektů než u dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu. Pokud jde o podmínky obou institutů — existují některé rozdíly mezi dobrovolným upuštěním a účinnou lítostí. Dobrovolné upuštění na rozdíl od účinné lítosti zamezuje následek znak skutkové podstaty trestného činu v celém

podstaty trestného činu. Ve svých důsledcích vede Vybíralův výklad účinné lítosti k její záměně s dobrovolným upuštěním od spáchání trestného činu. Prakticky to, co by bylo v daném případě považováno za účinnou lítost (pachatel dobrovolně zabránil tomu, aby skutečně bylo vyvoláno ohrožení, např. podle § 190 tr. zák.), je ve skutečnosti dobrovolným upuštěním od způsobení následku znaku skutkové podstaty trestného činu, tj. dobrovolným upuštěním od dokonání trestného činu.

rozsahu. Účinná lítost na rozdíl od dobrovolného upuštění je možná i ve formě nápravy toho, co pachatel způsobil. V tomto směru oba instituty na sebe navazují a účinná lítost doplňuje dobrovolné upuštění. S rozdíly se setkáváme též v subjektivní podmínce — dobrovolnosti. Tak při nápravě škodlivých následků nebude prakticky vylučovat dobrovolnost vědomí pachatele o překážce trestného činu.

ОЧЕРКИ О ПОКУШЕНИИ В ЧЕХОСЛОВАЦКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

РЕЗЮМЕ

Для успешного выполнения уголовным правом своей миссии безусловно необходимо, чтобы теория точно установила признаки, определяющие тот или иной способ совершения уголовного деяния. К задачам теории, таким образом, относится и ближайшее определение реквизитов понятия покушения и решение отдельных вопросов из его проблематики.

Выполнение этой задачи является особо важным именно в чехословацком уголовном праве, так как область ответственности начинается принципиально с покушения.

Проблематике покушения у нас было до сего времени посвящено только небольшое внимание в нескольких мелких работах.

Настоящая работа, разделенная на пять глав, разрабатывает в форме очерков основные проблемы науки о покушении.

Гл. I. Понятие покушения в чехословацком уголовном праве

1. Чехословацкое уголовное право борется с преступностью в нашем государстве. В этих целях оно постигает прежде всего оконченное преступное деяние. Затем идет еще далее и карает и деяние неоконченное - покушение.

Н. В. Лясс и И. С. Тишкевич характеризуют задачу этого института так, как будто бы речь шла о борьбе именно только с неразвитой формой преступной деятельности.

Н. Д. Дурманов, наоборот, подчеркивает, что постановление о покушении направленно против окончания уголовного деяния.

Институт покушения своим острием обращен непосредственно против неразвитой формы преступной деятельности, *против покушения*. Если бы мы это отрицали, мы бы не видели его общественно-опасного характера. Покушение ставит под угрозу объект и этому его вредному действию необходимо прежде всего препятствовать. Одновременно задачу института покушения нельзя ограничивать только этим. Угроза наказанием за покушение должна в конце концов удерживать виновного *от совершения оконченого преступного деяния*. Наказание, назначенное за покушение, препятствует виновному окончить то, на что он покушался, или чтобы не совершил нового посягательства на общественные отношения.

2. Чехословацкий уголовный кодекс связывает ответственность прежде всего с оконченным преступлением. В соответствии с этим формулированы в законе составы преступлений. Предпосылкой привлечения к ответственности за оконченное преступление служит наличие всех признаков преступления.

Составы преступлений указанные в особенной части, не предусматривают ответственности за покушение. В этом направлении — поскольку речь идет о покушении — объем составов особенной части расширен постановлением § 5 УК о покушении. Таким образом, постановление § 5 УК является *правовым основанием ответственности за покушение*.

Ряд авторов конструирует особый состав покушения. Это может только затемнить данный вопрос, так как термин „состав преступления“ употребляется в данном случае в несколько ином, чем до сих пор обычно употребляемом смысле. Искажается, таким образом, отношение покушения к составу преступления.

Тот факт, что постановление § 5 УК является основанием ответственности за покушение, необходимо иметь в виду при квалификации отдельных случаев покушения. Это на практике иногда игнорируется и может привести к нежелательным практическим последствиям, например, при определении наказания.

3. Покушение относится к общим формам преступлений. Оно имеет много общего с остальными способами совершения преступления. Одновременно покушение, в качестве *одной из форм* преступной деятельности, обладает чертами, которые характеризуют именно только его и которые отличают его от посягательств на общественные отношения иного характера — от оконченного преступного деяния, подстрекательства и пособничества. При определении понятия покушения нас интересуют черты, характеризующие именно только покушение на преступное деяние и отличающие его от других форм преступной деятельности.

Покушение характеризуется прежде всего *отсутствием результата, указанного в законе*. Требуется далее *общественная опасность деяния и вина, в форме умысла*.

В качестве деяния, характеризуемого отсутствием указанного в законе результата, покушение лишено прежде всего *последствия*, признака состава преступления. Однако отсутствие последствия не исключает общественно-опасного характера покушения. Покушение ведь является общественно-опасным уже „*одним только*“ *поставлением объекта под угрозу*.

Покушение характеризуется отсутствием не одного только последствия, но и других признаков. В ближайшем определении того, какие признаки — кроме последствия — могут отсутствовать у покушения, не всё ясно.

Поскольку речь идет об объекте, нельзя сказать, что он может отсутствовать. Объект определяет характер данного преступления и, по существу, и общественную опасность деяния. Поэтому наличие *объекта* является условием наличия покушения.

Для покушения не требуется деяния, описанного в составе преступления.

У покушения далее отсутствует *причинная связь* между деянием и последствием, так как не имело места причинение последствия.

Последним признаком является *субъект* (так наз. специальный субъект). Он, как правило, необходим для покушения. Так, например, там, где субъект является элементом общественного отношения, которое является объектом данного преступления.

Как общественно-опасное деяние покушение отличается тем, что *уже создает опасность последствия, описанного в составе преступления*. Из этого в отношении покушения вытекает, что предполагается определенное деяние в качестве причины этой угрозы и охраняемое законом общественное отношение — объект этого поставления под угрозу.

4. С субъективной стороны для покушения требуется умысел. Покушение логически возможно не иначе, как в форме умысла. В характере умысла нет разницы между покушением и оконченным преступным деянием.

По мнению некоторых авторов покушение возможно только с прямым умыслом. Это неправильно. Поскольку речь идет об умысле, положение такое же как у оконченного преступного деяния. Только случай причинил то, что имело место покушение, но, конечно, покушение с эвентуальным умыслом.

Проблема вины по отношению к особо отягчающим обстоятельствам требует особого разрешения. То же при покушении необходимо придерживаться ч. 2 § 4 УК. Вопрос другой, какое применение найдет упомянутое постановление в отношении покушения. Комбинированное отношение вины будет иметь место, в частности, при другом факте, из характера которого не будет вытекать сознание о нем. Как правильно, такое отношение не будет иметь места при более тяжелом последствии.

Гл. II. Проведение разницы между покушением и приготовлением в чехословацком уголовном праве

1. Проблематика проведения разницы между покушением и приготовлением обнимает два вопроса — как на основании общественной опасности деяния определить более точно покушение в отличие от приготовления. Другой вопрос связан с регулировкой наказуемости приготовлений в чехословацком кодексе. Законодатель предусмотрел приготовления, как наказуемые деяния, только в отдельных случаях и сделал так в недостаточной мере. Возможно ли некоторые дальнейшие приготовительные действия подвести под сравнительно широкое постановление о покушении? А если да, то как более точно определить эти действия?

2. В литературе решение первого вопроса усматривает основание для проведения разницы между покушением и приготовлением в различной степени их общественной опасности.

В вопросе о проведении разницы между покушением и приготовлением проблематической следует считать точку зрения типичных приготовительных действий, указанных в законе. Таковой следует считать и точку зрения Полачека о необходимой обороне. В вопросе о проведении разницы между покушением и приготовлением дальше всех пошел Выбирал, который считает решающим для покушения (по сравнению с приготовлением) непосредственное поставление объекта под угрозу. Во многих случаях покушение ставит объект непосредственно под угрозу. Но очень часто этого сказать нельзя. Одинаково не вполне удачно определяют дело точка зрения реальной возможности и точка зрения посяательства на объект.

Мы считаем, что различную степень общественной опасности покушения (по сравнению с приготовлением) выражает формулировка, согласно которой покушением является деятельность, которая *уже непосредственно направлена (должна была быть направлена) к причинению последствия признака состава преступления*. Эта формулировка выражает разную степень развития наказуемой деятельности у покушения. Она выражает — в отличие от всех существующих определений — то, что покушение направлено не только к последствию, состоящему в нарушении. Она дает возможность отнести к наказуемым и такую форму покушения, каковой является так наз. негодное покушение.

В отношении большинства случаев покушения возможно определить, когда именно мы имеем дело с действием, прямо направленным к послед-

ствию, в зависимости от того, насколько деятельность виновного *уже подпадает под состав преступления*. Однако не обязательно, чтобы действие виновного в покушении было, как это иногда утверждается, совершенно тождественно с действием, описанным в составе преступления.

В некоторых случаях необходимо прибегнуть к помощи других точек зрения. Так, мы должны, например, учесть, имеют ли действия виновного *уже прямое значение для причинения последствия*. В отношении покушения будет, далее, важной *временная связь между действиями и возможным последствием*. И, наконец, важной иногда будет *местная точка зрения*. Развитие наказуемой деятельности на месте, где должно настать последствие.

Ни одна из этих точек зрения сама по себе не определяет покушения на преступление. Каждая из них может это сделать только в связи с другими точками зрения.

Прямое значение действия для причинения последствия в смысле покушения будет иметь место в случае, когда виновный *преодолевают препятствие*, препятствующее окончанию преступления. С этим связано *использование средств для осуществления преступной цели*. И, наконец, *воздействие на материальный предмет посягательства*.

Временная точка зрения соблюдена, если виновный предпримет уже все, для того, чтобы объект мог быть затронут. Или если его действие уже направлено непосредственно к причинению последствия.

Местная точка зрения имеет сравнительно самое меньшее значение. О покушении может идти речь там, где виновный находится на месте, где должен причинить последствие.

3. В отношении решения второй задачи, в чехословацкой литературе преобладает мнение, что согласно постановлению § 5 УК о покушении возможно наказывать и некоторые особо опасные приготовления, которые не были предусмотрены законодателем в перечне наказуемых приготовительных действий.

Действующая регулировка наказуемости приготовлений действительно является недостаточной. Мы стоим за то, чтобы постановление § 5 УК было применено и в отношении тех исключительных случаев подготовительных действий, которые законодателем не были предусмотрены. Однако мы стоим за это по соображениям крайней необходимости. Безнаказанность невозможно было бы оправдать.

Такое широкое толкование понятия покушения связано прежде всего с опасностью чрезмерного напряжения уголовной репрессии. Препятствовать этому можно более точным определением круга преступлений, где может идти речь (у некоторых особо опасных приготовительных действий) о широком толковании § 5 УК. По нашему мнению можно было бы таким путем применить § 5 УК в отношении *преступлений против государства, особо опасных преступлений против личности, против социалистической собственности, против частной и личной собственности и в отношении военных преступлений*.

Мы должны предупредить, что такое применение постановления § 5 носит исключительный характер, что речь идет о том, чтобы наказывались приготовительные действия отдельного виновного, а не сообщества (которое в кодексе карается в особенной части прямо). Мы сознаем, что окончательное решение принесет изменение кодекса.

4. На основании соображений о проведении разницы между покушением и приготовлением мы предлагаем, чтобы постановление § 5 УК более

точно конкретизировало объективную сторону понятия покушения. Но это, конечно, предполагает и изменение (дополнение) правовой регуляции наказуемости приготовительных действий.

Предлагаем следующую формулировку:

„Действие, непосредственно направленное к окончанию преступления, совершенное виновным с намерением причинить указанный в законе результат, является покушением на преступление, если этот результат не наступил.

Покушением является и действие, которое должно было быть непосредственно направлено к окончанию преступления, если оно является также общественно-опасным.“

Далее мы рекомендуем *сохранить систему наказуемых приготовлений* — *sui generis* и дополнить определенно наказуемые приготовительные действия еще другими. Это отвечает линии перестройки чехословацкого уголовного законодательства в настоящее время лучше, чем общая наказуемость приготовлений.

Гл. III. К проблеме наказуемости так наз. негодного покушения

1. В литературе покушение иногда делится на годное и негодное. Это, конечно, неправильно. Каждое покушение в конце концов является негодным. Вопрос другой, должны ли мы обращать внимание на некоторые характерные особенности так наз. негодного покушения. Мы считаем, что это является обоснованным.

2. Чехословацкое уголовное право не регулирует особо наказуемость так наз. негодного покушения. Поэтому связанные с ним вопросы решаются на основании постановления § 5 УК о покушении на преступление.

О первой форме так наз. негодного покушения иногда говорится как о покушении на негодный объект. Это справедливо подвергается критике. Однако и термин покушение на нереальный объект вполне не выражает характера дела, поскольку под ним подразумеваем и наказуемое покушение. Наиболее правильным является термин покушение на негодный предмет посягательства.

Под эту форму подводятся случаи действий, направленных против первоначального индивидуального объекта, на самом деле не существовавшего.

Вопрос об ответственности за так наз. покушение на негодный предмет посягательства решается разным способом. Одна группа авторов оставляет без внимания проблему объекта у этого покушения. Эта группа приходит к решению, противоречащему общим принципам, на которых построена ответственность за покушение. Другие авторы стремятся разрешить проблему объекта и объяснить, из чего вытекает опасность для общественных отношений. Между этими авторами наиболее передовое положение занимает Солнарж. Он правильно говорит, что постановления особенной части ставят себе целью охранять весь комплекс общественных отношений одинакового рода, а не только единственное конкретное общественное отношение. Поэтому у так наз. покушения на негодный предмет посягательства не мешает, если отсутствует так наз. первоначальный индивидуальный объект. Это можно взять в качестве основания для решения данной проблемы. Однако нельзя согласиться с тем, что опасность для объекта вытекает из того, что граждане были обеспокоены деянием.

По нашему мнению совершитель покушения на негодный предмет посягательства предпринял бы наказуемую деятельность и против другого объекта. Только случайно он так не сделал. Из того обстоятельства, что мог быть затронут другой объект, мы можем сделать заключение, что *действия означали опасность для общественных отношений того же рода*. Здесь по существу положение такое же, как у обычного покушения. Виновный будет наказуемым. Поскольку была бы незначительная степень опасности для объекта, присовокупляется здесь то обстоятельство, что виновный может совершить новое посягательство на объект.

3. У так наз. покушения с негодными средствами виновный использовал для совершения преступления средства, которые по своим объективным свойствам не могли привести к окончанию деяния.

В науке эти покушения классифицируются в соответствии с разными точками зрения. Так, Кириченко исходит по существу из классификации так наз. покушения с негодными средствами на абсолютно и относительно негодный. Эта классификация является неправильной, так как некоторые относительно негодные покушения возможно включить и в другую группу и наоборот. Неправильной она является главным образом потому, что противоречит материальному пониманию преступления.

Эти классификации в лучшем случае являются только полезными в том отношении, что указывают, на какие случаи следует в особенности сосредоточить внимание. Таковыми являются случаи, когда кто-то заменил виновному годное средство негодным и, далее, покушение по невежеству и суеверности.

Необходимо проводить разницу между тем, когда причиной неокончания была случайность, или же такая особенность виновного, которая только ограничительно исключает его способность окончить преступление.

И далее, не заключается ли причина неокончания деяния в совершенной неспособности виновного совершить преступление. В первом случае налицо опасность для объекта. Необходимо ожидать, что виновный окончит деяние, на которое покушался, или предпримет новое посягательство на другой объект. Поэтому он будет наказан. В другом случае положение иное. Деяние не было окончено ввиду совершенной неспособности виновного. Опасности для объекта не было. Не угрожает и опасность нового реального посягательства. Поэтому виновный останется безнаказанным.

Гл. IV. Назначение наказания за покушение

1. Для того, чтобы наказание покушения могло выполнить задачи общего и специального предупреждения, необходимо, чтобы наказания, назначаемые за покушение соответствовали общественной опасности совершенного деяния. Это требование подчеркивает и сам закон в §§ 19, 5 УК.

2. При назначении наказания за покушение за основание берутся соответствующие рамки наказания за оконченное преступное деяние (покушение является наказуемым в такой же мере, как преступление само) и в их пределах назначается виновному наказание применительно к обстоятельствам конкретного случая (при назначении наказания принимаются во внимание обстоятельства и основания, ввиду которых указанный в законе результат не имел места, а также и то, насколько деяние приблизилось к этому результату).

Это означает, что покушение карается согласно рамок наказания за оконченное преступное деяние, а именно потому, что своим значением приближается к оконченному преступлению. Поскольку речь касается размера наказания за покушение, то может быть назначено более строгое наказание, чем за оконченное преступное деяние того же рода другого виновного, а именно ввиду, например, большого размера грозящего ущерба у покушения по сравнению с сравнительно небольшим причиненным ущербом у некоторого оконченного преступного деяния. Поскольку речь идет о размере наказания за покушение по сравнению с тем же преступным деянием, если бы оно было окончено, является правильным обязательное снижение наказания за покушение в пределах рамок наказания. Дело в том, что у покушения — в отличие от преступления оконченного — всегда отсутствует последствие, признак состава преступления.

3. § 5, ч. 2, УК подчеркивает два момента, имеющие влияние на назначение наказания за покушение:

1. обстоятельства и основания, ввиду которых указанный в законе результат не имел места;

2. в какой мере приблизилось деяние к этому результату.

Обстоятельства и основания первой группы бывают: а) объективные и б) субъективные. В зависимости от того, находятся ли или не находятся они помимо личности виновного.

Вопрос о том, насколько деяние приблизилось к указанному в законе результату, обнимает степень подготовленности преступного посягательства, характер деяния, осуществляющего преступное намерение и, наконец, значение и размер угрозы, вызванной покушением на преступление.

Поскольку речь идет о значении и влиянии этих обстоятельств при назначении наказания, важно уяснить себе взаимное отношение этих обстоятельств и, далее, какое из них в данном случае имеет решающее влияние. Отягчающими для виновного будут объективные обстоятельства, в его пользу будет влиять меньшая решимость и т. п.

В заключение несколько слов о снижении наказания согласно § 30 УК. Назначение наказания за особо опасные приготовления (ср. гл. II) не соответствовало бы их значению. Поэтому возможно в отношении этих деяний применить постановление § 30 УК о снижении наказания, но, конечно, поскольку налицо будут соответствующие условия. О снижении наказания может быть речь и в отношении так наз. негодного покушения, а именно ввиду меньшей степени угрозы объекту, которая является для него характерной.

Гл. 5. Добровольный отказ от окончания преступления (добровольное оставление покушения).

1. Институт добровольного отказа, также как институт наказуемого покушения, охраняет общественные отношения в нашем государстве. Но, конечно — в отличие от наказуемого покушения — препятствует только окончанию преступного деяния. При этом для достижения этой цели он пользуется обещанием безнаказанности в случае, если виновный добровольно откажется от окончания преступного деяния.

2. В науке подчеркиваются два момента безнаказанности при добровольном отказе от окончания преступления — отпадение опасности деяния для

общества и интерес законодателя в действенной охране общественных отношений. Этому противопоставляет Кузнецова понимание, которое исходит, так сказать, из самого понятия покушения на преступление.

Однако исходя из понятия покушения, невозможно объяснить безнаказанность виновного, добровольно отказавшегося от окончания преступления. Виновный предпринял посягательство на объект. Это означает, что налицо была вина. Объект преступления он поставил под угрозу, вызвал опасность последствий. Это значит, что деяние, предшествовавшее добровольному отказу, было покушением на преступление.

Гораздо более удачным является объяснение оснований безнаказанности при добровольном отказе, о котором мы говорили в вводной части. Однако и здесь мы встречаемся с некоторыми недостатками.

Единственно правильным толкованием является то, что *отпадает опасность деяния для общества*, а именно потому, что виновный отказался от окончания преступного деяния и изменил первоначальное решение окончить преступление. Но это не имеет общей силы. При так наз. квалифицированном покушении только *снижается опасность деяния для общества*. Отсутствие опасности деяния для общества дает возможность сдерживать обещание, данное виновному, а именно, что он будет безнаказанным, если откажется от окончания преступления.

3. Закон требует от виновного прежде всего исполнения *объективного условия* отказа от причинения указанного в законе результата. У неоконченного покушения отказ будет иметь принципиально пассивный характер. Более сложным является объективное условие у оконченного покушения. Большинство авторов в этом случае исключает возможность добровольного отказа. Это не обосновано. Виновный не окончил преступление, пользуется возможностью активно влиять на процесс, им вызванный, и предотвратить последствие. Однако добровольный отказ в отношении оконченного покушения будет гораздо более редким. И далее — он должен будет иметь активный характер. Многие авторы требуют от виновного, чтобы он также устранил изменения, вызванные его преступной деятельностью. Однако это не находит основания ни в законе, ни в смысле данного института. Далее, в качестве *субъективного условия* добровольного отказа от окончания преступления установлена добровольность. Добровольный отказ имеет место там, где виновный знает, что может окончить преступление и все-таки от окончания отказывается. Сознание о возможности окончить деяние нельзя смешивать с объективной возможностью окончить деяние.

Добровольность отказа будет исключена там, где виновный предполагает, что не может уже осуществить свое деяние и поэтому отказывается от его окончания. Это будет иметь место прежде всего там, где окончанию преступления воспрепятствовало *препятствие*.

Помимо препятствия добровольность отказа от окончания преступления исключает *опасение виновного, что преступление будет обнаружено*. Тут может иметь место опасение реальное или существующее только в представлении виновного.

Более сложным является этот вопрос там, где одновременно речь идет не о препятствии, препятствующем осуществлению деяния (в смысле физического препятствия). Некоторые авторы думают, что в данном случае определение добровольности на основе сознания возможности окончить деяние

окажется иногда недостаточным. Однако и психическое препятствие все-таки исключает сознание о возможности окончить деяние.

Опасение виновного, что деяние будет обнаружено, необходимо отличить от всеобщего опасения виновного, что за преступлением последует наказание. Это обстоятельство не исключает добровольности.

Сам факт, что имеется здесь препятствие или опасение об обнаружении, не исключает добровольности. Необходимо, чтобы эти обстоятельства оказали *решающее влияние* на решение виновного отказаться от окончания деяния. Конкретно, например, должно иметь место препятствие непреодолимое или только трудно преодолимое.

Решение виновного отказаться от окончания преступления должно иметь *постоянный и окончательный характер*. Но этот момент необходимо проверить, конечно, только в случае, когда в остальном были соблюдены условия отказа от окончания преступления.

Условие добровольности не соблюдено там, где виновный отказался *от повторения* покушения.

4. Добровольный отказ исключает наказуемость виновного за покушение на преступление. Однако не исключена ответственность за те деяния, которые дают состав преступления (так наз. квалифицированное покушение).

Ответственность за квалифицированное покушение в теории социалистического уголовного права не была надлежащим образом обоснована. Правильным объяснением является то, что у так наз. квалифицированного покушения полностью не отпала опасность деяния для общества.

5. К добровольному отказу приближается по своему характеру действительное раскаяние. Но имеются здесь и существенные различия. Действительное раскаяние возможно у гораздо меньшего круга преступлений. Другие различия заключаются в условиях обоих институтов — объективных и субъективных. Несмотря на это, оба института взаимно дополняются. Где уже невозможен добровольный отказ, там может иметь место (у некоторых преступных деяний) действительное раскаяние в форме исправления вредных последствий.

STUDIEN ÜBER DEN VERSUCH NACH TSCHECHOSLOWAKISCHEN STRAFRECHT

ZUSAMMENFASSUNG

Soll das Strafrecht seine Sendung mit Erfolg erfüllen, dann müssen notwendigerweise von der Theorie Merkmale festgelegt werden, welche die oder jene Art der Begehung der strafbaren Handlung kennzeichnen. Zu den Aufgaben der Theorie gehört somit auch die nähere Festlegung der Begriffserfordernisse des Versuches und die Lösung einzelner Fragen seiner Problematik.

Der Erfüllung dieser Aufgaben kommt gerade im tschechoslovakischen Recht eine besondere Bedeutung zu, denn mit dem Versuche beginnt grundsätzlich das Gebiet der Verantwortlichkeit.

Der Problematik des Versuches ist bisher bei uns nur wenig Aufmerksamkeit in einigen kleineren Schriften gewidmet worden.

Diese in fünf Hauptstücke aufgeteilte Abhandlung bearbeitet in der Form von Studien die Grundprobleme der Lehre von dem Versuche.

I. Hauptstück. Der Begriff des Versuches nach tschechoslovakischem Recht

1. Das tschechoslovakische Strafrecht hat gegen die Kriminalität in unserem Staate anzukämpfen. In Verfolgung dieses Interesses erfasst es vor allem das vollendete Delikt. Es geht jedoch noch weiter und belegt auch die unvollendete Tat, den Versuch, mit Strafe.

Von N. V. Ljass und I. V. Tischkewitsch wird die Aufgabe dieser Institution so dargelegt, als ob es sich eben nur um einen Kampf mit einer unentwickelten Form der strafbaren Tätigkeit handeln würde.

N. D. Durmanoff demgegenüber hebt hervor, dass die Bestimmungen über den Versuch gegen die Vollendung einer strafbaren Handlung gerichtet sind.

Die Institution des Versuches ist mit ihrer Schärfe unmittelbar gegen die unentwickelte Form der strafbaren Tätigkeit *gegen den Versuch* gerichtet. Wenn wir dies ableugnen würden, sähen wir nicht seine für die Gesellschaft gefährliche Natur. Der Versuch gefährdet das Objekt; dieser gefährlichen Einwirkung des Versuches muss vor allem entgegengetreten werden; bloss darauf kann jedoch die Aufgabe des Versuches nicht eingeschränkt werden. Durch die Strafandrohung für Versuch soll der Täter letzten Endes *von der Begehung der strafbaren Handlung* abgewendet werden. Die für den Versuch zu verhängende Strafe hindert den Täter an der Vollendung des Versuches oder an der Unternehmung eines neuen Angriffes gegen die Gesellschaftsbelange.

2. Das tschechoslovakische Strafgesetz knüpft die Verantwortlichkeit vor allem an die vollendete strafbare Handlung. Im Einklange damit sind die Tatbestände der strafbaren Handlungen formuliert. Eine Voraussetzung der Heranziehung zur Verantwortung ist die Erfüllung sämtlicher Merkmale der strafbaren Handlung.

Die im besonderen Teile des Strafgesetzes angeführten Tatbestände erwähnen den Versuch nicht. Diesbezüglich wird im Hinblick auf den

Versuch die Tragweite der Tatbestände des besonderen Teiles durch die Bestimmung über den Versuch ausgedehnt. Die Bestimmung des § 5 StG. bildet daher *die rechtliche Grundlage der Verantwortlichkeit für den Versuch*.

Eine Reihe von Verfassern konstruiert einen besonderen Tatbestand des Versuches, was nur geeignet ist, die vorliegende Frage zu verdunkeln, zumal hier der Ausdruck „Tatbestand“ in einem anderen als dem laufend gebrauchten Sinne benutzt wird. Auf diese Weise wird das Verhältnis des Versuches zum Tatbestand einer strafbaren Handlung entstellt.

Die Tatsache, dass die Bestimmung des § 5 StG. Grundlage der Verantwortlichkeit bildet, muss bei Beurteilung einzelner Fälle des Versuches im Auge gehalten werden. Dies wird bisweilen in der Praxis übersehen und kann zu unerwünschten praktischen Folgen, z. B. der Strafbemessung, führen.

3. Der Versuch gehört zu den allgemeinen Formen der strafbaren Handlung. Er weist viel Gemeinsames mit anderen Arten der Begehung strafbarer Handlungen auf. Gleichzeitig zeichnet sich der Versuch als *eine der Formen* der strafbaren Tätigkeit durch Züge aus, die eben nur ihn kennzeichnen und ihn von anderen Angriffen auf die Gesellschaftsbelange, von dem vollendeten Delikt, der Anstiftung, Beihilfe, unterscheiden. Bei der Abgrenzung des Begriffes des Versuches handelt es sich um diese Züge.

Der Versuch ist vor allem *durch den Mangel des im Gesetze angeführten Erfolges* gekennzeichnet. Es wird weiter *die Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft und das Verschulden in Form von Absicht* erfordert.

Als eine durch Mangel des im Gesetze angeführten Erfolges gekennzeichnete Handlung ist der Versuch vor allem um *die Folge* d. h. ein Merkmal des Tatbestandes, geschmälert. Mangel des Erfolges schliesst jedoch die für die Gesellschaft gefährliche Natur des Versuches nicht aus. Der Versuch ist nämlich für die Gesellschaft schon lediglich *kraft der „blossen“ Gefährdung des Objektes* gefährlich.

Der Versuch ist weiter noch durch den Mangel anderer Merkmale als des Erfolges gekennzeichnet. Über die nähere Bestimmung, welche Merkmale neben dem Erfolge beim Versuche fehlen können, herrscht keine Klarheit.

Im Hinblick auf das Objekt kann nicht gesagt werden, dass es fehlen könnte. Durch das Objekt wird die Natur der gegebenen Straftat und im Grunde die Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft bestimmt. Das Bestehen *des Objektes* ist daher eine Bedingung des Versuches.

Von dem im Gesetze angeführten Erfolge ist für den Versuch die im Tatbestande der Straftat beschriebene *Handlung* nicht notwendig.

Beim Versuche fehlt weiter *der Kausalzusammenhang* zwischen der Handlung und dem Erfolge, weil es zur Verursachung des Erfolges nicht gekommen ist.

Das letzte Merkmal bildet *das Subjekt* (das sog. spezielle Subjekt). Es ist in der Regel für den Versuch unerlässlich. Dem ist so, wo das Subjekt ein Element eines Gesellschaftsbelanges darstellt, der das Objekt einer gegebenen strafbaren Handlung bildet.

Als für die Gesellschaft gefährliche Handlung ist der Versuch dadurch gekennzeichnet, dass *er bereits die Gefahr des Erfolges, eines Tatbestandes zustande bringt*. Für den Versuch ergibt sich daraus, dass eine Handlung als Ursache der bereits besagten Gefährdung und ein durch das Gesetz geschützter Gesellschaftsbelang — ein Objekt jener Gefährdung — vorausgesetzt werden.

4. In subjektiver Hinsicht wird für den Versuch die Absicht erfordert. Logisch ist ein Versuch nicht anders möglich als in der Form einer Absicht. Im Wesen der Absicht liegt kein Unterschied zwischen dem Versuch und dem vollendeten Delikt.

Einige Autoren verfechten die Ansicht, dass der Versuch lediglich mit direktem Vorsatz begangen werden kann, was unrichtig ist. Im Hinblick auf den Vorsatz ist die Lage dieselbe, wie bei einem vollendeten Delikt. Bloss auf einen Zufall ist es zurückzuführen, dass es bei Versuch, allerdings bei Versuch mit Eventualvorsatz, geblieben ist.

Auf besondere Art ist das Problem des Verschuldens mit Beziehung zu besonders erschwerenden Umständen zu lösen. Auch bei dem Versuch ist es nach § 4 Abs. 2. StG. vorzugehen. Eine andere Frage ist, wie die besagte Bestimmung bei einem Versuche zur Geltung kommt. Um eine kombinierte Beziehung des Verschuldens wird es sich namentlich bei einer anderen Tatsache handeln, aus deren Natur sich Kenntnis derselben nicht ergeben wird. In der Regel wird es sich im Falle schwerwiegender Folgen um keine solche Beziehung handeln.

II. Hauptstück. Unterscheidung des Versuches von der Vorbereitungshandlung im tschechoslovakischen Strafrecht

1. Die Problematik der Unterscheidung des Versuches von der Vorbereitungshandlung schliesst zwei Fragen in sich: erstens, wie auf Grund der Gefährlichkeit einer Handlung für die Gesellschaft der Versuch von der Vorbereitungshandlung näher abzugrenzen ist, zweitens, die weitere Frage hängt mit der Regelung der Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen im tschechoslovakischen Strafgesetz zusammen. Der Gesetzgeber hat die Vorbereitungshandlung bloss in Einzelfällen erfasst. Er erfasste sie unzulänglich. Ist es möglich einige weitere Vorbereitungshandlungen unter die verhältnismässig weite Bestimmung über den Versuch zu subsumieren? Wenn ja, wie sind dann diese Handlungen näher zu bestimmen?

2. Bei Lösung der ersten Frage erblickt das Schrifttum den Scheidungsgrund zwischen dem Versuch und der Vorbereitungshandlung in dem verschiedenen Grade ihrer Gefährlichkeit für die Gesellschaft.

Als problematisch für die Abgrenzung des Versuches von der Vorbereitungshandlung ist das Kriterium typischer im Gesetze angeführter Vorbereitungshandlungen anzusehen; desgleichen auch das Poláček's Kriterium der Notwehr. Am weitesten in der Abgrenzung des Versuches und der Vorbereitungshandlung ist Vybrál gelangt, der für den Versuch (im Vergleich zur Vorbereitungshandlung) die unmittelbare Bedrohung des Objekts als ausschlaggebend ansieht. In manchen Fällen bedroht der Versuch unmittelbar das Objekt, mitunter kann das nicht gesagt

werden. Dasselbe trifft auch im Hinblick auf die Gesichtspunkte der realen Möglichkeit und des Angriffes auf das Objekt bei einem Versuch zu.

Nach unserem Dafürhalten drückt den abweichenden Grad der Gefährlichkeit eines Versuches für die Gesellschaft (im Vergleich zur Vorbereitungshandlung) zutreffend die Formulierung aus, wonach ein Versuch eine Tätigkeit darstellt *die auf das im Tatbestande einer strafbaren Handlung beschriebene Merkmal unmittelbar abzielt (abzielen sollte)*. Diese Formulierung drückt den unterschiedlichen Grad der Entwicklung der strafbaren Tätigkeit beim Versuche zutreffend aus. Sie drückt — zum Unterschiede von allen bisherigen Abgrenzungen — zutreffend aus, dass der Versuch allein nicht auf den Erfolg, d. h. auf die Beschädigung abzielt. Sie ermöglicht es, auch solche Form des Versuches zu erfassen, wie den sog. untauglichen Versuch.

In den meisten Fällen des Versuches kann bestimmt werden, wann es um eine unmittelbar auf den Erfolg abzielende Handlung geht, und zwar danach, ob die Tätigkeit des Deliquenten *schon unter den Tatbestand der strafbaren Handlung fällt*. Die Handlung des Täters muss jedoch nicht ganz identisch sein — wie man bisweilen behauptet — mit dem im Tatbestande beschriebenen Merkmale.

In einigen Fällen muss man weitere Gesichtspunkte heranziehen. Man wird beachten, ob der Handlung des Täters bereits *eine unmittelbare Bedeutung für die Verursachung eines Erfolges zukommt*. Bei dem Versuch ist weiter *der zeitliche Zusammenhang zwischen der Handlung und dem allfällige Erfolge* wichtig. Und endlich wird *der örtliche Gesichtspunkt* vom Belang sein, nämlich die Entfaltung einer strafbaren Handlung auf einem Orte, wo der Erfolg zustande kommen soll.

Keiner dieser Gesichtspunkte bestimmt den Versuch einer strafbaren Handlung für sich allein, sondern nur im Zusammenhang mit weiteren Gesichtspunkten.

Eine unmittelbare Bedeutung der auf Verursachung eines Erfolges im Sinne eines Versuches abzielenden Handlung liegt dann vor, wenn der Täter ein die Vollbringung der strafbaren Handlung hemmendes *Hindernis* zu überwinden hat, *Mittel* zur Verwirklichung des kriminellen Zieles *in Anwendung bringt* und endlich *wenn er auf das materielle Objekt des Angriffes einwirkt*.

Der zeitliche Gesichtspunkt erscheint erfüllt, wenn der Täter alles unternommen hat, damit das Objekt getroffen werden könne, oder wenn er seine Tätigkeit auf Herbeiführung eines Erfolges gerichtet hat.

Dem örtlichen Gesichtspunkt kommt die verhältnismässig geringste Bedeutung zu. Um einen Versuch kann es sich dort handeln, wo der Täter sich an dem Ort befindet, wo er den Erfolg herbeiführen soll.

3. Bei der Lösung der zweiten Frage ist in der tschechoslowakischen Literatur die Ansicht vorherrschend, dass gemäss der Bestimmung des § 5 StG. über den Versuch auch einige besonders gefährliche Vorbereitungshandlungen erfasst werden können, an die der Gesetzgeber in der Aufzählung der strafbaren Vorbereitungshandlungen nicht gedacht hat.

Die geltende Regelung der Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen erscheint wirklich unzulänglich. Wir sind dafür, dass die Bestimmung des § 5 StG. auf jene Ausnahmefälle der Vorbereitungshandlungen angewendet wird, die der Gesetzgeber nicht erfasst hat. Wir sind dafür

allerdings aus Gründen der äussersten Notwendigkeit. Straflosigkeit könnte nicht gerechtfertigt werden.

Eine so weite Auslegung des Begriffes des Versuches bringt vor allem eine Gefahr der Übertreibung der Strafrepression mit sich. Dem kann so entgegengetreten werden, dass wir den Umkreis der strafbaren Handlungen näher bestimmen, bei denen eine weite Auslegung des § 5 StG. (bei einigen besonders gefährlichen Vorbereitungshandlungen) in Betracht kommt. § 5 StG. könnte unserer Meinung nach auf diese Weise bei den strafbaren Handlungen gegen den Staat, bei besonders gefährlichen strafbaren Handlungen gegen die Person, gegen das sozialistische Eigentum, gegen das private und persönliche Eigentum und bei den Militärstraftaten in Anwendung gebracht werden.

Wir müssen auf den ausnahmsweisen Charakter dieser Anwendung der Bestimmung des § 5 StG. aufmerksam machen, namentlich darauf, dass es sich um Erfassung einer Vorbereitungshandlung des einzelnen Täters, und nicht um eine Verbindung (die im besonderen Teile des Gesetzes ausdrücklich erfasst ist) handelt. Wir sind uns dessen bewusst, dass eine definitive Lösung von einer künftigen Gesetzesänderung gebracht werden wird.

4. Auf Grund der Erwägungen über die Abgrenzung des Versuches gegen die Vorbereitungshandlung schlagen wir vor, dass durch die Bestimmung des § 5 StG. die objektive Seite des Versuches näher konkretisiert wird. Dies setzt allerdings eine Änderung (Ergänzung) der rechtlichen Regelung der Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen voraus.

Wir schlagen nachstehende Formulierung vor:

„Eine Handlung, die unmittelbar auf Vollbringung einer strafbaren Handlung abzielt, die der Täter in der Absicht einen im Gesetz angeführten Erfolg herbeizuführen begangen hat, ist Versuch einer strafbaren Handlung, falls dieser Erfolg unterbleibt.

Einen Versuch stellt auch eine Handlung dar, die auf die Vollbringung einer strafbaren, Handlung abzielen sollte, wenn sie auch für die Gesellschaft gefährlich ist.“

Wir empfehlen weiters, das System der strafbaren Vorbereitungshandlungen — der *Delikte sui generis* — aufrechtzuerhalten, und die erfassten Vorbereitungshandlungen durch weitere zu ergänzen. Dies entspricht besser der Linie des Umbaues der tschechoslowakischen Strafgesetzgebung unserer Zeit, als allgemeine Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen.

III. Hauptstück. Zum Probleme der Strafbarkeit des sog. untauglichen Versuches

1. Im Schrifttum pflegt der Versuch in tauglichen und untauglichen Versuch unterteilt zu werden, was unrichtig ist. Jeder Versuch ist letzten Endes untauglich. Eine andere Frage ist, ob wir einige charakteristische Züge des sog. Versuches an einem untauglichen Angriffsgegenstand und des Versuches mit untauglichen Mitteln beachten sollen. Wir nehmen an, dass dies begründet erscheint.

2. Das tschechoslowakische Strafrecht regelt nicht auf besondere Art

und Weise die Strafbarkeit des sog. untauglichen Versuches. Die damit zusammenhängenden Fragen werden deshalb auf Grund der Bestimmung des § 5 StG. über den Versuch einer Straftat zu lösen sein.

Bisweilen wird im Hinblick auf die erste Form des sog. untauglichen Versuches von Versuch an einem untauglichen Objekt gesprochen. Dies wird nicht ohne Grund einer Kritik unterzogen. Die Natur der Sache wird aber nicht einmal durch den Ausdruck Versuch an einem unreelen Objekt zutreffend ausgedrückt, soweit man darunter auch den strafbaren Versuch stellt. Die richtigste Bezeichnung ist, der Versuch an einem untauglichen Angriffsgegenstand.

In diese Form werden auch die gegen das primäre individuelle, wirklich nicht existierende Objekt gerichteten Handlungen einbezogen. Der Versuch an dem „fehlenden“ Objekt gehört nicht hierher.

Die Frage der Verantwortlichkeit für den sog. Versuch an einem untauglichen Objekt wird verschiedentlich gelöst. Ein Teil der Autoren erkennt das Problem des Objektes bei einem Versuch dieser Art. Er gelangt somit zu einer Lösung, die mit den allgemeinen Grundsätzen, auf denen die Verantwortlichkeit für den Versuch aufgebaut ist, im Widerspruch steht. Weitere Autoren befleissigen sich, sich mit dem Problem des Objektes auseinanderzusetzen und ins Klare zu setzen, worin eigentlich die Gefahr für Gesellschaftsbelange besteht. Am weitesten von diesem Autoren ist Solnař gelangt. Er sagt richtig, die Aufgabe der Bestimmungen des besonderen Teiles bestehe im Schutze des ganzen Komplexes der Gesellschaftsbelange, keineswegs aber bloss im Schutze eines einzigen konkreten Gesellschaftsbelanges. Dabei mache es bei dem sog. Versuche am untauglichen Angriffsobjekt nichts aus, wenn das sog. primäre individuelle Objekt fehle. — Dies kann als Grundlage zur Lösung des vorliegenden Problems herangezogen werden. Kein Beifall ist jedoch der Meinung zu zollen, dass sich die Gefahr für das Objekt daraus ergebe, dass die Bürger durch die Tat beunruhigt worden seien.

Nach unserem Dafürhalten verhält sich die Sache so, dass der Täter eines Versuches an einem untauglichen Angriffsobjekt die strafbare Tätigkeit auch gegen ein anderes Objekt unternommen hätte. Er hat dies nur dank einem Zufall nicht getan. Daraus, dass ein anderes Objekt hätte getroffen werden können, können wir den Schluss ziehen, dass *die Handlung eine Gefahr für die Gesellschaftsbelange bedeutet hat*. Es handelt sich hier um dieselbe Sachlage wie bei normalen Versuche. Der Täter wird straffällig sein. Soweit hier ein geringes Mass der Gefahr für das Objekt vorliegen sollte, tritt die Tatsache hinzu, dass der Täter einen neuen Angriff gegen das Objekt verüben kann.

3. Bei dem sog. Versuch mit untauglichen Mitteln hat der Täter zur Begehung einer strafbaren Handlung Mittel in Anwendung gebracht, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit nicht geeignet waren zur Vollbringung zu führen.

In der Lehre werden diese Versuche nach verschiedenen Gesichtspunkten klassifiziert. So klassifiziert z. B. Kiritschenko im grossen und ganzen den Versuch mit untauglichen Mitteln als absolut bzw. relativ untauglichen Versuch. Diese Klassifizierung erscheint ungenau, zumal einige relativ untaugliche Versuche auch in die zweite Kategorie eingereiht werden können und umgekehrt. Hauptsächlich ist sie aber unrichtig, weil sie mit

der materiellen Auffassung der strafbaren Handlung in Widerspruch steht.

Aus den verschiedenen Klassifizierungen ergibt sich höchstens der Vorteil, dass sie darauf deuten lassen, auf welche Fälle man sich besonders konzentrieren soll. Es handelt sich um Fälle, bei denen jemand dem Täter ein taugliches Mittel für ein untaugliches austauschte, weiters um Fälle, in denen es sich um aus Unwissenheit und Aberglauben begangene Versuche handelt.

Es ist zu unterscheiden, *ob der Grund der Nichtvollbringung in einem Zufall bzw. in einer solchen Eigenschaft des Täters liegt, die nur in beschränktem Masse seine Fähigkeit zur Vollendung einer strafbaren Handlung ausschliesst, und darüberhinaus, ob der Grund der Nichtvollbringung in einer absoluten Unfähigkeit des Täters zur Begehung einer strafbaren Handlung liegt.* — Im ersten Falle liegt eine Gefahr für das Objekt vor. Es ist dann zu erwarten, dass der Täter die versuchte Tat vollbringt oder einen neuen Angriff auf ein anderes Objekt unternimmt. Im zweiten Falle liegen die Dinge anders. — Es lag keine Gefahr für das Objekt vor und es besteht auch keine Gefahr eines reellen neuen Angriffes. Der Täter wird daher straflos sein.

IV. Hauptstück. Strafverhängung bei dem Versuch.

1. Soll die Erfassung des Versuches den Aufgaben der generellen und speziellen Vorbeugung Rechnung tragen, so erscheint es notwendig, dass die für einen Versuch verhängten Strafen dem Grade der Gefährlichkeit der strafbaren Handlung für die Gesellschaft entsprechen. Diese Forderung wird vom Gesetze in §§ 19, 5 StG. hervorgehoben.

Bei der Strafbemessung bei einem Versuch wird von dem betreffenden auf die vollendete Tat festgelegten Strafsatz — der Versuch ist so strafbar wie die strafbare Handlung selbst — ausgegangen; im Rahmen des Strafsatzes wird dem Täter die Strafe unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles bemessen (bei der Strafbemessung wird auf Umstände und Gründe, wegen welcher es zu dem im Gesetze angeführten Erfolge nicht gekommen ist, sowie darauf, wie weit sich die Handlung diesem Erfolge genähert hat, Bedacht genommen).

Das bedeutet, dass der Versuch gemäss dem auf die vollendete Tat festgelegten Satze geahndet wird und zwar deshalb, weil er sich mit der Wichtigkeit der vollendeten Tat nähert. Im Hinblick auf die Höhe der Strafe für einen Versuch kann eine strengere Strafe als für ein vollendetes Delikt derselben Gattung eines anderen Täters, dies z. B. mit Rücksicht auf den grossen Umfang des Schadens bei dem Versuch in Vergleich mit dem verhältnismässig geringen durch ein vollendetes Delikt verursachten Schaden, verhängt werden. Im Hinblick auf die Höhe der Strafe für einen Versuch in Vergleich mit demselben Delikt, falls dieses vollendet gewesen wäre, ist die obligatorische Strafherabsetzung im Falle eines Versuches im Rahmen des Satzes massgebend. Bei einem Versuch — zum Unterschiede von der vollendeten Straftat — fehlt eben immer der Erfolg, d. h. ein Merkmal des Tatbestandes.

3. § 5, Abs 2 StG. hebt zwei Momente hervor, die das Strafausmass für den Versuch beeinflussen:

1. Umstände und Gründe, wegen welcher es zu dem im Gesetze angeführten Erfolge nicht gekommen ist;

2. das Mass, in welchem sich die Handlung diesem Erfolge genähert hat.

Umstände und Gründe der ersteren Gruppe sind: a) objektive; b) subjektive, danach, ob sie ausserhalb oder innerhalb des Täters liegen.

Das Mass, in welchem sich die Handlung dem im Gesetze angeführten Erfolge genähert hat, schliesst den Grad der Bereitschaft zum kriminellen Angriff, die Natur der den kriminellen Vorsatz ausführenden Handlung und endlich die Bedeutung und den Umfang der durch den Versuch einer strafbaren Handlung hervorgerufenen Gefährdung, in sich.

Im Hinblick auf die Tragweite und Einwirkung dieser Umstände bei der Strafbemessung erscheint es wichtig, das gegenseitige Verhältnis dieser Umstände und die Tatsache, welchem von ihnen das entscheidende Gewicht beizumessen ist, ins Auge zu fassen. Den Täter werden objektive Umstände belasten, zu seinem Vorteil wird geringere Entschlossenheit gereichen.

Abschliessend ist über die Strafherabsetzung gemäss § 30 StG. zu sagen, dass die Strafverhängung für besonders gefährliche Vorbereitungshandlungen (vgl. Hauptst. II) ihrer Tragweite nicht entspricht. Es ist daher möglich, bei diesen Handlungen die Bestimmung des § 30 StG. über die Strafherabsetzung in Anwendung zu bringen, soweit allerdings die betreffenden Bedingungen erfüllt werden. Eine Strafherabsetzung stellen wir auch beim sog. untauglichen Versuche in Erwägung, und zwar mit Rücksicht auf den ihn kennzeichnenden niederen Grad der Gefährdung des Objektes.

V. Hauptstück. Freiwilliger Rücktritt von der Vollendung einer strafbaren Handlung

Die Institution des freiwilligen Rücktrittes bietet so wie die Institution des strafbaren Versuches den Gesellschaftsbelangen unseres Staates Schutz. Zum Unterschiede vom strafbaren Versuche hindert allerdings die erste bloss die Vollendung eines Deliktes. Dabei bedient sie sich behufs Erreichung dieses Zieles der Zusicherung der Straflosigkeit, falls der Täter freiwillig von der Vollendung des Deliktes Abstand nimmt.

2. In der Lehre werden zwei Momente der Straflosigkeit beim freiwilligen Rücktritte von der Vollendung einer strafbaren Handlung hervorgehoben, nämlich der Wegfall der Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft und das Interesse des Gesetzgebers an dem tatkräftigen Schutze der Gesellschaftsbelange. Im Gegensatz dazu hat Frau Kusnezowa die Auffassung vertreten, die sozusagen von dem Begriffe des Versuches einer strafbaren Handlung selbst ausgeht.

Indes durch den Begriff des Versuches kann die Straflosigkeit eines Täters, von der Vollbringung einer strafbaren Handlung freiwillig Abstand genommen hat, nicht geklärt werden. Der Täter hat einen Angriff auf das Objekt unternommen, was bedeutet, dass ein Verschulden vorlag. Er hat das Objekt der strafbaren Handlung in Gefahr versetzt, er hat die

Gefahr des Erfolges hervorgerufen. Das bedeutet, dass seine dem freiwilligen Rücktritt vorangehende Handlung den Versuch einer strafbaren Handlung darstellte.

Viel zutreffender klärt die Gründe der Strafflosigkeit bei dem freiwilligen Rücktritt die von uns eingangs besprochene Ansicht. Allein auch hier begegnen wir einigen Mängeln.

Einzig richtig ist die Auslegung, dass die *Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft in Wegfall kommt*, und zwar deshalb, weil der Täter von der Vollbringung des Deliktes Abstand genommen und den ursprünglichen Entschluss, die strafbare Handlung zu vollenden, geändert hat. Das gilt freilich nicht allgemein. Beim sog. qualifizierten Versuche bildet die *Minderung* der Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft einen Strafausschlussgrund für einen Täter, der von der Tat freiwillig Abstand genommen hat. Die mangelnde Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft ermöglicht die dem Delinquenten gegebene Zusage, er werde im Falle des Rücktrittes von der Vollendung der strafbaren Handlung straflos sein, einzuhalten.

3. Das Gesetz verlangt vom Täter vor allem die Einhaltung der *subjektiven Bedingung* des Rücktrittes von der Verursachung des im Gesetze angeführten Erfolges. Bei einem abgeschlossenen Versuche wird der Rücktritt einem grundsätzlich passiven Charakter haben. Komplizierter ist die objektive Bedingung bei einem abgeschlossenen Versuche. Ein grosser Teil der Autoren schliesst hier die Möglichkeit eines freiwilligen Rücktrittes aus. Das erscheint nicht begründet. Der Täter hat die strafbare Handlung nicht vollendet, er hatte Möglichkeit, in die von ihm hervorgerufenen Prozesse einzugreifen und den Erfolg abzuwenden. Ein freiwilliger Rücktritt von einem abgeschlossenen Versuche wird viel seltener vorkommen, und darüberhinaus einen aktiven Charakter aufweisen müssen. Mehrere Autoren verlangen, dass der Täter die Änderungen beseitigt, die er durch seine strafbare Tätigkeit hervorgerufen hat. Das findet jedoch keine Stütze im Gesetze, und zwar nicht einmal im Sinne der gegebenen Institution.

Weiter ist als *subjektive Bedingung* des freiwilligen Rücktrittes von der Vollendung einer strafbaren Handlung die *Freiwilligkeit* festgesetzt. Um einen freiwilligen Rücktritt handelt es sich dort, *wo der Täter weiss, dass er imstande ist, die strafbare Handlung zu vollenden und wo er dessenungeachtet von der Vollendung Abstand nimmt*. Das Wissen von der Möglichkeit der Vollendung der Tat kann mit der objektiven Möglichkeit der Vollendung der Tat nicht verwechselt werden.

Die Freiwilligkeit des Rücktrittes ist dort ausgeschlossen, wo der Täter meint, er könne seine Tat nicht mehr vollenden, weswegen er von ihrer Vollendung Abstand nimmt. Dem ist so vor allem dort, wo der Vollendung der strafbaren Handlung *ein Hindernis in den Weg kam*.

Ausser dem Hindernisse ist die Freiwilligkeit des Rücktrittes von der Vollendung einer strafbaren Handlung durch die *Befürchtung des Täters vor der Entdeckung der strafbaren Handlung* ausgeschlossen. Es kann sich um eine reelle oder um eine bloss in der Vorstellungskraft des Täters existierende Befürchtung handeln. Verwickelter ist diese Frage dort, wo es sich nicht gleichzeitig um ein die Vollbringung der Tat hemmendes Hindernis (im Sinne eines physischen Hindernisses) handelt. Einige Auto-

ren meinen, dass wir hier mit der Abgrenzung der Freiwilligkeit auf Grund des Wissens von der Möglichkeit der Vollendung der Tat nicht auskommen. Allein die psychische Hemmung schliesst doch das Wissen von der Möglichkeit der Vollendung der Tat aus.

Die Befürchtung des Täters vor der Entdeckung ist von der allgemeinen Befürchtung des Täters, dass auf die strafbare Handlung eine Strafe folgt, zu unterscheiden. Dieser Umstand schliesst die Freiwilligkeit nicht aus.

Die Tatsache allein, dass ein Hindernis oder eine Befürchtung vor der Entdeckung vorliegt, schliesst die Freiwilligkeit nicht aus. Es ist notwendig, dass diese Umstände auf eine *entscheidende Art* den Entschluss des Täters von der Vollendung der Tat Abstand zu nehmen, beeinflussen. Konkret muss es sich um ein unüberwindbares oder schwer überwindbares Hindernis handeln.

Der Entschluss des Täters, von der Vollendung der strafbaren Handlung Abstand zu nehmen, muss einen *dauernden und endgültigen Charakter* aufweisen. Dieses Moment ist allerdings nur dann zu prüfen, wenn sonst die Bedingungen der Abstandnahme von der Vollendung einer strafbaren Handlung erfüllt sind.

Die Bedingung der Freiwilligkeit ist dort nicht erfüllt, wo der Täter von der *Wiederholung des Versuches* Abstand genommen hat.

4. Der freiwillige Rücktritt schliesst die Straffälligkeit des Täters für einen Versuch aus. Indessen ist die Verantwortlichkeit für die Handlungen nicht ausgeschlossen, die an und für sich den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen (der sog. qualifizierte Versuch.).

Die Verantwortung für einen qualifizierten Versuch wurde in der Theorie des sozialistischen Rechts nicht gebührend begründet. Eine richtige Klarstellung geht dahin, dass beim sog. qualifizierten Versuch die Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft nicht ganz weggefallen ist.

5. Dem freiwilligen Rücktritte steht kraft ihrer Natur die tätige Reue nahe. Allein es bestehen hier wesentliche Unterschiede. Die tätige Reue ist bei einem viel geringeren Umkreise von strafbaren Handlungen möglich. Weitere Unterschiede liegen in den Bedingungen, beider Institutionen und zwar in objektiven und subjektiven Bedingungen abgesehen davon, dass sich beide Institute ergänzen. Wo ein freiwilliger Rücktritt nicht mehr möglich ist, kommt (bei einigen Delikten) die tätige Reue in der Form der Behebung der schadhaften Folgen, vor allem beim Versuche, im grössten Umfange jedoch bei der vollendeten strafbaren Handlung vor.

OBSAH

Úvod	3—5
Kapitola I.: Pojem pokusu v čs. trestním právu	6—22
1. Úvod	6—7
2. Ustanovení § 5 tr. zákona jako základ odpovědnosti za pokus	7—12
3. Pojem pokusu v čs. trestním právu — nebezpečnost jednání pro společnost a nedostatek výsledku uvedeného v zákoně	12—19
4. Subjektivní stránka pokusu trestného činu	19—22
Kapitola II.: Odlišení pokusu a přípravného jednání v čs. trestním právu	23—47
1. Úvod	23
2. Odlišení pokusu a přípravného jednání	23—38
3. Odlišení pokusu a přípravného jednání a problém zvlášť nebezpečných pří- pravných jednání	38—43
4. Úvahy de lege ferenda	43—47
Kapitola III.: K problému tzv. nezpůsobilého pokusu	48—67
1. Úvod	48—49
2. Tzv. pokus na nezpůsobilém předmětu útoku	49—61
3. Tzv. pokus nezpůsobilými prostředky	61—67
Kapitola IV.: Ukládání trestu za pokus	68—76
1. Úvod	68
2. Obecné zásady	68—71
3. Okolnosti důležité pro vyměření trestu za pokus	71—76
Kapitola V.: Dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu	77—101
1. Úvod	77
2. Důvody beztrestnosti při dobrovolném upuštění od dokonání trestného činu	77—81
3. Podmínky beztrestnosti pachatele při dobrovolném upuštění od dokonání trestného činu	82—96
4. Právní účinky dobrovolného upuštění od dokonání trestného činu	96—99
5. Dobrovolné upuštění od dokonání trestného činu a účinná lítost	99—103
Резюме	104—112
Zusammenfassung	113—122