

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Jana Nečadová

**Nezpůsobilá příprava a nezpůsobilý pokus
trestného činu**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Jaromír Hořák, Ph.D.

Katedra trestního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 25. 3. 2018

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 303 011 znaků včetně mezer.

.....

Jana Nečadová

V Praze dne 25. 3. 2018

Především bych chtěla poděkovat svému vedoucímu JUDr. Jaromíru Hořákovi, Ph.D., za vstřícný přístup, trpělivost a odborné připomínky a rady při psaní práce. Dále bych chtěla poděkovat své rodině za pomoc s jazykovou korekturou práce a podporu během celého studia. Konečně bych chtěla poděkovat také své kamarádce Báře, která mi (nejen během psaní práce) pomohla a poradila vždy, když jsem si s něčím nevěděla rady.

Obsah

Úvod	1
1. Základy trestní odpovědnosti.....	1
2. Vývojová stadia trestného činu.....	2
3. Nezpůsobilý pokus, nezpůsobilá příprava a omyl	3
4. Cíl a obsah práce.....	5
1. Teorie nezpůsobilého pokusu	10
1.1 Objektivní teorie	11
1.1.1 Feuerbach a počátky objektivních teorií o pokusu	12
1.1.2 Klasická teorie objektivní	13
1.1.3 Starší teorie objektivní.....	13
1.1.4 Teorie nedostatku vnější stránky skutkové podstaty	17
1.1.5 Fingerova teorie ontologického a nomologického vědění.....	18
1.2 Subjektivní teorie.....	19
1.2.1 Buriho pojetí subjektivní teorie	20
1.2.2 Čistě subjektivní teorie	20
1.2.3 Teorie o dolu ex re.....	21
1.2.4 Subjektivní teorie a pověrečný pokus.....	21
1.3 Smíšené teorie.....	23
1.3.1 Lisztova teorie nebezpečnosti.....	23
1.3.2 Kohlerova teorie o plánu pachatele	25
1.3.3 Rálišova teorie syntetického nebezpečí.....	26
1.3.4 Teorie pachatele.....	27
1.3.5 Teorie účinku.....	27
2. Nezpůsobilá příprava a nezpůsobilý pokus - obecné vymezení	29
2.1 Historický exkurs.....	29
2.1.1 Zákon č. 117/1852 r. z., o zločinech, přečinech a přestupcích.....	29
2.1.2 Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového z roku 1926 a osnovy trestního zákona z roku 1937.....	31
2.1.3 Zákon č. 86/1950 Sb., trestní zákon	32
2.1.4 Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon	34
2.2 Pojem nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy	35
2.2.1 Pojem nezpůsobilého pokusu	35
2.2.2 Pojem nezpůsobilé přípravy	37
2.2.2.1 Vymezení nezpůsobilé přípravy	37
2.2.2.2 Nezpůsobilá příprava a zvláštní formy přípravy	38
2.3 Některé obecné otázky.....	40

2.3.1 Způsobilý a nezpůsobilý pokus a způsobilá a nezpůsobilá příprava	40
2.3.2 Zavinění a omyl pachatele	42
2.3.3 Nezpůsobilý pokus a nezpůsobilá příprava a putativní delikt	45
2.3.4 Ukončený a neukončený pokus	45
2.3.5 Trestné činy, u nichž jsou pokus a příprava vyloučeny	46
3. Druhy nezpůsobilé přípravy a pokusu podle současné nauky	49
3.1 Příprava/pokus nezpůsobilými prostředky	50
3.2 Příprava/pokus na nezpůsobilém předmětu útoku	54
3.3 Příprava/pokus nezpůsobilým subjektem	62
3.4 Kombinace	67
3.5 Absolutní a relativní nezpůsobilost a ontologický a nomologický omyl	68
3.6 Faktická a právní nezpůsobilost	72
4. Judikatura	73
4.1 Usnesení sp. zn. 8 Tdo 1171/2014 (publikováno jako č. 42/2015 Sb. rozh. tr.)	74
4.2 Usnesení sp. zn. 7 Tdo 708/2014	76
4.3 Rozsudek sp. zn. 3 To 20/1990 (publikováno jako č. 12/1991 Sb. rozh. tr.)	77
4.4 Usnesení sp. zn. 3 Tdo 367/2012, 3 Tdo 1353/2012, 3 Tdo 999/2013, 3 Tdo 1243/2014	79
4.5 Rozsudek sp. zn. 2 To 54/2011	81
5. Trestnost a trestání nezpůsobilého pokusu a přípravy	83
5.1 Objektivní a subjektivní teorie	83
5.1.1 Obecné otázky trestnosti a trestání pokusu a přípravy a varianty zákonných úprav	83
5.1.1.1 Trestnost přípravy a pokusu	84
5.1.1.2 Míra trestání přípravy a pokusu	86
5.1.2 Ustoupení od pokusu/přípravy a beztrestnost pachatele	87
5.1.2.1 Objektivní teorie	87
5.1.2.2 Subjektivní teorie	88
5.2 Zánik trestnosti, mimořádné snížení trestu a upuštění od potrestání	89
5.2.2 Zásady ukládání trestů u přípravy a pokusu	89
5.2.2.1 Míra přiblížení se k dokonání	90
5.2.2.2 Okolnosti, proč k dokonání nedošlo	91
5.2.1 Zánik trestnosti přípravy a pokusu	92
5.2.2 Mimořádné snížení trestu	95
5.2.3 Upuštění od potrestání	96
5.3 Některé zahraniční úpravy nezpůsobilého pokusu	99
5.3.1 Velká Británie	99

5.3.2 Spojené státy americké	100
5.3.3 Rakousko	100
5.3.4 Polsko	101
Závěr a úvahy de lege ferenda.....	102
1. Pojem a povaha nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy.....	102
2. Druhy nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy	103
3. Objektivní a subjektivní teorie nezpůsobilého pokusu.....	104
4. Současná právní úprava a úvahy de lege ferenda	107
Seznam použitých zdrojů	112
1. Seznam použité literatury	112
Monografie, učebnice, komentáře apod.	112
Odborné články, příspěvky ve sbornících	114
2. Seznam použitých internetových zdrojů.....	116
3. Seznam použitých právních předpisů	116
4. Seznam použité judikatury	117
Rozhodnutí Nejvyššího soudu	117
Ostatní rozhodnutí	118
5. Seznam ostatních zdrojů.....	118
Nezpůsobilá příprava a nezpůsobilý pokus trestného činu.....	120
Abstrakt	120
Klíčová slova:	120
The Unfit Preparation and Attempt of Criminal Offence	121
Abstract.....	121
Key words:.....	121

Úvod

„Málokteré otázky trestního práva bylo věnováno v trestněprávní vědě tolik místa jako instituci pokusu a otázky, které s ní souvisejí. Zdálo by se proto, že problémy, které se v ní vyskytují, byly natolik vyjasněny, že se již muselo dospět k bezpečným závěrům o nich. Ale není tomu tak. Celá otázka je obestřena jakýmsi závojem nerozřešitelnosti. Snad právě proto stále znovu a znovu láká.“¹

1. Základy trestní odpovědnosti

Základem trestní odpovědnosti je trestný čin, u mladistvých nazývaný proviněním.² Trestní zákoník definuje v § 13 odst. 1 trestný čin jako takový protiprávní čin, který je trestním zákonem³ označen za trestný a který vykazuje v trestním zákoně uvedené znaky (protiprávnost, výslovně stanovená trestnost a znaky uvedené v zákoně), jež musí být splněny kumulativně. Ustanovení § 13 odst. 2 pak stanoví zavinění jako nutnou podmínku trestní odpovědnosti za trestný čin (zásada odpovědnosti za zavinění), a to v první řadě zavinění úmyslné (zásada odpovědnosti za úmysl).

Výše popsaná definice zakotvuje v českém trestním právu tzv. formální pojetí trestného činu jako protiklad materiálního pojetí (resp. formálně-materiálního pojetí), které bylo na našem území uplatňováno přes půl století. Podle čistě materiálního pojetí je trestným činem takové jednání, které pachatel zavinil a které je pro společnost nebezpečné, podle jeho modifikované podoby (materiálně-formální pojetí) pak takové jednání, které naplňuje znaky uvedené v zákoně (formální znaky) a je pro společnost nebezpečné (materiální znaky). Formální pojetí naproti tomu vyžaduje pouze naplnění formálních znaků - trestný čin je definován jako jednání, které naplňuje znaky uvedené v zákoně. Aby nedocházelo k absurdním případům trestání jednání, které vykazuje mizivou společenskou nebezpečnost, je v současnosti formální pojetí trestného činu doplněno a omezeno dvěma materiálními korektivy trestního bezpráví - hmotněprávní zásadou subsidiarity trestní represe a procesněprávní zásadou oportunitity.⁴ První zmíněná zásada

¹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin*. V Praze: Nákladem Právnického knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1947. Sbíрка právních pojednání. předmluva - s. 2

² podle zákona č. 218/2003 Sb., o odpovědnosti mládeže za protiprávní činy a o soudnictví ve věcech mládeže a o změně některých zákonů (zákon o soudnictví ve věcech mládeže) - dále jen „ZSVM“

³ Podle výkladového ustanovení § 110 tento pojem zahrnuje kromě trestního zákoníku také zákon o soudnictví ve věcech mládeže a zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.

⁴ JELÍNEK, Jiří, Katarína TEJNSKÁ, Jana TLAPÁK NAVRÁTILOVÁ, Vladimír PELC, Jiří ŘÍHA a Vojtěch STEJSKAL. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017. Student. ISBN 978-80-7502-236-3. s. 129-134

je vyjádřena v § 12 odst. 2, který uvádí, že „*trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu*“.

2. Vývojová stadia trestného činu

Podle § 111 se však trestným činem rozumí, nevyplývá-li z ustanovení trestního zákona něco jiného, vedle dokonaného trestného činu také příprava k trestnému činu a pokus trestného činu a dále organizátorství, návod a pomoc. V těchto případech sice nedochází k naplnění všech znaků skutkové podstaty trestného činu, z hlediska ochrany společenských vztahů je však žádoucí, aby i tato jednání byla trestním právem reflektována a trestána obdobně jako trestné činy, u nichž k naplnění všech potřebných znaků došlo. Pomocí těchto institutů tak trestní zákoník vlastně rozšiřuje dosah jednotlivých skutkových podstat, někteří autoři hovoří přímo o „přesahování skutkové podstaty“⁵.

Přípravu, pokus a dokonaný trestný čin nazýváme souhrnně vývojovými stadii trestného činu. Jedná se o jednotlivé typické fáze v procesu uskutečňování úmyslu pachatele spáchat trestný čin. Tento proces popisuje Poláček jako „*kausální řetěz, který se skládá z řady jednotlivých článků*“, přičemž „*jeden článek je podmínkou dalšího článku jako následku: pachatelův čin působí na prostředky, tyto zase na předmět, na němž má nastat zamýšlený výsledek*.“⁶ Mimo výše uvedenou trojici (tripartici vývojových stadií) bychom k fázím páchaní trestného činu mohli počítat také pojetí a projev myšlenky spáchat trestný čin a rovněž jednání navazující na trestný čin. Podle toho, jaký mají tyto jednotlivé fáze trestněprávní význam, rozlišují někteří autoři vývojová stadia trestného činu v širším smyslu (*largo sensu*) a v užším smyslu (*stricto sensu*). Mezi vývojová stadia *largo sensu* řadí zpravidla všechny výše uvedené fáze, mezi vývojová stadia *stricto sensu* pak pouze přípravu, pokus a dokonaný trestný čin, tedy takové fáze jednání pachatele, které trestní zákoník označuje za trestné.

Z charakteristiky jednotlivých vývojových stadií vyplývá jejich různá závažnost, resp. škodlivost - nejzávažnějším je dokonaný trestný čin, méně závažným pak pokus a nejméně závažným příprava. Platí, že závažnější vývojové stadium v sobě zahrnuje ta méně závažná - příprava je obsažena v pokusu a pokus i příprava jsou zahrnuty v dokonaném trestném činu. Pachateli bude přičítáno pouze stadium nejbližší dokonání - spáchá-li dokonaný trestný čin,

⁵ SOLNAŘ, Vladimír, Jaroslav FENYK a Dagmar CÍSAŘOVÁ. *Základy trestní odpovědnosti: podstatně přepracované a doplněné vydání*. Praha: Orac, 2003. Systém českého trestního práva. ISBN 80-86199-74-6. s. 331

⁶ POLÁČEK, František. Pokus a vina. *Právník*. 1943, **82** (7), s. 200-213. ISSN 0231-6625. s. 201

nebude postižen za jeho pokus a přípravu. Mezi jednotlivými vývojovými stadii je tedy poměr subsidiarity, který v rámci jednoho trestného činu vylučuje jejich souběh.⁷

Dokonaný trestný čin představuje nejzávažnější vývojové stadium trestného činu - na rozdíl od přípravy a pokusu, které jsou v něm obsaženy (tj. konzumují se), zde dochází k úplnému naplnění všech znaků skutkové podstaty, tedy i ke způsobení požadovaného následku ve formě porušení či ohrožení objektu trestného činu. V případě, že jeden z požadovaných znaků chybí (v tomto směru jsou jednotlivé znaky navzájem rovnocenné), nemůžeme hovořit o dokonaném trestném činu, ale nanejvýše o jeho pokusu. Pro pokus je zejména typické, že nedojde ke způsobení následku, který je popsán ve skutkové podstatě trestného činu, a tedy ani k plnému rozvinutí příčinné souvislosti.⁸ Zatímco u pokusu⁹ již pachatel zpravidla počal naplňovat skutkovou podstatu trestného činu, příprava¹⁰ představuje vzdálenější vývojové stadium trestného činu, které navíc nemusí směřovat pouze k trestnému činu pachatele, ale rovněž k trestnému činu další osoby.

Nauka rozlišuje (na rozdíl od trestního zákoníku) několik druhů pokusu. Jedná se především o pokus ukončený a neukončený (podle toho, zdali pachatel již učinil vše, co bylo podle jeho představy nezbytné k dokonání trestného činu), dále o pokus kvalifikovaný a pokus kvalifikované skutkové podstaty a konečně také o pokus způsobilý a nezpůsobilý (podle toho, zdali mohl takový pokus vést za daných okolností k dokonání).

3. Nezpůsobilý pokus, nezpůsobilá příprava a omyl

Nezpůsobilý pokus a nezpůsobilá příprava představují specifické druhy pokusu a přípravy, které nemohou z nějakého důvodu již od počátku vést k dokonání - jednání pachatele tedy v tomto případě není způsobilé naplnit skutkovou podstatu trestného činu a způsobit předvídaný následek. Od způsobilé přípravy a způsobilého pokusu je odlišuje zejména přítomnost omylu pachatele ohledně některých okolností trestného činu.

⁷ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 280

⁸ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnosť pokusu: štúdia o základných otázkach náuky o pokuse*. Bratislava: nákladom Právnickej fakulty slovenskej univerzity v Bratislavě, 1939. Knižnica Právnickej fakulty slovenskej univerzity v Bratislavě. Nový rad. s. 25

⁹ V § 21 je pokus definován jako jednání, které bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu, jehož se pachatel dopustil v úmyslu trestný čin spáchat, za předpokladu, že nedošlo k dokonání.

¹⁰ V § 20 je příprava definována jako jednání, které záleží v úmyslném vytváření podmínek pro spáchání zvláště závažného zločinu, u něž zákon trestnost přípravy výslovně stanoví, za předpokladu, že nedošlo k dokonání nebo k pokusu trestného činu.

Budeme-li ovšem omyl chápat v nejširším slova smyslu, můžeme říci, že je přítomen u každého pokusu a u každé přípravy trestného činu - jelikož zavinění pachatele směřuje k dokonání trestného činu, k němuž však nedojde, mýlí se vlastně pachatel v kauzálním průběhu svého jednání (představuje si, že trestný čin bude dokonán, ačkoliv k tomu z nějakých důvodů nedojde). V současné době však omyl chápeme úžeji. Omyl ve významu trestního práva bývá vymezen jako nesoulad mezi vnější a vnitřní stránkou pachatelova jednání, tedy jako situace, kdy se skutečnost neshoduje s pachatelovou představou o ní. O omyl trestněprávně relevantní se pak jedná tehdy, vztahuje-li se omyl na některou z okolností, kterou je možné chápat jako znak skutkové podstaty trestného činu.¹¹ K výše uvedené neshodě mezi skutečností a pachatelovou představou mohlo dojít buď z důvodu, že si pachatel nějakou skutečnost vůbec neuvědomoval, nebo proto, že o ní měl nesprávnou představu - omyl se tedy dotýká složky vědění subjektivní stránky trestného činu, která pochopitelně ovlivní i složku volní.¹² Zároveň však omyl (v tomto případě omyl skutkový) souvisí i s objektivní stránkou trestného činu - pachatel se mýlí v objektivních skutečnostech a v důsledku tohoto omylu nemůže dojít k naplnění objektivní stránky skutkové podstaty trestného činu.

Další rozdíl mezi způsobilým a nezpůsobilým pokusem představuje absence některého ze znaků skutkové podstaty (kromě následku a příčinné souvislosti, jež schází u všech pokusů), přičemž „znak skutkové podstaty“ chápeme opět v širším slova smyslu - zpravidla se jedná o prostředek způsobilý zasáhnout objekt trestného činu požadovaným způsobem, o předmět vlastností vyžadovaných skutkovou podstatou nebo o speciální/konkrétní subjekt¹³. Tato konstrukce, která zároveň zahrnuje přípravu a pokus a zároveň se jí i vymyká, s sebou přináší mnoho problémů a otázek, týkajících se trestnosti a trestání nezpůsobilých příprav a pokusů (jaké nezpůsobilé pokusy trestat, jak je trestat a proč je trestat), ale i obecného vymezení pojmu nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy (tj. kdy můžeme hovořit o způsobilém pokusu, a kdy o pokusu nezpůsobilém).

¹¹ Pojem „znaky skutkové podstaty“ zde přitom chápeme v širším slova smyslu - nejen jako pojmové znaky skutkové podstaty, ale rovněž jako vlastnosti, které trestný čin podle této skutkové podstaty musí nutně vykazovat, např. u trestného činu vraždy podle § 140 je tímto znakem prostředek, způsobilý přivodit smrt. - EYSSELT, Eduard. O vztahu mezi trestněprávním omylem a pokusem o trestný čin. *Právník*. 1945, **84** (10), 325-336. ISSN 0231-6625s. 326, 329

¹² STOČESOVÁ, Simona. *Omyl v českém a zahraničním trestním právu*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013. ISBN 978-80-7380-418-3. s. 45

¹³ O konkrétním subjektu hovoříme tehdy, vyžaduje-li skutková podstata zvláštní vlastnost pachatele (př. matka novorozeného dítěte), speciální subjekt je pak nositelem zvláštního postavení či způsobilosti (př. voják, úřední osoba). Jako právě zvláštní delikty nazýváme takové trestné činy, u nichž je konkrétní/ speciální subjekt znakem základní skutkové podstaty. Naproti tomu u nepravých zvláštních deliktů je konkrétní/speciální subjekt pouze okolností podmiňující použití vyšší trestní sazby.

Třebaže se problematikou nezpůsobilého pokusu především v minulosti zabývala řada publikací a byla opakovaně diskutována v odborných časopisech (např. v časopise *Právník*), nebyly výše zmíněné problémy jednotně a uspokojivě vyřešeny ani v nauce a judikatuře, ani v pozitivním právu, což platí i pro nynější zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.¹⁴ V současnosti je problém nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy v naší nauce poněkud upozaděn, příliš se mu nevěnují ani učebnice, ani odborné články (výjimku představují především články Pavla Kučery v časopisech *Trestní právo* a *Trestněprávní revue*). Šířeji je o něm pojednáváno pouze „sekundárně“ v publikacích a člancích soustředících se na omyl v trestním právu. Toto je jedním z důvodů, proč jsem se rozhodla tématem zabývat ve své diplomové práci - jsem přesvědčena, že si otázky související s nezpůsobilým pokusem a nezpůsobilou přípravou i nyní zasluhují pozornost, jaká jim byla věnována v dřívějších dobách, již z toho důvodu, že k nezpůsobilým pokusům a nezpůsobilým přípravám dochází v praxi nepochybně stejně často jako v minulosti.

4. Cíl a obsah práce

Cílem práce je podat celistvý výklad o nezpůsobilém pokusu a nezpůsobilé přípravě ve všech souvislostech, v právních předpisech, v nauce i v judikatuře, upozornit na minulé i současné problémy a pokusit se nalézt řešení těch „nejpalčivějších“, které byly predestřeny výše. Jelikož se jedná o komplexní problematiku, věnuje se práce i některým obecným otázkám přípravy a pokusu a rovněž omylu v trestním právu, který u nezpůsobilých pokusů a příprav ovlivňuje subjektivní stránku trestného činu. Značný prostor je rovněž věnován subjektivní a objektivní teorii (resp. teoriím), jež prezentují dva protipóly nazírání na přípravu a pokus trestného činu, a které významně ovlivnily nauku o nezpůsobilém pokusu. Vzhledem k absenci soudobé literatury, zabývajících se nezpůsobilým pokusem a nezpůsobilou přípravou, jsem při psaní práce vycházela především ze starších publikací, neocenitelnými pomocníky byly zejména práce Eduarda Eysselta, Antonína Ráliša a Jiřího Nezkusila, z novodobých zdrojů pak již výše zmíněné odborné články Pavla Kučery.

První část práce představuje jednotlivé teorie zabývající se nezpůsobilým pokusem. Tyto teorie se především snaží odpovědět na otázku, mohou-li být chybějící objektivní podmínky (znaky skutkové podstaty trestného činu) nahrazeny pachatelovou představou o nich, a je-li tedy možné považovat za pokus i takové jednání, které by objektivně nemohlo vést k dokonání. Střetávají se zde dva hlavní názorové proudy - teorie objektivismu (objektivní teorie) a teorie

¹⁴ Dále jen „trestní zákoník“. Bude-li níže citováno ustanovení právního předpisu, platí, pokud nebude uvedeno jinak, že se jedná o tento zákon.

subjektivismu (subjektivní teorie). Výše zmíněné teorie prezentují odlišné názory nejen na povahu nezpůsobilého pokusu a přípravy, ale také na různé další otázky související s přípravou a pokusem trestného činu, např. otázku rozhraničení přípravy a pokusu a problematiku trestnosti a trestání.¹⁵

Úvodní pasáže této části práce podávají obecný výklad o objektivních a subjektivních teoriích, o jejich základních zásadách a principech a rozlišení beztrestné přípravy od trestného pokusu. Kapitoly 1.1-1.2 se pak zabývají jednotlivými objektivními, subjektivními a smíšenými teoriemi nezpůsobilého pokusu, např. starší a klasickou teorií objektivní, teorií nedostatku vnější skutkové podstaty (kapitola 1.1), čistou subjektivní teorií a teorií *o dolu ex re* (kapitola 1.2) a teorií nebezpečnosti, teorií plánu pachatele a teorií syntetického nebezpečí (1.3). Jednotlivé teorie jsou stručně vysvětleny, jsou podány příklady jejich aplikace v praxi a je rovněž upozorněno na jejich největší slabiny. V rámci výkladu o subjektivních kategoriích je zařazena také pasáž o tzv. pověrecném pokusu inspirovaná článkem, v němž Eysselt odůvodňuje trestnost tohoto pokusu z hlediska subjektivismu (podle objektivismu by byl takovýto pokus ve většině případů beztrestný).

Druhá část práce pojednává obecně o nezpůsobilém pokusu a nezpůsobilé přípravě a tvoří ji celkem tři kapitoly. Kapitola 2.1 podává stručný přehled pojetí přípravy a pokusu, včetně pokusu nezpůsobilého, v naší historii, a to jak v zákonných úpravách (zákon č. 117/1852 r. z., o zločinech, přečinech a přestupcích¹⁶, zákon č. 86/1950 Sb., trestní zákon¹⁷, zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon¹⁸) včetně osnov trestního zákona z doby první republiky (přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového z roku 1926 a osnovy trestního zákona z roku 1937), tak v nauce a judikatuře tehdejších nejvyšších soudů. Zákonné definice pokusu a přípravy jsou doplněny o většinový přístup teorie - jelikož nezpůsobilý pokus nebyl zpravidla příliš podrobně upraven (pokud byl vůbec upraven), trestnost či beztrestnost jednotlivých typů určovaly právě teorie a praxe.

Kapitola 2.2 se zabývá pojmem nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy v současné nauce - je sestavena vhodná definice nezpůsobilého pokusu a přípravy, která podle mého názoru koresponduje s ostatními ustanoveními trestního zákona, a následuje úvaha o jednotlivých formách nezpůsobilé přípravy (nezpůsobilá příprava formou opatřování a přizpůsobování nástro-

¹⁵ KUČERA, Pavel. Objektivní teorie, subjektivní teorie a pokus trestného činu - 1. část. *Trestněprávní revue*. 2009, 8(1), 1-9. ISSN 1213-5313. s. 3

¹⁶ dále také jen „zákon z roku 1852“ nebo „trestní zákon z roku 1852“

¹⁷ dále také jen „zákon z roku 1950“ nebo „trestní zákon z roku 1950“

¹⁸ dále také jen „zákon z roku 1961“ nebo „trestní zákon z roku 1961“

jů a prostředků, nezpůsobilá příprava spáchaná jednotlivými formami účastenství a nezpůsobilá příprava formou spolčení a sročení).

Poslední kapitola 2.3 rozebírá některé obecné otázky související s konstrukcí a vymezením nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy, například problematiku zavinění, omylu pachatele nebo vztahu mezi způsobilým a nezpůsobilým pokusem; prostor je rovněž věnován nezpůsobilému pokusu a nezpůsobilé přípravě u trestných činů, u nichž jsou nezpůsobilý pokus a nezpůsobilá příprava vyloučeny, věnují se také ukončenému a neukončenému nezpůsobilému pokusu a rozlišení mezi nezpůsobilým pokusem a putativním deliktem (tento pojem totiž býval částí nauky užíván pro označení určitých druhů nezpůsobilého pokusu).

Třetí část práce se věnuje jednotlivým tradičně rozlišovaným typům nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy. Nezpůsobilý pokus a nezpůsobilou přípravu můžeme dělit - po vzoru objektivistů - podle několika hledisek. Především můžeme rozeznávat absolutně a relativně nezpůsobilou přípravu a pokus (kapitola 3.5)¹⁹. Dále rozlišujeme přípravu a pokus nezpůsobilými prostředky (kapitola 3.1), přípravu a pokus na nezpůsobilém předmětu útoku (kapitola 3.2) a přípravu a pokus nezpůsobilým subjektem (kapitola 3.3). Nezpůsobilou přípravu a pokus můžeme rovněž dělit podle toho, jednal-li pachatel v ontologickém nebo nomologickém omylu (kapitola 3.5).²⁰

U každého z těchto druhů je nejprve představena definice z odborné literatury a následně jsou vysvětleny jednotlivé problematické otázky, jež se s jednotlivými typy pojí, především otázka vymezení jednotlivých pojmů a jejich odlišení od příbuzných institutů (např. pojmu prostředku a předmětu jako fakultativního znaku skutkové podstaty). U pokusu/přípravy na nezpůsobilém předmětu a u pokusu/přípravy nezpůsobilým subjektem, jejichž trestnost byla v nauce vždy spornější než trestnost pokusů/příprav nezpůsobilými prostředky, jsou podány základní argumenty pro a proti jejich trestnosti. Ke všem výše zmíněným druhům je nabídnuto množství příkladů uváděných v nauce i judikatuře, pokusy/přípravy nezpůsobilými prostředky a pokusy/přípravy na nezpůsobilém předmětu jsou také rozděleny do několika kategorií podle jejich povahy a/nebo trestnosti. Kapitola věnovaná absolutně a relativně nezpůsobilému pokusu, absolutně a relativně nezpůsobilé přípravě a ontologickému a nomologickému omylu v jistém

¹⁹ V nynější nauce však už toto dělení není příliš přijímané, důvodová zpráva se však o absolutně a relativně nezpůsobilém pokusu a přípravě zmiňuje (pro promítnutí tohoto rozdělení do zákona by se však podle ní „zřejmě nenašla uspokojivá forma“). - *Důvodová zpráva k vládnímu návrhu trestního zákoníku*. Sněmovní tisk 410/0, Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky 2006–2010. [online]. Praha. [cit. 2017-12-12]. s. 203-204. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=410&CT1=0>

²⁰ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 134, obdobně KRATOCHVÍL, Vladimír. *Kurs trestního práva: trestní právo hmotné: obecná část*. Praha: C.H. Beck, 2009. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-042-3. s. 289

smyslu vychází z kapitol předešlých, jelikož pracuje s již vysvětlenými pojmy a rovněž odkazuje na předešlé části práce, v nichž byl zejména ve výkladu k jednotlivým teoriím věnován absolutní a relativní nezpůsobilosti značný prostor (zatímco ontologický a nomologický omyl byly definovány ve 3. části práce). Tato kapitola podává současný pohled na toto rozlišování a vysvětluje důsledky absolutní/relativní nezpůsobilosti a ontologického/ nomologického omylu pro trestnost nezpůsobilého pokusu/nezpůsobilé přípravy.

V kapitole 3.4 jsou pak uvedeny příklady kombinací jednotlivých druhů nezpůsobilých pokusů (pro složitost rozlišování absolutní a relativní nezpůsobilosti je tato kategorie vynechána) - pokusu nezpůsobilými prostředky na nezpůsobilém předmětu, pokusu nezpůsobilými prostředky nezpůsobilým subjektem, pokusu nezpůsobilým subjektem na nezpůsobilém předmětu a pokusu nezpůsobilého subjektu nezpůsobilým prostředkem na nezpůsobilém předmětu. V poslední kapitole této části práce (kapitola 3.6) je pro kontrast zahrnut také krátký výklad o nezpůsobilosti faktické (*factual impossibility*) a právní (*legal impossibility*), které jsou rozlišovány zejména v anglosaském právu.

Čtvrtá část práce je rozdělena na 5 kapitol, které představují konkrétní soudní rozhodnutí, zabývající se jednotlivými druhy nezpůsobilých pokusů a příprav. Z osmi vybraných rozhodnutí (k pokusu na nezpůsobilém předmětu je vybrán případ, v němž Nejvyšší soud rozhodoval hned čtyřikrát) se v šesti případech jedná o rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky, v jednom případě o rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenské republiky (ještě z dob společného státu) a v jednom případě o rozhodnutí Vrchního soudu v Praze. Dvě z těchto rozhodnutí byla publikována ve *Sbírce rozhodnutí trestních*, rozhodnutí Vrchního soudu v Praze pak v časopise *Trestněprávní revue*. Šest vybraných rozhodnutí se týká nezpůsobilého pokusu, dvě pak nezpůsobilé přípravy (případ, který by se zabýval přípravou nezpůsobilým subjektem, se mi bohužel nepodařilo nalézt).

Závěrečná pátá část práce pojednává o trestnosti a trestání přípravy a pokusu se zvláštním zaměřením na trestnost a trestání nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy. V úvodní kapitole 5.1 je popsán pohled objektivní a subjektivní teorie na trestání přípravy a pokusu (včetně trestání nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu) a na ustoupení od pokusu/přípravy. U prvního bodu jsou pak rovněž uvedeny jednotlivé varianty zákonných úprav podle toho, jaké pokusy/přípravy (a jaké nezpůsobilé pokusy/přípravy) považují za trestné a jak je trestají, přičemž následně jsou do těchto kategorií zařazeny zákonné úpravy od vzniku Československa.

Kapitola 5.2 nejprve předkládá základní zásady ukládání trestů za přípravu a pokus a následně se postupně věnuje zániku trestnosti přípravy a pokusu, mimořádnému snížení trestu u přípravy a pokusu a upuštění od potrestání pachatele nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu. Tato kapitola rovněž podává kritické zhodnocení možnosti použití těchto institutů v praxi a upozorňuje na některé nedostatky současné právní úpravy, které by se mohly objevit při jejich aplikaci na nezpůsobilé pokusy a přípravy. Podrobně rozebrán je zejména institut upuštění od potrestání, jehož vztah s ostatními ustanoveními, jejichž použití by v případě nezpůsobilého pokusu nebo nezpůsobilé přípravy mohlo přijít v úvahu (především s § 58 odst. 5 upravujícím mimořádné upuštění od potrestání a § 12 odst. 2 zakotvujícím zásadu subsidiarity trestní represe), není v současné době zcela vyjasněn.

Poslední kapitola 5.3 nabízí pro srovnání a případně také pro inspiraci stručný přehled několika zahraničních úprav nezpůsobilého pokusu - úpravy britské (Criminal Attempts Code), americké (Model Penal Code²¹), rakouské (Strafgesetzbuch) a polské (Kodeks karny). Toto srovnání je zařazeno do této části práce mj. i z důvodu, že v pozitivním právu je obvykle podrobněji upravena otázka trestání a trestnosti nezpůsobilého pokusu, zatímco podrobnější vymezení pojmu samotného je ponecháno na nauce.

²¹ Vzorový trestní zákoník, který má sloužit jako předloha pro tvorbu zákonů jednotlivých federálních států.

1. Teorie nezpůsobilého pokusu

Objektivní teorie klade důraz na objektivní/vnější stránku trestného činu, trestní odpovědnost pachatele odvíjí od pachatelova jednání a jím způsobeného následku. Pojem „nebezpečnost“ se pojí s jednáním pachatele, tedy projevem jeho vůle navenek.²² Ve své extrémní podobě tato teorie zcela ignoruje subjektivní stránku trestného činu, zajímá ji pouze, došlo-li k následku. V modifikované podobě staví objektivní teorie na odpovědnosti za zaviněný následek.²³ Aby bylo podle této teorie jednání pachatele trestněprávně relevantní, musí již představovat konkrétní nebezpečí pro trestním právem chráněné zájmy. Důvodem trestnosti přípravy a pokusu je nebezpečnost pachatelova jednání, trest by pak měl odrážet stupeň této nebezpečnosti.²⁴ Podle toho, co považují za podmínku trestnosti, se v rámci objektivistických teorií vydělují dvě hlavní skupiny - teorie formálně objektivní a teorie materiálně objektivní. Zatímco formálně objektivní teorie vyžaduje, aby pachatel započal s naplňováním skutkové podstaty trestného činu (tzv. „počátek provádění“), materiálně objektivní teorie považuje za dostatečně nebezpečné takové jednání, které bezprostředně směřuje ke spáchání trestného činu (tzv. „jednání prováděcí“²⁵).

Jak napovídá její název, ve středu zájmu subjektivní teorie stojí subjektivní stránka trestného činu a subjekt trestného činu. Na rozdíl od objektivní teorie hovoří subjektivní teorie o nebezpečném pachateli a jeho „zločinné vůli“. Dovedli-li bychom její závěry do extrému, jednalo by se o trestní odpovědnost čistě za vinu (zavinění), která by nezávisela na tom, jak/zda se pachatelův úmysl projevil v jeho jednání. V mírnější, obecně přijímané podobě subjektivní teorie vnější okolnosti činu zcela nepomíjí, přisuzuje jim však toliko podřadnou úlohu - zpravidla slouží jen jako nástroj či návod pro hodnocení nebezpečnosti pachatele.²⁶ Nebezpečnost pachatele se může někdy krýt s velikostí jeho viny (s jeho zaviněním), většinou však bude ovlivňována i dalšími okolnostmi činu, které nejsou součástí skutkové podstaty (např. osobností pachatele, okolnostmi a způsobem provedení činu). Vina je ovšem v každém případě důvodem trestnosti přípravného a pokusného jednání, nebezpečnost pachatele pak mírou trestnosti.²⁷ Stejně jako u objektivních teorií můžeme i v rámci subjektivních teorií rozeznat dva názorové

²² SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 318

²³ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 1...* s. 2

²⁴ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 1...* s. 3

²⁵ Tamtéž, obdobně také RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 105

²⁶ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 1...* s. 3, obdobně také EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 34

²⁷ SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 319; EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 15, 42

proudy, a to tzv. čistě subjektivní teorii a teorii o *dolu ex re*.²⁸ Podle první teorie k trestnosti stačí, jsou-li absentující objektivní prvky nahrazeny představou pachatele o nich, druhá teorie pak vyžaduje dostatečně vážný úmysl pachatele spáchat trestný čin.²⁹

Na pomezí mezi subjektivními a objektivními teoriemi stojí teorie smíšené (nazývané také „individuálně objektivní“ nebo „subjektivně-objektivní“). Tyto teorie staví na dvou prvcích - objektivním a subjektivním prvku. Objektivní prvek představuje bezprostřednost pachatelova jednání, subjektivní prvek úmysl pachatele. Není vyžadováno, aby jednání pachatele bylo způsobilé vyvolat následek, stačí, když je pachatel o této způsobilosti přesvědčen. Jak plyne ze zákonné definice pokusu v ustanovení § 21, je právě tato teorie nejbližší současnému pojetí pokusu, byť zákonné vymezení pokusu se kloní spíše k teorii objektivní (rozlišování pokusu a přípravy je typické právě pro objektivismus, podle subjektivismu budou zpravidla veškerá přípravná jednání hodnocena jako trestný pokus).³⁰ Trestní zákoník jako celek je však se svou zásadou odpovědnosti za zavinění a obecnou trestností všech pokusů formulován spíše v duchu subjektivismu.

Protikladná povaha objektivní a subjektivní teorie nejvíce vynikne právě v řešení problematiky nezpůsobilého pokusu - jedná se patrně o nejvyostřenější spor mezi oběma teoriemi.³¹ Protože na obou stranách, stejně jako na poli teorie smíšené, lze nalézt velké množství směrů, podrobný rozbor všech teorií by nebyl prakticky možný. Tato část práce proto podá výklad jen o nejvýznamnějších objektivistických, subjektivistických a smíšených teoriích, které zmiňují ve svých pracích Eysselt, Ráliš a Kučera.

1.1 Objektivní teorie

V rámci objektivních teorií nalezneme mnoho různých proudů, které se vzájemně prolínaly a vycházely jeden z druhého. Jejich společným znakem byl důraz na pachatelovo jednání a posuzování nebezpečnosti nezpůsobilých pokusů podle vnějších okolností. S důrazem na objektivní stránku činu souvisely i objektivistické snahy rozhraničení a vymezení jednotlivých typů nezpůsobilých pokusů na relativně a absolutně nezpůsobilé pokusy, pokusy nezpůsobilými prostředky, pokusy na nezpůsobilém předmětu, případně i pokusy nezpůsobilým pachatelem. Ačkoliv tyto pojmy používá většina objektivistických teorií, jejich chápání nebývá vždy stejné - velmi se odlišuje zejména pojetí absolutní a relativní nezpůsobilosti.

²⁸ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 36

²⁹ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie a pokus trestného činu I...* s. 3

³⁰ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie I...* s. 4-5

³¹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 102

Mezi jednotlivými objektivními teoriemi můžeme rozlišit dva základní přístupy. První představuje starší teorie objektivní, která vyšla z klasické teorie objektivní a Feuerbachových myšlenek, druhý pak teorie nedostatku vnější stránky skutkové podstaty, která v určitých případech popírá i samotný pojem pokusu. Fingerova teorie stojí trochu stranou těchto dvou „proudů“, i ona však měla mnohé zastánce a ve své době i významný vliv na rakouskou i československou jurisdikci.³²

1.1.1 Feuerbach a počátky objektivních teorií o pokusu

Feuerbach, který je nazýván zakladatelem novodobé nauky o pokusu,³³ nejprve zastával spíše subjektivistický názor, avšak později přešel k objektivismu (především kvůli přesvědčení, že tzv. „pověrečné pokusy“ by měly být beztrestné - více o pověrečných pokusech ve výkladu k subjektivní teorii).³⁴ Na pokus trestného činu byla podle jeho pojetí obecně kladena stejná kritéria jako na dokonáný trestný čin, tedy i u pokusu musela být dána příčinná souvislost mezi jednáním pachatele a následkem. Podle Feuerbacha mohl být pokus trestným pouze tehdy, „pokud je samotný čin ve své vnější povaze kauzálně spojen se zamýšleným zločinem, pokud je objektivně nebezpečný.“³⁵ Tento názor pokládá Ráliš za nesprávný, zejména z důvodu, že absenci příčinné souvislosti považuje za jeden ze znaků pokusu. Z výše uvedeného je zřejmé, že tato teorie nezpůsobilý pokus absolutně odmítá, resp. dalo by se říci, že vlastně popírá jakýkoliv pokus, což byl jeden z důvodů, proč byla tato teorie podrobena silné kritice. Podle Ráliše je však možné, že v průběhu let došlo k dezinterpretaci Feuerbachovy teorie, která měla ve skutečnosti pojednávat o „kausální způsobilosti“, nikoliv o příčinné souvislosti.³⁶ Podobný názor zastává i Delaquis. Feuerbach podle jeho mínění neměl na mysli konkrétní, avšak pouze potenciální příčinnou souvislost, resp. způsobilost, čemuž nasvědčuje i užívání pojmu „objektivní nebezpečí.“³⁷

³² EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 123

³³ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 73

³⁴ EYSSELT, Eduard. K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů. *Právník*. 1943, **82** (7), 97-102, 140-147. ISSN 0231-6625. s. 98

³⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Fünfte verbesserte Auflage. Giessen: Druck und Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1812. s. 43, překlad převzat z EYSSELT, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 98

³⁶ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 74-75

³⁷ DELAQUIS, Ernst. *Der untaugliche Versuch: Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung*. Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1904. Abhandlungen des kriminalistischen Seminars and der Universität Berlin, 3. s. 63-67

1.1.2 Klasická teorie objektivní

Klasická teorie objektivní, která vycházela z Feuerbachových myšlenek, představuje základy nauky o nezpůsobilém pokusu. Její autor Mittermaier je pak nazýván tím, kdo „vnesl“ problém nezpůsobilého pokusu do německé nauky.³⁸ Trestnost pokusu Mittermaier, na rozdíl od Feuerbacha, vztahuje na způsobilost pachatelova jednání vést k dokonání. Skutečnou kausální souvislost nahradila kausální možnost. Trestné by mělo být takové jednání, které se „normálnímu úsudku jeví způsobilým“, byť v konkrétním případě nevedlo k výsledku. Beztrestným pak má být jednání, které se již od počátku jeví nezpůsobilým.³⁹ Postupně začal Mittermaier odlišovat nezpůsobilost prostředků, kterými mělo být dosaženo následku, a nezpůsobilost objektu (v dnešním pojetí předmětu), na kterém měl být trestný čin spáchán. Nezpůsobilost objektu (předmětu) v Mittermaierově pojetí vždy vedla k nezpůsobilosti (beztrestnosti) pokusu, zatímco u prostředků rozlišoval prostředky, které nikdy nemohly způsobit žádaný následek (absolutně nezpůsobilé prostředky), a prostředky, jejichž nezpůsobilost byla způsobena jen „nahodilým shlukem konkrétních okolností“ (relativně nezpůsobilé prostředky).⁴⁰

1.1.3 Starší teorie objektivní

Starší teorie objektivní (nebo také objektivní teorie francouzského typu⁴¹), která se formulovala v první polovině 19. století v Německu z klasické teorie objektivní⁴², stavěla na Mittermaierových myšlenkách a ještě je dále rozvinula. Začala rozlišovat (ovšem nikoliv od samotného počátku) nejen absolutně a relativně nezpůsobilé prostředky, ale rovněž absolutně a relativně nezpůsobilý předmět, přičemž absolutní nezpůsobilost vedla k beztrestnosti a relativní nezpůsobilost naopak k trestnosti. Rozhodnou byla, stejně jako u teorie předešlé, skutečnost, jestli je pachatelovo jednání způsobilé vést k dokonání.

Tato teorie nepracuje s pojmem skutečného objektivního nebezpečí, pouze s možností takového nebezpečí, resp. se způsobilostí takové nebezpečí způsobit. Podle této teorie tedy nebude trestný absolutně nezpůsobilý pokus, protože není objektivně nebezpečný - nikdy by totiž nemohl vést k dokonání. Pokus relativně nezpůsobilý naproti tomu trestný bude, jelikož za jiných okolností by k dokonání vést mohl. Klíčem k určení trestnosti pokusu je tzv. abstraktní nebezpečnost. Jednotlivé případy jsou posuzovány dodatečně *ex post*, bez ohledu na konkrétní okolnosti v době činu. Posuzuje se, zdali jednání druhu, jakého bylo předmětné jednání, jsou

³⁸ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 76

³⁹ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 75

⁴⁰ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 76

⁴¹ EYSEL, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 112

⁴² KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie I...* s. 6

všeobecně způsobilá vést ke způsobení následku. V přiznání beztrestnosti absolutně nezpůsobilých pokusů se tato teorie odvolávala na pojem „počátek provádění“ - pokud něco nelze dokonat, nelze to ani začít provádět, takové jednání tedy nemůže být pokusem.⁴³

Beztrestný bude podle této teorie například pachatel, který v úmyslu usmrtit svou oběť stiskne spoušť zbraně, kterou zapomněl nabít, stejně jako pachatel, který střílí nabitou zbraní na osobu, o níž se domnívá, že spí, ačkoliv je ve skutečnosti již mrtvá. Starší teorie objektivní vychází, zjednodušeně řečeno, z předpokladu, že v době činu byl předmět útoku či prostředek (absolutně) nezpůsobilý, pro trestnost pokusu musí být jeho způsobilost (resp. relativní způsobilost) *ex post* bezpečně prokázána.⁴⁴ Tato teorie však má mnohé nedostatky, na něž upozorňovali např. Eysselt či Ráliš - Problematická byla zejména otázka abstraktního posuzování nebezpečnosti nezpůsobilých prostředků (A) a otázka nezpůsobilých předmětů (B).

A) Podívejme se nejprve na problém nezpůsobilosti prostředků. Ráliš zmiňuje ve své práci již výše zmíněný případ střelné zbraně.⁴⁵ Bude-li pachatel na svou oběť střílet nabitou zbraní a jeho úmysl se mu nezdaří pouze proto, že mine, bude tento pokus z hlediska starší objektivní teorie relativně nezpůsobilý, a tedy trestný. Naproti tomu pokud bude pachatel střílet z nenabité zbraně, bude se jednat o pokus absolutně nezpůsobilý, jelikož nenabitou zbraní není za žádných okolností možné někoho zastřelit. Řešení těchto dvou hraničních případů se zdá poměrně logické, problémy však nastanou, když se podíváme ještě na jeden příklad. Bude-li zbraň, kterou bude chtít pachatel vystřelit na svou oběť, nabitá, avšak uvnitř zrezivělá, takže nebude schopná střelby, bude se podle této teorie podobně jako v prvním případě jednat o relativně nezpůsobilý pokus. Nezpůsobilost zde bude dána, podobně jako v případě pachatele, který minul, pouze konkrétní okolností - pachatel, který by lépe mířil, by se trefil, a zbraň, která by byla vyčištěna, by vystřelila. Lepší míření a vyčištění zbraně je z pohledu této teorie právně nevýznamnou, pouhou situační změnou. Právně relevantní změnou je naopak nabití nenabité pušky. Tedy, zatímco „nevyčištění“ zbraně z ní činí (za předpokladu, že bude nabitá) pouze relativně nezpůsobilý prostředek (pokus usmrcení takovouto zbraní bude trestný), nabití ji činí absolutně nezpůsobilou (pachatel bude beztrestný). Jak je z tohoto příkladu patrné, otázka určení relativní a absolutní nezpůsobilosti (a tedy i trestnosti) v pojetí této teorie je dosti nejasná, jelikož

⁴³ EYSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 112-113

⁴⁴ EYSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 122

⁴⁵ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 76

není stanoveno, jaká změna prostředku je již právně relevantní a kdy se jedná pouze o změnu situační.⁴⁶

Obdobný problém představovalo i množství užitého prostředku či hodnocení vzdálenosti. V prvním případě, např. v otázce množství jedu, bylo příliš malé množství považováno za relativní nezpůsobilost (jed byl stále jedem, změna množství se netýkala jeho právní podstaty), ovšem pokud byl jed užit v mizivém množství, jednalo by se o pokus absolutně nezpůsobilý. Obdobně v otázce vzdálenosti - pokud by se pachatel nepodařilo zastřelit svou obětí, protože jeho revolver by střílel jenom na určitou vzdálenost a tato oběť by se nacházela několik metrů z dosahu, jednalo by se o relativní nezpůsobilost. Pokud by ale pachatel střílel např. na vzdálenost několika kilometrů, tedy na vzdálenost, která dostřel jeho zbraně mnohonásobně převyšovala, byl by případ posuzován jako absolutně nezpůsobilý pokus. Stejná situační změna (změna množství nebo změna vzdálenosti) tedy mohla být v jednom případě právně relevantní a v druhém nikoliv.⁴⁷ Postupem času nakonec teorie právě i pro výše popsané problémy přestala absolutně a relativně nezpůsobilé prostředky rozlišovat.⁴⁸

B) Co se týče předmětu útoku, byl zde vývoj v jistém smyslu opačný než u prostředků. Nauka zpočátku nerozlišovala mezi absolutně a relativně nezpůsobilým předmětem a teprve postupem času začala tyto rozdíly zohledňovat. Stejně jako v případě prostředků byla i zde s absolutní nezpůsobilostí spojena beztrestnost a s relativní nezpůsobilostí trestnost. Za absolutně nezpůsobilé byly považovány takové předměty, které buď vůbec neexistovaly (např. člověk, kterého chtěl pachatel usmrtit, byl již mrtvý), nebo sice existovaly, avšak se nenacházely v předmětné době na místě útoku (např. pachatel ve tmě bodl do prázdné postele, přičemž jeho zamýšlená oběť ležela hned vedle).

Takovéto rozlišování, třebaže důsledné, bylo silně kritizováno. S posouzením některých výše uvedených situací jako beztrestných nesouhlasili (mj. v důsledku konkrétních soudních případů) ani někteří objektivisté, kteří se proto snažili v rámci této teorie vytvořit konstrukce, které by jejich trestnost umožňovaly. Jednalo se např. o tzv. *nauku o rozšířeném místě útoku* - podle této teorie měla být za místo útoku považována kromě místa, kde se objekt skutečně nacházel, také místa, která se nacházela v „účinnostním okruhu útoku“.⁴⁹ Trestně odpovědným by tedy byl i pachatel, který bodl do prázdné postele, pokud jeho zamýšlená oběť ležela ve stejné

⁴⁶ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 76-78

⁴⁷ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 78

⁴⁸ EYSEL, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 113

⁴⁹ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 81-82

místnosti, nebo pachatel, který v úmyslu dopustit se kapesní krádeže sáhl do prázdné levé kapsy, zatímco peněženka se nacházela v kapse pravé.⁵⁰ Objevily se rovněž pokusy rozšířit předmět trestného činu tak, že např. u krádeže nebude předmětem věc, která má být odcizena, ale sféra vlastnictví jako taková, nebo pokusy nahradit „skutečný předmět útočné činnosti“ „zákonným předmětem trestného činu“⁵¹ - tento přístup by však ve svých důsledcích mohl vést k tomu, že by byl beztrestný např. ten, kdo by okradl zloděje, nebo ten, kdo zavraždil odsouzeného k smrti.⁵²

Z podobných úvah jako *nauka o rozšířeném místě útoku* vycházela i *teorie o generelním nebezpečí*. Podle této teorie by měl být trestně odpovědný např. pachatel, který střelil do stromu, pokud se jeho zamýšlená oběť nacházela vedle stromu nebo za stromem, protože i v těchto případech byl předmět útoku v nebezpečí a mohl být snadno zasažen. Důležitou roli zde hrálo časové a místní ohraničení (které ovšem nebylo nikdy jasně formulováno) - zamýšlený předmět útoku se musel nacházet buď nedaleko místa, které bylo zasaženo, nebo se na tomto místě musel nacházet před nedávnou dobou.⁵³ Toto mohlo vést k poněkud absurdním závěrům, kdy pachatel, který bodl do postele, v níž ležel místo člověka panák, by byl beztrestný, zatímco jednání pachatele, který zaútočil na prázdnou postel, z níž předpokládaná oběť před chvílí vstala, by bylo posuzováno jako trestné.⁵⁴

Žádná z výše zmíněných teorií tedy nebyla schopná překlenout problém s nejasným ohraničením beztrestného a trestného pokusného jednání. Starší teorie objektivní byla rovněž (především subjektivisty) kritizována pro opomíjení osoby pachatele a jeho nebezpečnosti, když netrestala ani některé velmi nebezpečné pachatele.⁵⁵ Z výše uvedených, ale i z dalších důvodů byla tato teorie, která byla ve své době rozšířena v celé Evropě, nakonec opuštěna a nahrazena tzv. teorií nedostatku vnější stránky skutkové podstaty (viz níže).

Z podobných východisek jako starší objektivní teorie vycházely i další teorie, které se s ní v důležitých bodech shodovaly. *Teorie o potencionální kauzalitě* je postavena, jak napovídá její název, na pojmu potenciální kauzality - v případě pokusu totiž nedojde k dokonání, čili zde není dána ani příčinná souvislost, a proto nelze hovořit o vlastní kauzalitě. Potencionální kauzalita (příčinná souvislost) je kauzalitou, která by byla bývala vedla k následku, kdyby se jí do cesty nepostavila překážka (jedná se tedy vlastně jen o odlišnou formulaci výše zmíněného pojmu

⁵⁰ Tamtéž.

⁵¹ německy „*der faktische Angriffsobjekt der Tätigkeit*“ a „*das rechtliche Objekt des Verbrechen*“ - volný překlad autorky

⁵² EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 114-115

⁵³ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 82

⁵⁴ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 86

⁵⁵ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 113-115

kausální možnost/způsobnost). Jiná odnož starší objektivní teorie považuje za nezpůsobilý každý pokus, přičemž kritériem trestnosti je skutečnost, byl-li čin nezpůsobilý již od počátku, či jestli se nezpůsobilým stal teprve později. *Teorie o částečném zapříčinění* (částečné kausalitě) vychází z myšlenky, že v případě pokusu nelze hovořit o plné kausalitě, jelikož nedošlo k následku, maximálně pouze částečné (v případě, kdy není dána ani částečná kausalita, nemůže být pokus považován za trestný). Podobně je formulována i *teorie částečného dolu* (jelikož pachatel jeho záměr nepodařil, nelze hovořit o úplném uskutečnění jeho úmyslu).⁵⁶

1.1.4 Teorie nedostatku vnější stránky skutkové podstaty

Teorie nedostatku vnější stránky skutkové podstaty⁵⁷ (*Lehre vom Mangel am Tatbestand*) byla zformulována na počátku 20. století v Německu a na určitý čas byla vedoucím směrem v nauce o nezpůsobilém pokusu.⁵⁸ Jak již bylo řečeno výše, vycházela ze starší teorie objektivní. Za zakladatele této teorie je považován Dohna, jejím představitelem byl také např. Kallab.⁵⁹ Tato teorie zásadně odmítá trestnost takového pokusu trestného činu (ba dokonce odmítá i jeho pojmové určení), u něž je dán tzv. nedostatek vnější skutkové podstaty.

Pokusem (trestným) může být podle této teorie jen takové jednání, které se „*subjektivně i objektivně pohybuje v rámci skutkové podstaty, přičemž vykazuje jen nedostatek deliktního výsledku.*“⁶⁰ O nedostatek vnější skutkové podstaty pak jde tehdy, pokud není naplněn některý ze znaků skutkové podstaty (s výjimkou následku, který u pokusu není naplněn nikdy). V případě, že chybí (jsou-li vyžadovány skutkovou podstatou) zvláštní vlastnosti subjektu, předmět útoku, prostředek či místní nebo časové určení, nejedná se vůbec o pokus, avšak buď pouze o (beztrestnou) přípravu, nebo tzv. nedelik/putativní delikt.⁶¹ Beztrestným tedy bude pachatel, který bodne do mrtvoly, i učitel, který se v domnění, že je úřední osobou, pokusí zneužít svou pravomoc. Naopak trestně odpovědným bude pachatel, který se pokusí jiného zastřelit nenabitou zbraní, jelikož zbraň není uvedena ve skutkové podstatě trestného činu vraždy. Podle této teorie má pokus s nedostatkem skutkové podstaty společné to, že ani v jednom případě se skutková podstata trestného činu plně neprojevila v pachatelově jednání, odlišují se však ve skutečnosti, v níž se pachatel mýlí - u pokusu se omyl pachatele týká budoucí skutečnosti (příčinné souvis-

⁵⁶ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 99-102

⁵⁷ Toto označení nepovažoval za příhodné Ráliš, který poukazyval na to, že označení této teorie není vzhledem k její podstatě příhodné. Se slovní formulací této teorie pak nesouhlasil Binding, který by se však jinak dal počítat za její zastánce. Tato teorie bývá také často spojována s pojmem putativního deliktu a podle toho také nazývána. - EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 103, 115

⁵⁸ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 115

⁵⁹ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie I...* s. 6-7

⁶⁰ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 115-116

⁶¹ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie I...* s. 7

losti a následku), u nedostatku skutkové podstaty skutečností, které jsou či nejsou dány v době páchání (např. ohledně předmětu útoku).

Na výše uvedeném se zastánci této teorie víceméně shodnou, jejich názory se ovšem liší v závěrech, které z těchto základů plynou. Podle Belinga je beztrestný nedostatek vnější skutkové podstaty dán nejen v případě pokusu na nezpůsobilém předmětu, ale také u pokusu absolutně nezpůsobilým prostředkem.⁶² Jiní autoři naopak pokládají za trestný pokus (a nikoliv beztrestný nedostatek skutkové podstaty) i pokus na předmětu, který se v době činu nenachází na místě útoku (což ovšem teorii nedostatku skutkové podstaty vlastně odporuje). Co se týče pokusů nezpůsobilými prostředky, považují někteří autoři za trestné pouze takové případy, kdy je již dáno konkrétní nebezpečí (ačkoliv by takový pokus měl být trestný vždy, ledaže by byl prostředek znakem skutkové podstaty). Jak je vidět, stejně jako starší objektivní teorie, má i tato teorie své logické a praktické nedostatky.⁶³

Než se posuneme dále, ještě pár slov ke Kallabovu pojetí. Ve své učebnici *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské* nazývá absolutně nezpůsobilým, ve všech případech beztrestným, takový pokus, kdy k dokonání trestného činu nemůže dojít pro chybějící znak skutkové podstaty. Tento pokus vůbec nepovažuje za trestný čin, nýbrž za putativní delikt. Pokus na absolutně nezpůsobilém předmětu pak označuje podle svých slov přiléhavěji jako „případ beztrestnosti pro nedostatek vnější skutkové podstaty“, jelikož právě znaky, které tvoří vnější část skutkové podstaty, se u tohoto pokusu nevyskytují. Relativně nezpůsobilý pokus je naproti tomu podle Kallaba vždy trestný - v tomto případě jsou totiž zpočátku dány všechny znaky skutkové podstaty, avšak v průběhu provádění činnosti nastanou jisté okolnosti, které zabrání vzniku následku.⁶⁴ Tento Kallabův názor se projevuje i v jeho výkladu k pozitivnímu skutkovému omylu, který považuje bez výjimky za putativní delikt.⁶⁵

1.1.5 Fingerova teorie ontologického a nomologického vědění

Fingerova teorie úzce souvisí s naukou o ontologickém a nomologickém omylu (více o ontologickém a nomologickém omylu ve výkladu o omylech níže). Rozlišuje zde tzv. ontologické a nomologické vědění. Způsobilým bude podle této teorie takový pokus, který byl proveden podle pachatelovy znalosti skutkových okolností (ontologické vědění), a který zároveň

⁶² EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 117-118

⁶³ Tamtéž.

⁶⁴ KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské: (Část obecná i zvláštní)*. Praha: Melantrich, 1935. Vysokoškolské rukověti. Řada spisů právnických a hospodářských. s. 57

⁶⁵ KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné...* s. 59

může podle obecné zkušenosti (nomologické vědění) vést k dokonání.⁶⁶ V případě pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku bude pokus nezpůsobilý (a tedy bezrestný), pokud bude existence předmětu podle pachatelova ontologického vědění vyloučena podle vědění nomologického (např. pachatel byl přesvědčen, že zjevně mrtvý člověk, který by měl do srdce vražený nůž, je naživu). Naopak, pokud existence předmětu podle nomologického vědění vyloučena nebude, bude pokus trestný (např. pachatel se spletl a místo živého člověka se pokusí zabít mrtvolu na vedlejší posteli). Tedy, pachatel, který své oběti přichystá čaj z bylin, o nichž se domnívá, že jsou jedovaté, bude trestně odpovědný v případě, že se pouze přehmátl či spletl a místo jedovatých bylin připravil čaj z bylin léčivých. Pokud bude však pachatel přesvědčený (navzdory obecnému nomologickému vědění), že jsou tyto léčivé byliny jedovaté, bude bezrestný.

Kriegsmann při kritice této teorie uvádí příklad pachatele, který střílí na svou oběť vzdálenou 101 metrů revolverem, který dostřelí do vzdálenosti 100 metrů. V případě, že si bude pachatel vědom toho, že jeho oběť je od něj vzdálená 101 metrů (a bude se tedy mýlit ve vlastnostech zbraně), bude bezrestný (podle nomologického vědění nebude jeho jednání způsobilé dosáhnout výsledku). Bude-li ovšem pachatel přesvědčený, že jeho oběť je vzdálena pouze 99 metrů, trestně odpovědný bude.⁶⁷ Na tomto příkladu je, myslím, zřejmé, že i tato teorie trpěla problémem nejasného rozlišení mezi trestným a bezrestným jednáním, který je pro všechny objektivní teorie tak typický.

1.2 Subjektivní teorie

Na rozdíl od objektivistů uznávali subjektivisté obecnou trestnost pokusu, jelikož i pouhým pokusným jednáním se dostatečně projeví nebezpečnost pachatele. Tato obecná trestnost se v zásadě vztahovala i na nezpůsobilé pokusy - posuzujeme-li pouze to, co se podle pachatelovy představy mělo státi, není mezi způsobilým a nezpůsobilým pokusem a dokonáním trestným činem žádný rozdíl. Pachatelova „zlá vůle“ je dána a již ta ho činí nebezpečným pro společnost, ať si pachatel ke svému činu zvolil jakékoliv prostředky a ať měl předmět jeho útoku jakékoliv vlastnosti. Nezáleží na tom, jestli pachatel svou oběť neusmrtil výstřelem proto, že minul, nebo proto, že střílel z nenabitě/nevyčištěné pušky, z příliš velké dálky, nebo proto, že jeho oběť byla již mrtvá, ve všech případech se totiž navenek projevil kvalitativně stejný úmysl pachatele usmrtit svou oběť.⁶⁸

⁶⁶ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 123

⁶⁷ citováno z EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 124, poznámka pod čarou č. 121

⁶⁸ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 110-111

Subjektivní teorie nerozlišovala mezi absolutní a relativní nezpůsobilostí ani mezi jednotlivými druhy nezpůsobilého pokusu. I z tohoto důvodu se od sebe jednotlivé subjektivistické teorie nelišily tolik jako teorie objektivistické - jednotlivé větve se odlišovaly spíše konkrétními formulacemi než základními myšlenkami.⁶⁹ Na rozdíl od objektivní teorie se zde střetávají pouze dva hlavní přístupy, a to již výše zmíněná čistá subjektivní teorie a teorie o *dolu ex re*.⁷⁰ Nejprve však zmíníme pár slov o Buriho subjektivní teorii a nakonec se budeme věnovat pověrečnému pokusu, který Ráliš nazývá „Achillovou patou subjektivistické teorie“.⁷¹

1.2.1 Buriho pojetí subjektivní teorie

Podle Buriho, nejznámějšího představitele subjektivní teorie, je příčinná souvislost mezi příčinou a následkem nezměnitelným důsledkem přírodních zákonů - pokud se pachatel nepodařilo dokonat trestný čin, stalo se tak proto, že tento čin dokonán být nemohl, „nezpůsobení“ následku bylo nutným důsledkem jeho nezpůsobilého jednání.⁷² Jelikož žádný pokus nedojde dokonání, je vlastně každý pokus pokusem nezpůsobilým, rozlišování pokusů na způsobilé a nezpůsobilé tedy postrádá smysl. Nesmyslné je rovněž rozlišování mezi absolutní a relativní nezpůsobilostí - nezpůsobilost je vždy jen jedna, a to nezpůsobilost absolutní, naproti tomu způsobilost může být pouze relativní (způsobilost v jediném konkrétním případě).⁷³ Buri odmítal i samotné používání pojmu „prostředky“ v souvislosti s pokusem - prostředek má sloužit ke zprostředkování dosažení cíle, není-li cíle dosaženo, nemůže se jednat o prostředek.⁷⁴ Buriho subjektivismus se rovněž jasně vymezoval proti objektivistickým myšlenkám a poukazoval na jejich nedostatky. Za nepřijatelné považoval zejména objektivistické zevšeobecňování a abstrakci. Zjednodušeně řečeno, podle Buriho není možné posuzovat trestnost jednání na základě toho, „co by bylo“, avšak pouze na základě toho, „co bylo“. Tato myšlenka pak logicky vede k subjektivistické „zlé vůli“, která je dána vždy, a proto jedině ta, resp. její objektivizace, může a má být trestána.⁷⁵

1.2.2 Čistě subjektivní teorie

Čistá subjektivní teorie zastává názor, že pojmové znaky, které vyžaduje skutková podstata, mohou být nahrazeny pachatelovou představou o nich. Pokus je dán, jsou-li dány jeho náležitosti, přičemž postačí, jsou-li dány pouze subjektivně. V souladu se základní subjektivistické

⁶⁹ Tamtéž.

⁷⁰ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 1*... s. 7

⁷¹ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu*... s. 72

⁷² RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu*... s. 87

⁷³ DELAQUIS, Ernst. *Der untaugliche Versuch*... s. 170

⁷⁴ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu*... s. 87-88

⁷⁵ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu*... s. 88

kou zásadou odpovědnosti za vinu (zavinění) přičítá čistě subjektivní teorie pachateli takový stav věci, jaký si pachatel představoval (pozitivní skutkový omyl) - pachatel tedy bude trestně odpovědný i za tzv. absolutně nezpůsobilý pokus. I pachatel, který použije např. absolutně nezpůsobilé prostředky, je totiž nebezpečný (jeho „zlá vůle“ je dána u každého pokusu), a pokud by byl shledán beztrestným, existuje zde reálná hrozba, že se při svém dalším jednání uchýlí k prostředkům účinnějším.⁷⁶ Jako trestné jednání bude posouzena i střelba atrapou zbraně (pokud se pachatel domníval, že se jedná o skutečnou zbraň), stejně jako střelba do mrtvol (o níž se pachatel domníval, že ještě žije), a trestně odpovědným bude dokonce i pachatel pokusu vraždy zařikáním (byl-li přesvědčen o způsobilosti takového prostředku).⁷⁷

1.2.3 Teorie o *dolu ex re*

Základním kamenem teorie o *dolu ex re* je vážný a rozhodný úmysl pachatele. Tento již sám o sobě, pokud se navenek projeví určitým jednáním pachatele, postačí k trestnosti pokusu, bez ohledu na to, z jakých důvodů nedošlo k dokonání trestného činu (a bez ohledu na to, byly-li chybějící znaky skutkové podstaty nahrazeny pachatelovou představou o nich).⁷⁸ Trestně odpovědný bude tedy i pachatel, který se se zbraní vypraví za svou obětí, i když se bude jednat jen o atrapu zbraně a jeho oběť se nebude nacházet na předpokládaném místě.

1.2.4 Subjektivní teorie a pověrečný pokus

Jak již bylo popsáno výše, subjektivní teorie staví na principiální trestnosti všech nezpůsobilých pokusů. Tento přístup se setkal (pochopitelně především ze strany objektivistů) s vlnou kritiky zejména v souvislosti s tzv. pověrečnými pokusy (jednání pachatele v nomologickém omylu) - subjektivistům bylo vytýkáno, že přiznáním jejich trestnosti příliš přepínají trestní hrozbu. S tímto objektivistickým názorem se ztotožňovala i řada subjektivistů, kteří se pokoušeli tento problém řešit různě (zpravidla s pomocí jiných institutů trestního práva).⁷⁹ Někteří odůvodňovali beztrestnost pověrečných pokusů nedostatkem pachatelova zločinného úmyslu, který nemůže vykazovat dostatečnou opravdovost a rozhodnost, když pachatel zvolil prostředky, jež jsou z hlediska přírodních zákonů zcela nesmyslné⁸⁰ - nemůžeme zde hovořit o úmyslu pachatele, jelikož si nemohl učinit konkrétní představy o průběhu trestného činu, avšak pouze

⁷⁶ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 173, poznámka pod čarou

⁷⁷ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 52, poznámka pod čarou č. 19°

⁷⁸ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie I...* s. 5, 8; EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 38

⁷⁹ EYSSELT, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 98-99

⁸⁰ EYSSELT, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 99, také MÍŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné: část obecná i zvláštní*. Praha: Všeherd, 1934. Publikace Všeherdu. s. 76

o beztrestném přání.⁸¹ Jiní (mj. také Buri) argumentovali nepřičetností pachatele - každý pachatel pověřeného pokusu je podle nich nepřičetný, nesmyslnost činu totiž nutně vylučuje přičetnost (nebo naznačuje přinejmenším zmenšenou přičetnost).⁸² Delaquis pak vyžadoval, aby byla beztrestnost takovýchto pokusů upravena zvláštní zákonnou normou (jelikož se jedná o zvláštní případ a vlastně výjimku z pravidla).⁸³ Další skupina subjektivistů odůvodňovala beztrestnost pověřených pokusů vyloučenou kauzalitou mezi jednáním pachatele a následkem (pověra nemůže být považována za projev zločinné vůle, a proto stojí mimo kauzalitu).⁸⁴ Havenstein zastával podle Ráliša „*osamocené*“ a „*značně originelní*“ stanovisko⁸⁵, pověřený pokus podle něj pojmově není vůbec pokusem, avšak pouze „*imaginárním neúčinným návodem*“⁸⁶ určeným nadpřirozeným silám.⁸⁷

Výše uvedené názory byly podrobeny kritice nejen ze strany objektivistů, ale i ze strany jiných zastánců subjektivní teorie, např. Eysselta či Ráliša. Podle Ráliša neobstojí poukázat jen na nedostatečnost projeveného úmyslu, i pachatel pověřeného pokusu totiž chce spáchat trestný čin a zvolí za tím účelem prostředek, který subjektivně považuje za způsobitelný. Za absolutně nesprávnou pak považuje úvahu o pachatelově nepřičetnosti - pachatel, který se uchýlí k pověřenému pokusu, nemusí vždy (a nebude vždy) naplňovat kritéria nepřičetnosti. Nehledě na to, že z metodologického hlediska není možné „*vyvraceti jednu instanci (trestný pokus) poukazem na nedostatek druhé (nepřičetný pachatel)*“.⁸⁸ Podobně nahlíží i na Havensteinův názor. Teorii o přerušené kauzalitě nepovažuje principiálně za špatnou, avšak poznamenává, že její formulace popírá samotnou konstrukci subjektivní teorie, podle níž stačí k pokusnému jednání jenom subjektivní způsobitelnost jednání.⁸⁹ Z podobného důvodu kritizuje tuto teorii i Eysselt - vzhledem k pojetí subjektivní teorie, která jinak s pojmem kauzality nepracuje, nepovažuje toto odůvodnění beztrestnosti pověřených pokusů za příliš šťastné.⁹⁰

⁸¹ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 68

⁸² RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 68-69

⁸³ EYSSELT, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověřených pokusů...* s. 99; RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 71; DELAQUIS, Ernst. *Der untaugliche Versuch...* s. 179

⁸⁴ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 69

⁸⁵ Tamtéž.

⁸⁶ německy „*eingebildete effektlose Anstiftungen*“ - volný překlad autorky

⁸⁷ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 69; DELAQUIS, Ernst. *Der untaugliche Versuch...* s. 287

⁸⁸ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 70

⁸⁹ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 70-71

⁹⁰ EYSSELT, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověřených pokusů...* s. 100

Eysselt zastával názor, že by bylo možné problém pověrečného pokusu vyřešit, aniž by bylo nutné činit ze subjektivní teorie jakékoliv výjimky či ústupky - řešení, které bude v souladu s požadavkem na účelnost trestání, se totiž skrývá v samotné podstatě subjektivní teorie.⁹¹ Základem a důvodem trestání u subjektivní teorie je pachatelova nebezpečnost - pachatel však není trestán proto, že projevil svůj zločinný úmysl navenek, nýbrž z důvodu, aby nedocházelo k dalšímu porušování a ohrožování chráněných společenských vztahů. Nebezpečnost pachatele, která se projevuje v jeho vážném úmyslu spáchat trestný čin, je pak příčinou tohoto ohrožení, a jako taková by měla být potírána.⁹² Pokud se ovšem úmysl pachatele projeví takovým způsobem, že nelze hovořit o nebezpečnosti pro chráněné právní statky, odpadá důvod k trestání takového pokusu.⁹³ V tomto Eysselt souhlasí s Rálišem, který ve své práci důsledně odděluje pojem pokusu a jeho trestnost.⁹⁴ Měřítkem trestnosti pokusu by měla být, jak již bylo řečeno výše, nebezpečnost pachatele (daná mj. intenzitou jeho vůle), která by měla být posuzována v konkrétním případě a nikoliv abstraktně. Bude-li tato nebezpečnost nižší (jako např. právě u pověrečných pokusů), bude namísto pachatele trestat méně, případně ho netrestat vůbec.⁹⁵

1.3 Smíšené teorie

Tato skupina je velmi rozličná, obsahuje jak teorie, které by bylo možné považovat za „objektivistické se subjektivistickými prvky“ (příkladem je Lisztova teorie nebezpečnosti), tak teorie „subjektivistické s objektivistickými prvky“ (Rálišova teorie syntetického nebezpečí), stejně jako teorie „čistě smíšené“ (Kohlerova teorie o plánu pachatele). Tyto teorie zpravidla představovaly určitou reakci na teorie „čistě“ objektivní či subjektivní a snažily se eliminovat jejich nedostatky použitím prvků teorie druhé. Kromě výše zmíněných teorií se budeme krátce věnovat i německým moderním teoriím, a to tzv. teorii pachatele (*Tätertheorie*) a teorii účinku (*Eindruckstheorie*).

1.3.1 Lisztova teorie nebezpečnosti

Lisztova teorie nebezpečnosti (nazývaná také novější teorie objektivní nebo *teorie o do-
datečné prognose*) napravila určité nedostatky některých objektivních teorií, především teorie nedostatku vnější skutkové podstaty a starší teorie objektivní (mj. tím, že přebrala určité prvky subjektivismu). Na rozdíl od výše zmíněných teorií však nebyla příliš rozšířená, snad i proto, že

⁹¹ EYSEL, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 97-98

⁹² EYSEL, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 140

⁹³ EYSEL, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 141-142

⁹⁴ EYSEL, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 142

⁹⁵ EYSEL, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 143-147

jí Liszt nevěnoval samostatné dílo.⁹⁶ Za trestný považovala tato teorie takový pokus, který se objektivně a v konkrétním případě jevil jako objektivně nebezpečný; pokus, který se při stejném posuzování jevil jako „*nikoliv nebezpečný*“, byl potom beztrestný. Při posuzování tohoto konkrétního nebezpečí je nutné brát ohled na okolnosti, které byly v okamžiku provádění činu známy (všeobecně nebo jen pachateli), naproti tomu nesmí být brán zřetel na okolnosti, které vyšly najevo později. Posuzující se vlastně vcítí do role nezaujatého pozorovatele pachatelova činu a všímá si všeobecně poznatelných a pachateli známých okolností.⁹⁷ Pokud bude při tomto posuzování vyloučeno naplnění znaků skutkové podstaty, bude se jednat o beztrestný pokus.⁹⁸ O trestnosti tedy nerozhoduje skutečný stav v době páčání, nýbrž pouhé zdání, zkoumá se, „*zda prostředky neb předmět v době činu jevíly se absolutně nezpůsobilými zapříčiniti výsledek*“.⁹⁹

Eysselt uvádí jako příklad aplikace této teorie pokus vraždy novorozeného dítěte - pokud se *ex ante* bezpečně prokáže, že se dítě narodilo mrtvé, jednání bude postrádat objektivní nebezpečnost a nebude trestné; pokud ovšem toto nebude bezpečně zjištěno, bude pokus takovéto vraždy trestný.¹⁰⁰ V případech, kdy nelze rozhodné okolnosti v době spáchání spolehlivě zjistit, bude pokus posuzován jako trestný pro možnost „objektivního nebezpečí“. Tato teorie totiž vychází z předpokladu, že předmět útoku a prostředky byly způsobilé (nebezpečné), jejich nezpůsobilost pak musí být prokázána (na rozdíl od starší teorie objektivní, která požaduje prokázání způsobilosti, resp. relativní nezpůsobilosti).

Subjektivní prvek této teorie představuje její důraz na nebezpečnost pachatele, který svým jednáním ohrozil chráněný právní zájem, a posuzování nebezpečnosti *ex ante* (a nikoliv *ex post* jako u objektivních teorií) podle konkrétního nebezpečí v době činu. Tímto tato teorie vlastně popírá klasičtější objektivistickou odpovědnost za výsledek.¹⁰¹

I přes tyto výše naznačené rozdíly však Lisztova teorie vykazuje stejný zásadní problém jako ostatní teorie založené na objektivismu - nepřesné ohraničení mezi trestným a netrestným pokusem, což vyplývá i z nejasného vymezení pojmu „všeobecně známé skutečnosti“. K tomu si Ráliš pokládá následující otázky: Jak z pohledu této teorie posoudit např. případ, kdy pachatel nasype své oběti místo bílého jedovatého prášku identicky vyhlížející cukr; případ, kdy pachatel vystřelí z nenabitě zbraně; nebo případ, kdy pachatel zaútočí na mrtvolu v domnění, že pouze

⁹⁶ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 120

⁹⁷ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 120

⁹⁸ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 121

⁹⁹ PRUŠÁK, Josef. *Kriminální noetika*. Praha: Bursík a Kohout, 1904. Knihovna Sborníku věd právních a státních. A, Řada právovědecká. s. 213

¹⁰⁰ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 120

¹⁰¹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 120-121

spí? Nezávislý pozorovatel, do nějž se posuzovaný vcítí, nemůže v době páchaní poznat rozdíl mezi cukrem a jedem, nabitou a nenabitou zbraní, mrtvou a živou osobou (naproti tomu *ex post* by to poznat možné pochopitelně bylo).¹⁰² Ještě o něco problematičtější by byl případ „příliš malého množství jedu“. Nepochybně je všeobecně známo, že jed je jedovatý a může způsobit i smrt. Jenže co když bude obecně známo rovněž to, že toto „příliš malé množství jedu“ je příliš malé na to, aby mohlo vést k usmrcení/ublížení na zdraví? Dále se nabízí otázka vymezení „skutečností známých pachatelů“ a rovněž otázka pachatelova omylu - kdyby pachatel věděl, že jedná v omylu, nejednalo by se o omyl. Podle Ráliše lze tuto teorii použít snad jedině v případě, že pachatel jedná v nomologickém omylu (např. pokus vraždy zaříkáním). Zde je totiž beztrestnost pachatele patrná na první pohled.¹⁰³

Tato teorie však vykazuje i další zásadní vady, které ji činí pro moderní trestní právo naprosto nepřijatelnou. Mimo jiné je to volba rozhodujícího kritéria, kterým není objektivní skutečnost, ale pouze možnost, že by mohla nastat. Svou formulací především porušuje zásadu *in dubio pro reo* (v pochybnostech se podle této teorie postupuje v neprospěch pachatele) a zásadu materiální pravdy.¹⁰⁴

1.3.2 Kohlerova teorie o plánu pachatele

Pro trestní odpovědnost pachatele podle Kohlerovy teorie jsou vyžadovány dva prvky, a to jednak pachatelova vůle, „objektivizovaná do přírodního kausalismu“ (*Kausalwille*), a jednak plán pachatele, který musí být objektivně způsobilý vést k dokonání.¹⁰⁵ Důvodem trestnosti pokusu je ohrožení právního systému jako celku (Kohler klade důraz na tzv. sociální nebezpečnost činu)¹⁰⁶, nikoliv ohrožení konkrétních chráněných zájmů, což umožňuje trestnost širšího spektra deliktů. Způsobilost pachatelova plánu je posuzována *in concreto*, teorie se ptá, byl-li v tomto konkrétním případě pachatelův plán způsobilý (objektivně i subjektivně) dokonání. V případě kladné odpovědi bude pachatel trestně odpovědný, i když konkrétní provedení plánu způsobilé nebude (př. pachatel se splete a místo nabitě zbraně vezme nenabitou, nebo, stříleje nabitou zbraní na svou oběť, mine), ledaže by došlo k podstatnému odchýlení od plánu (takový vývoj pachateli nelze přičítat).

¹⁰² RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 120-121

¹⁰³ Tamtéž.

¹⁰⁴ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 122

¹⁰⁵ Tamtéž.

¹⁰⁶ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 117

Nepochybným kladem této teorie (oproti objektivním teoriím) byla skutečnost, že se více zabývala subjektivními představami a vůlí pachatele, čímž umožňovala potrestání případů, kdy se pachatel pouze spletl a k nedokonání činu tak došlo vlastně pouhou náhodou. Teorie se navíc vyhýbala neurčitým rozlišováním mezi absolutní a relativní nezpůsobilostí. Některé její závěry však byly kritizovány - například Delaquis nesouhlasí s trestností pachatele jednajícího v nutné obraně, který si tohoto ovšem není vědom.¹⁰⁷ Podle Ráliš je pak nepříhodný samotný pojem „pachatelova plánu“, jelikož se najde mnoho případů, kdy pachatel žádný plán vůbec nemá, jedná v náhlém hnutí mysli, nebo kdy jeho plán je součástí (beztrestné) přípravy. Ráliš rovněž teorii vytýká nejasné vymezení „podstatné odchylky“ od plánu, která bude určovat trestnost jednání.¹⁰⁸

1.3.3 Rálišova teorie syntetického nebezpečí

Ačkoliv slovní spojení „syntetické nebezpečí“ odkazuje k teoriím smíšeným, je Rálišova teorie spíše teorií subjektivistickou - pro její odchylky od subjektivismu jsem se ji však, stejně jako Eysselt, rozhodla zařadit mezi teorie smíšené.¹⁰⁹ Na rozdíl od čistých objektivistů či čistých subjektivistů klade Ráliš důraz jak na nebezpečí pachatele, tak na nebezpečí činu. Nelze posuzovat jedno bez druhého, k trestnosti musí být dána nebezpečnost pachatele, která se projeví navenek dostatečně nebezpečným jednáním, přičemž platí, že čím pravděpodobněji se jeví spáchání deliktu, tím větší je pachatelova nebezpečnost. Musí se tedy jednat o objektivně nebezpečné jednání, nikoliv o jednání, které je nebezpečné/způsobilé jen v pachatelových představách. Nebezpečnost činu zde vlastně v duchu subjektivismu slouží jako kritérium posuzování nebezpečnosti pachatele.¹¹⁰

V rámci zkoumání této souborné (syntetické) nebezpečnosti (pachatele i jeho činu) by měly být podle Ráliš vzaty v úvahu všechny objektivní i subjektivní znaky a souvislosti. Hodnotit se tedy budou nejen prostředky, kterých pachatel užil, a způsob jejich užití, předmět útoku a jeho prostorové a časové umístění, příčiny a překážky, které zabránily dokonání pachatelova činu, ale také pachatelovy představy o způsobilosti jeho jednání, jeho vědomosti (z nichž plynuly představy o způsobilosti) a jejich prameny, pachatelův plán a jeho omyl, druh takového omylu a jeho příčiny. Všechny zmíněné prvky je pak třeba zhodnotit ve vzájemných souvislostech a nikoliv izolovaně, jak činí někteří objektivisté. Teorie bere v úvahu i roli náhody, která je rovněž

¹⁰⁷ DELAQUIS, Ernst. *Der untaugliche Versuch...* s. 103

¹⁰⁸ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 128

¹⁰⁹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 124-125

¹¹⁰ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* 125-126

jednou z posuzovaných skutečností a která v žádném případě nemůže sama o sobě vést k pachatelově exkulpaci.¹¹¹

V souladu se subjektivisty zastává Ráliš stanovisko obecné trestnosti každého pokusu s výjimkou případů, kdy pachatel jednal z hrubé neznalosti přírodních zákonů. Důraz je přitom kladen na skutečnost, zdali pachatelova představa o způsobilosti jeho jednání (která je pochopitelně vždy přítomna) „vyvěrá z normálních pramenů“ - pokud pachatel jednal jen v důsledku „vlastní značné intelektuelní podnormálnosti“, je nutné „zamítnouti normální reakci na jeho počínání“.¹¹² Takovéto řešení je podle Ráliše rovněž v souladu s požadavkem kriminálně-politické účelnosti, neboť umožňuje vyloučit trestnost pověrečných pokusů a naopak trestat pokusy nebezpečné. Je pak především na soudci, aby určil konkrétní míru nebezpečnosti a uložil odpovídající trest, nebo naopak od potrestání upustil.¹¹³ Vzhledem ke konstrukci teorie nelze podat jednoduchý příklad její aplikace, neboť každý případ bude posuzován individuálně podle konkrétních vlastností pachatele a okolností činu samotného.

1.3.4 Teorie pachatele

Jak napovídá její název, podle teorie pachatele (*Tätertheorie*) je trestnost pokusu odůvodněna zejména nebezpečností pachatele. Subjektivní prvek této teorie představuje pachatelova „zlá vůle“, z níž plyne ohrožení chráněných zájmů. Aby bylo jednání trestné, musí však být přítomen i objektivní prvek - objektivně dané ohrožení. U nezpůsobilého pokusu se vychází z předpokladu, že ačkoliv tu objektivní ohrožení nebylo, pachatel je chtěl svým jednáním způsobit, tedy je nebezpečný, a proto by měl být potrestán. Skutečnost, že konkrétní ohrožený právní statek neexistuje, není pro tuto teorii relevantní, jelikož nemá vliv na nebezpečnost pachatele.¹¹⁴

1.3.5 Teorie účinku

Stejně jako teorie pachatele požaduje i teorie účinku¹¹⁵ (*Eindruckstheorie*) subjektivní a objektivní prvek. Subjektivním prvkem a důvodem trestnosti je vůle pachatele spáchat trestný čin, objektivním prvkem pak způsobilost této vůle (resp. jejího projevu - jednání pachatele)

¹¹¹ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 141-145

¹¹² RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 144-147

¹¹³ Tamtéž.

¹¹⁴ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie I...* s. 8

¹¹⁵ Takto jí nazývá Kučera, Příbelský o ní hovoří jako o „teorii dojmu“. - Tamtéž; PRÍBELSKÝ, Patrik. Vybrané otázky trestnosti nespôsobilého pokusu. *Trestněprávní revue*. 2006, 5(8), 236-245. ISSN 1213-5313. s. 239

„otřást důvěrou společnosti v právní řád“ a „ohrozit právní mír“.¹¹⁶ Jedinou možností, jak znovu nastolit rovnováhu, je potrestání pachatele. Tato formulace odůvodňuje i trestnost nezpůsobilého pokusu - i takový pokus totiž může v některých případech otřást důvěrou společnosti v právní pořádek a ohrozit právní mír. Nabízí se ovšem úvaha, že podle těchto principů by mohly být jako beztrestné posouzeny i některé způsobilé pokusy, případně dokonané trestné činy - Kučera jako příklad zmiňuje trestný čin soulože mezi příbuznými (§ 188), který pravděpodobně nebude mít na společnost dostatečný negativní účinek.¹¹⁷ Obdobný by pak byl nepochybně závěr např. u trestného činu poškození geodetického bodu (§ 278) nebo trestného činu prostituce ohrožující mravní vývoj dětí (§ 190).

¹¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich a Thomas WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*. 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. ISBN 3-428-08348-2. s. 514.

¹¹⁷ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie I ...* s. 8

2. Nezpůsobilá příprava a nezpůsobilý pokus - obecné vymezení

2.1 Historický exkurs

2.1.1 Zákon č. 117/1852 r. z., o zločinech, přečinech a přestupcích

Trestní zákon z roku 1852, který na našem území platil s obměnami až do přijetí trestního zákona z roku 1850, uváděl v § 8 o pokusu trestného činu toto: „*Ke zločinu není potřebí, aby čin skutečně byl dokonán. Již pokus zlého skutku jest zločinem, jakmile zlomyslník předsevzal nějaký čin, který ke skutečnému vykonání vede; k dokonání zločinu však jen pro nemohoucnost, pro překážku odjinud v to přišlou nebo náhodou nedošlo. Proto užití se má ve všech případech, kde zákon zvláštních výjimek nenařizuje, všelikých ustanovení pro zločiny vůbec daných i na pokusy zločinné, a trestati jest pokus zlého skutku za použití § 47 lit. a) týmž trestem, jenž uložen na zločin dokonáný.*“ Za trestný čin¹¹⁸ tak byl považován i pokus trestného činu, k jehož dokonání nedošlo nezávisle na pachatelově vůli, včetně pokusu nezpůsobilého.¹¹⁹ Aby bylo jednání pokusem, muselo splňovat zejména dva základní znaky - úmysl spáchat trestný čin a jednání vedoucí k dokonání. Druhý uvedený znak byl poněkud problematický, jelikož nebylo zřejmé, má-li se tato schopnost vést k dokonání posuzovat z hlediska objektivní nebo subjektivní teorie, což mělo vliv i na chápání pojmu (a uznávání trestnosti) nezpůsobilého pokusu.¹²⁰ Prušák oba přístupy shrnul takto: „*První výklad (teorie subjektivní) zastává, že k trestnému pokusu stačí, když dle názoru pachatelova činnost jeho se jeví způsobilou zamýšlený (kriminálně relevantní) výsledek přivoditi. Výklad druhý (teorie objektivní) zastává naproti tomu, že činnost pokusná, má-li býti trestná, musí dle všeobecné zkušenosti, opírající se o skutečnosti v době činu známé, se jeviti způsobilou zamýšlený (kriminálně relevantní) výsledek přivoditi.*“¹²¹ Miříčka se přikláněl spíše k subjektivnímu pohledu, který podle jeho názoru lépe odrážel zásadu odpovědnosti za vinu, přiznal však, že gramatický výklad zákona nahrává spíše objektivnímu pojetí, s čímž souhlasí i Eysselt.¹²²

Autor zákona vídeňský profesor Anton von Hye zastával v duchu objektivismu názor, že pokus na nezpůsobilém předmětu útoku (který buď vůbec neexistoval, nebo se v době činu nenacházel na místě činu) bude beztrestný. U nezpůsobilých prostředků pak rozlišoval mezi nezpůsobilostí *in abstracto* a nezpůsobilostí *in concreto*. Pokus prostředky, které byly objektivně

¹¹⁸ Podle § 239 zákona se ustanovení § 8 přiměřeně vztahuje i na přečiny a přestupky.

¹¹⁹ POLÁČEK, František. *Pokus a vina...* s. 203

¹²⁰ PRÍBELSKÝ, Patrik. *Vybrané otázky trestnosti nespůsobilého pokusu...* s. 237

¹²¹ PRUŠÁK, Josef. *Rakouské právo trestní*. Díl všeobecný. Praha: Všehrad, 1912. s. 120

¹²² MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné...* s. 71-73; EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 58-60

(*in abstracto*) nezpůsobilé, považoval za beztrestný, jelikož se podle jeho názoru nemohlo jednat o „*čin, který ke skutečnému vykonání vede*“. Naopak trestnými byly podle něj případy, kdy byly užity kvalitativně způsobilé prostředky v nedostatečné kvantitě.¹²³

Tyto názory objektivistické teorie víceméně převzala i dobová judikatura (zatímco v otázce rozlišení přípravy a pokusu převažoval subjektivistický názor). Vídeňský kasační soud pokládal zásadně za trestné relativně nezpůsobilé pokusy, absolutně nezpůsobilé pokusy pak za beztrestné. Na rozdíl od zastánců starší teorie objektivní, z jejichž závěrů jinak vycházel, však pokládal za pokus na absolutně nezpůsobilém předmětu jen pokus na předmětu, který neexistoval (pokus na předmětu, který se pouze nenacházel na místě činu, byl posuzován jako relativně nezpůsobilý).¹²⁴

Na tuto linii Vídeňského kasačního soudu pak navázal svou rozhodovací činností i Nejvyšší soud Československé republiky. V rozhodnutí ze dne 26. 6. 1920, sp. zn. Kr II 24/20, prohlásil za beztrestný jen pokus na předmětu, který neexistoval, nebo pokus prostředkem, který byl „*takový, že jím v žádném případě za žádných okolností zamýšleného účinku nemohlo býti docíleno*“. Ve svém rozhodnutí ze dne 22. 3. 1930, sp. zn. Zm I 45/30, Nejvyšší soud vyloučil absolutně nezpůsobilý pokus z definice pokusu v § 8, jelikož se nemůže jednat o „*čin, který ke skutečnému vykonání vede*“. Přílišné objektivistické zaměření judikatury kritizoval např. Jíra - poukazoval mj. na demoralizující povahu rozsudků, které s poukazem na absolutní nezpůsobilost jejich jednání osvobozovaly i pachatele, kteří se ke svým činům doznali.¹²⁵

K judikатурnímu obratu v rozhodovací činnosti došlo (nejspíše především z politických důvodů) v roce 1943. Nejvyšší soud konstatoval, že bude § 8 vykládat subjektivisticky (k trestnosti tedy postačí, aby pokusné jednání k dokonání činu vedlo podle mínění pachatele) a v tomto duchu považoval za trestné i absolutně nezpůsobilé pokusy (včetně pokusů na neexistujícím objektu) s výjimkou pokusů, „*kde volba užitých prostředků svědčí o pachatelově hrubé neznalosti přírodních zákonů*“.¹²⁶ V otázce rozhraničení přípravy a pokusu se Nejvyšší soud v téže době obrátil naopak k hledisku objektivistickému.¹²⁷

¹²³ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 127-128

¹²⁴ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 131

¹²⁵ JÍRA, Jaroslav. Poznámky k úvahám o kriminálně-politické závažnosti stíhání t. zv. nezpůsobilého pokusu. *Právník*. 1944, **83**(2), 67-69. ISSN 0231-6625, obdobně také MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné...* s. 76

¹²⁶ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 134

¹²⁷ KUČERA, Pavel. Odlišení pokusu trestného činu od jeho přípravy za platnosti trestního kodexu z roku 1852. *Státní zastupitelství*. 2006, **14**(4), 8-18. ISSN 1214-3758. s. 17, poznámka pod čarou č. 53

Jak je patrné z uvedené citace zákona, byl pokus (způsobilý i nezpůsobilý) trestán jako dnes podle výměry za dokonáný trestný čin s tím, že pokus byl považován za obecnou polehčující okolnost (§ 47 písm. a) a § 264 písm. g)) a v případě trestného činu vraždy a vyhnání plodu byla za pokus stanovena nižší trestní sazba. Beztrestným pak byl pokus, od nějž pachatel dobrovolně ustoupil. Toto nebylo upraveno výslovně, avšak vycházelo se *a contrario* z formulace „*k dokonání... však jen pro nemohoucnost... nedošlo*“.¹²⁸

Přípravu jako samostatné vývojové stadium trestného činu zákon z roku 1852 neupravoval, a tedy ani nekriminalizoval. Trestnost určitých forem přípravy však zakotvoval např. zákon č. 134/1885 ř. z., o opatřeních proti obecně nebezpečnému užívání třaskavin a obecně nebezpečnému zacházení s nimi¹²⁹ (trestné bylo např. spolčení se k užití třaskavin, jejich zhotovování či objednávání), nebo zákon č. 50/1923 Sb. z. a n., na ochranu republiky¹³⁰ (samostatná skutková podstata příprava úkladů o republiku).¹³¹ Tzv. „promyšlená příprava“ pak byla podle § 43 zákona z roku 1852 obecnou přitěžující okolností.

2.1.2 Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového z roku 1926 a osnovy trestního zákona z roku 1937

Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového z roku 1926 byly formulovány na základě subjektivistické zásady odpovědnosti za vinu.¹³² K pokusu bylo v § 18 odst. 1 uvedeno toto: „*Kdo rozhodne se spáchat trestný čin jej podnikne, trestá se, nebyl-li čin dokonán, podle téhož ustanovení, jakoby čin byl dokonán.*“ Podle odst. 3 pak byly trestné i nezpůsobilé pokusy. V § 18 odst. 2 byla však stanovena možnost snížit trest u takových pokusů, u nichž volba prostředků, způsob výkonu nebo příčina, pro kterou nedošlo k dokonání, svědčily o „*menší rozhodnosti odhodlání nebo menší nebezpečnosti viníka*“ a odst. 4 výslovně prohlásil za beztrestné nezpůsobilé pokusy, u nichž byla příčinou omylu pachatele pověra nebo hrubá neznalost přírodních zákonů.¹³³

Osnova z roku 1937 byla formována - na rozdíl od přípravných osnov z roku 1926 - spíše v duchu objektivismu¹³⁴. Za pokus trestného činu by byl podle § 30 odst. 1 trestán ten, kdo „*se rozhodne spáchat trestný čin, a proto vykoná něco, co směřuje přímo k jeho spáchání*“, za

¹²⁸ MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné... s. 76-77*

¹²⁹ dále jen „zákon o třaskavinách“

¹³⁰ dále jen „zákon na ochranu republiky“

¹³¹ MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné... s. 74*

¹³² MIŘIČKA, August. Pokus nezpůsobilý a formy viny v osnově trestního zákoníku z r. 1937. *Právník. 1937. 76 (7), 389-407. ISSN 0231-6625. s. 389*

¹³³ *Přípravné osnovy trestního zákona 1... s. 13; Přípravné osnovy trestního zákona 2... s. 24-26*

¹³⁴ EYSELT, Eduard. *O vztahu mezi trestněprávním omylem a pokusem... s. 325*

podmínky, že k dokonání činu nedošlo. Pokus měl být trestán stejně jako dokonáný trestný čin. Výjimku představovaly trestné činy, za něž bylo možné uložit trest smrti nebo doživotí - zde byla za pokus stanovena trestní sazba od deseti do dvaceti let.¹³⁵ Podle odůvodnění osnov pak měla být, v souladu s tehdejší judikaturou, vyloučena trestnost absolutně nezpůsobilého pokusu. Trestán měl být jen pokus relativně nezpůsobilý, k němuž měl být počítán i pokus na předmětu, který se nenachází na místě činu.¹³⁶ Toto řešení velmi kritizoval Miříčka, jeden z autorů předešlých osnov - autorům vyčítal přílišný odklon subjektivistického pojetí odpovědnosti za vinu i poněkud nelogické zařazení pokusu na předmětu, který se nenachází na místě činu, mezi relativně nezpůsobilé, třebaže se jedná o pokus absolutně nezpůsobilý.¹³⁷ Rovněž nesouhlasil s beztrestností všech absolutně nezpůsobilých pokusů, trestní zákon tak podle něj nechával bez trestu i některé velmi nebezpečné pachatele a neposkytoval společnosti dostatek ochrany, neboť „by nás nutil čekati, až si taková nebezpečná osoba zvolí po druhé k svému zločinnému podniku předmět nebo prostředek způsobilejší“.¹³⁸

Co se týče přípravy, přípravné osnovy s její obecnou trestností nepočítaly stejně jako zákon z roku 1852, byly však stanoveny zvláštní skutkové podstaty, které zakotvovaly trestnost přípravy k určitým trestným činům - trestná byla např. příprava úkladů o republiku, příprava padělání peněz a příprava trestných činů obecně nebezpečných. Postihováno bylo zpravidla opatřování nástrojů či prostředků, v případě přípravy úkladů o republiku také spolčení.¹³⁹ Obdobný koncept trestnosti přípravy vybraných trestných činů (mezi nimi byla opět např. příprava úkladů o republiku a příprava padělání peněz a nově také např. příprava křivého svědectví a křivé přísahy a příprava usmrcení nebo těžkého poškození těla nebo zdraví) přijala i osnova z roku 1937.¹⁴⁰

2.1.3 Zákon č. 86/1950 Sb., trestní zákon

Trestním zákonem z roku 1950 bylo do československého právního řádu zavedeno materiální (resp. materiálně-formální) pojetí trestného činu. Pokus byl v § 5 upraven jako jednání pro společnost nebezpečné, kterého se pachatel dopustil v úmyslu způsobit výsledek uvedený v zákoně, pokud k tomuto výsledku nedošlo (do této definice by tedy bylo možné zahrnout i něk-

¹³⁵ *Osnova trestního zákona z roku 1937...* s. 13

¹³⁶ *Osnova trestného zákona z roku 1937...* s. 203

¹³⁷ MIŘÍČKA, August. *Pokus nezpůsobilý a formy viny...* s. 390-392

¹³⁸ MIŘÍČKA, August. *Pokus nezpůsobilý a formy viny...* s. 395-396

¹³⁹ *Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového*. Sv. 1, Osnovy. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1926; *Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového*. Sv. 2, Odůvodnění osnov. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1926.

¹⁴⁰ *Osnova trestního zákona z roku 1937*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1937.

terá přípravná jednání). Na rozdíl od úpravy trestního zákona z roku 1852 se zde již nevyskytuje znak způsobilosti ke způsobení následku, stačí pouze vůle pachatele následek způsobit, což souvisí i s posunem od objektivní teorie k teorii subjektivní.¹⁴¹ Společenská nebezpečnost se pak posuzovala podle objektivních i subjektivních znaků - podle § 19 odst. 1 měly být zohledněny zejména způsob provedení činu, následky činu, míra zavinění, osoba pachatele a možnost jeho nápravy a přitěžující a polehčující okolnosti. Podle § 5 odst. 2 byl pokus trestný stejně jako dokonáný trestný čin, byla však zakotvena povinnost soudu přihlídnout při výměře trestu k okolnostem a důvodům, pro které k dokonání nedošlo, a rovněž k tomu, nakolik se jednání pachatele k dokonání přiblížilo. V § 5 odst. 3 byla pak výslovně stanovena beztrestnost pachatele, který dobrovolně upustil od způsobení výsledku uvedeného v zákoně.¹⁴²

Zavedené společenské nebezpečnosti jako znaku trestného činu se projevilo i na posuzování nezpůsobilého pokusu. Na významu ztratilo rozdělování pokusu na relativně a absolutně nezpůsobilý, neboť i absolutně nezpůsobilý pokus může být za určitých podmínek společensky nebezpečný. Jako trestný byl zpravidla vyhodnocen pokus nezpůsobilými prostředky - k ohrožení objektu trestného činu zde zpravidla skutečně došlo, tedy dostatečná společenská nebezpečnost byla dána.¹⁴³ Odlišná byla situace v případě posuzování pokusu na nezpůsobilém předmětu. Část nauky i tehdejší judikatury totiž zastávala názor, že v případě nezpůsobilého předmětu nedošlo k zasažení individuálního objektu, což by nevyhnutelně muselo vést k závěru o nedostatečné společenské nebezpečnosti takového jednání. Tuto otázku řešil Nejvyšší soud v rozhodnutí publikovaném jako č. 57/1955 Sb. rozh. čs. soudů. V případě obviněných z pokusu trestného činu usmrcení plodu na ženě, která vůbec nebyla těhotná, prohlásil, že ačkoliv u tohoto trestného činu nebyl přítomen individuální objekt, došlo k zasažení obecného objektu, kterým je zájem na populaci. S touto konstrukcí však mnozí autoři (např. Solnař, Nezkusil nebo Poláček) nesouhlasili a přicházeli s rozličnými vlastními návrhy, jak tento problém řešit. (Více v následující části práce.)

Přípravu (nebyla-li zahrnuta v definici pokusu) bylo možné postihovat pouze u vybraných trestných činů (tzv. deliktů *sui generis*¹⁴⁴) - trestná byla například příprava trestného činu obecného ohrožení (ve formě spolčení nebo výroby, opatřování a přechovávání výbušnin a ji-

¹⁴¹ KUČERA, Pavel. Pokus trestného činu: Nástin historického vývoje. *Trestní právo*. 2008, 12(6), 32-42. ISSN 1211-2860. s. 39

¹⁴² KUČERA, Pavel. *Pokus trestného činu: Nástin historického vývoje...* s. 40

¹⁴³ PRÍBELSKÝ, Patrik. *Vybrané otázky trestnosti nespôsobilého pokusu...* s. 238

¹⁴⁴ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu v československém trestním právu: Očerki o pokušení v československom ugolovnom prave = Studien über den Versuch nach tschechoslowakischem Strafrecht*. Praha: Univ. Karlova, 1959. s. 23

ných podobně nebezpečných látek). Samostatným trestným činem bylo podle § 166 spolčení a dále také spolčení k vybraným trestným činům - např. spolčení k útoku na ústavního činitele podle § 107 nebo spolčení ke vzpouře podle § 277.

2.1.4 Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon

V trestním zákoně z roku 1961 došlo v souvislosti se zavedením přípravy jako obecné formy trestné činnosti ke zpřesnění a zúžení pojmu pokusu. Do definice pokusu ze zákona z roku 1950 byl vložen další znak - jednání pachatele muselo bezprostředně směřovat k dokonání trestného činu. Takto zpřesněná definice je tedy prakticky totožná se současnou legální definicí pokusu, v níž pouze absentuje společenská nebezpečnost jednání (v souvislosti se změnou pojetí trestného činu směrem k formálnímu). Hlavním faktorem při posuzování trestnosti nezpůsobilého pokusu zůstala společenská nebezpečnost, která byla podle § 3 odst. 4 posuzována obdobně jako za zákona předcházejícího. Trestný byl takový nezpůsobilý pokus, který dosahoval nebezpečnosti vyšší než nepatrné, resp. malé.¹⁴⁵ Teorie se shodovala na rozlišení nezpůsobilého pokusu na pokus na nezpůsobilém předmětu a pokus nezpůsobilými prostředky, nebyl však obecně uznáván pokus nezpůsobilým subjektem, a to především pro nízkou nebezpečnost pro společnost.¹⁴⁶

Trestnost pokusu a dobrovolné upuštění od pokusu byly upraveny podobně jako v současnosti. Podle ustanovení § 31 odst. 2 písm. c) měl soud u pokusu trestného činu obligatorně přihlídnout k tomu, do jaké míry se jednání přiblížilo k dokonání, jakož i k tomu, proč k dokonání nedošlo. Novelou z roku 1990 pak byla do § 40 vložena možnost snížit trest pod dolní hranici trestní sazby, pokud měl soud za to, že by vzhledem k povaze a závažnosti pokusu bylo použití základní trestní sazby nepřiměřeně přísné a že by bylo účelu trestu možné dosáhnout i trestem kratším (před touto novelou tak soud mohl učinit jen u přípravy).

Příprava, která byla v zákoně z roku 1961 poprvé upravena jako samostatné vývojové stadium, byla v § 7 definována jako jednání pro společnost nebezpečné¹⁴⁷, které spočívá v úmyslném vytváření podmínek pro spáchání trestného činu, pokud nedošlo k pokusu ani k dokonání trestného činu. Definice dále udávala demonstrativně jednotlivé formy přípravy -

¹⁴⁵ č. 12/1991 Sb. rozh. tr.

¹⁴⁶ PRÍBELSKÝ, Patrik. *Vybrané otázky trestnosti nespôsobilého pokusu...* s. 238; SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972. Systém československého trestního práva. s. 265

¹⁴⁷ Společenská nebezpečnost přípravy byla dána zejména povahou trestného činu, k němuž příprava směřovala, formou přípravného jednání a blízkostí přípravy k dokonání trestného činu. - ŠÁMAL, Pavel, František PÚRY a Stanislav RIZMAN. *Trestní zákon: komentář*. Díl 1. 6. dopl. a přeprac. vyd. Praha: Beck, 2004. Beckova edice komentované zákony. ISBN 80-7179-896-7. s. 70

organizování trestného činu, opatřování nebo přizpůsobování prostředků nebo nástrojů ke spáchání trestného činu, spolčení a sročení a návod a pomoc k trestnému činu. Na rozdíl od současné úpravy však byla příprava obecnou formou trestné činnosti. Zákonem č. 175/1990 Sb., kterým se mění a doplňuje trestní zákon¹⁴⁸, byla její trestnost omezena pouze na zvlášť závažné zločiny (podle § 41 odst. 2 trestné činy vyjmenované v § 62 a ty trestné činy, na něž zákon stanovil trest odnětí svobody s horní hranicí trestní sazby nejméně 8 let).

Stejně jako v současnosti byla příprava trestná podle trestní sazby stanovené na trestný čin, k němuž směřovala, s tím, že soud měl možnost trest mimořádně snížit, pokud by měl za to, že by použití takové trestní sazby bylo příliš přísné a nápravy pachatele bylo možné dosáhnout i kratším trestem (§ 40 odst. 2). Zákon znal také možnost dobrovolného ustoupení od přípravy - beztrestným byl takový pachatel, který buď dobrovolně upustil od dalšího jednání a odstranil nebezpečí, které přípravou vzniklo, nebo který o přípravě dobrovolně učinil oznámení v době, kdy mohlo být nebezpečí, které vzniklo chráněnému zájmu, ještě odstraněno.

2.2 Pojem nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy

2.2.1 Pojem nezpůsobilého pokusu

Ačkoliv byl v naší právní teorii věnován především v minulosti nezpůsobilému pokusu značný prostor (na rozdíl od nezpůsobilé přípravy), nebyl tento pojem nikdy výslovně upraven zákonem. V této „tradici“ bohužel pokračuje i současný trestní zákoník (ačkoliv by se dalo říci, že § 46 odst. 3 podává částečnou definici nezpůsobilého pokusu i přípravy). Definici nezpůsobilého pokusu bychom nenašli ani v současné právní literatuře, která zpravidla definuje (a někdy jen popisuje) pouze jednotlivé druhy nezpůsobilých pokusů, avšak nikoliv nezpůsobilý pokus jako takový.

Výjimkou je v tomto ohledu Kučera, který ve svých člancích věnovaných pokusu a nezpůsobilému pokusu¹⁴⁹ předkládá definici z Kallabovy prvorepublikové učebnice (vydané tedy za platnosti zákona z roku 1852): „*Pokusem nezpůsobilým nazýváme takovou činnost, ze které podle obecných zkušeností objektivně výsledek nemůže nastati, třebaš pachatel vykonal vše, čeho je k provedení činu potřeba.*“¹⁵⁰ Tuto definici uvádí ve své práci v modifikované podobě rovněž Eysselt: „*Nazýváme jím (pokusem nezpůsobilým - pozn. autorky) takovou činnost, ze které podle obecných zkušeností objektivně výsledek nemůže nastati, třebaš pachatel vykonal neb*

¹⁴⁸ dále jen „novela z roku 1990“

¹⁴⁹ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie*... s. 6; KUČERA, Pavel. *Nezpůsobilý pokus*... s. 145-149

¹⁵⁰ KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné*... s. 68

*i kdyby byl vykonal vše, čeho je k provedení činu potřeba.*¹⁵¹ Podle Eysselta takto upravená definice lépe odráží skutečnost, že nezpůsobilými mohou být i pokusy neukončené, což podle jeho názoru není z Kallabovy definice zcela zřejmé.¹⁵² Na tomto vymezení nezpůsobilého pokusu je patrné, že Kallab byl zastáncem objektivismu - hovoří zde o „obecných zkušenostech“ (posuzování nebezpečnosti *in abstracto* je jedním ze znaků objektivismu) a „objektivitě“, nezmiňuje úmysl ani omyl pachatele a za zdroj nezpůsobilosti označil činnost pachatele.

Príbelský ve svém článku věnovaném nezpůsobilému pokusu předkládá trochu jinou definici: *„Jde o případy, kdy jednání pachatele, zejména z důvodu jeho subjektivního omylu, není způsobilé přivodit zákonem požadovaný následek, a to bez ohledu na skutečnost, zda bude nějakým způsobem přerušeno nebo zda pachatel od jednání upustil.*“¹⁵³ Jak je vidět, jedná se o definici více subjektivizovanou, která zdůrazňuje vnitřní stránku pachatele, tedy jeho omyl. Hlavním důvodem nezpůsobilosti je podle Příbelského především pachatelova chybná představa o skutečnosti a nikoliv vlastnosti objektivní reality.

Domnívám se ovšem, že vymezení pojmu nezpůsobilého pokusu by mělo korespondovat se zákonnou terminologií, a proto se pokusím vytvořit definici nezpůsobilého pokusu za pomoci zákonné definice pokusu. Ustanoven § 21 uvádí, že pokus trestného činu je jednáním, které bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu a jehož se pachatel dopustil v úmyslu trestný čin spáchat, jestliže k dokonání trestného činu nedošlo. Jedná se, jak bylo již řečeno výše, o smíšené pojetí pokusu. Aby bylo jednání pokusem, musí naplňovat tři základní znaky - musí zde být jednání o určité kvalitě (objektivní znak), musí zde být úmysl pachatele spáchat (a dokonat) trestný čin (subjektivní znak) a nesmí dojít k dokonání činu.

Nezpůsobilý pokus ovšem, jak napovídá jeho název, není schopen dosáhnout dokonání, chybí mu „způsobilost“ způsobit následek. O tomto pachatel ovšem neví, jeho vůle směřuje ke stejnému cíli jako vůle pachatele, který jedná „způsobile“. Subjektivní znak je tedy i u nezpůsobilého pokusu v zásadě ve stejné kvalitě jako u pokusu způsobilého - v obou případech směřuje zavinění pachatele k naplnění skutkové podstaty a k dokonání trestného činu. Přítomen musí být pochopitelně i objektivní znak, nebylo-li by jednání, nebylo by pokusu. Toto jednání však u nezpůsobilého pokusu bezprostředně nesměruje k dokonání trestného činu, pachatel je pouze přesvědčen o tom, že tomu tak je. Pachatel tedy jedná v omylu, domnívá se, že zde jsou všechny znaky skutkové podstaty, ačkoliv objektivně tomu tak není. Definici pokusu je tedy v tomto

¹⁵¹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 103

¹⁵² Tamtéž - poznámka pod čarou č. 5.

¹⁵³ volný překlad autorky - PRÍBELSKÝ, Patrik. *Vybrané otázky trestnosti nespôsobilého pokusu...* s. 236

směru nutné upravit, aby zahrnovala i tento omyl. U nezpůsobilého pokusu naopak nemusí být přítomen třetí znak, totiž nedokonání. Ze samotné povahy nezpůsobilého pokusu totiž vyplývá, že k dokonání pachatelova činu dojít nemůže, nezpůsobilý pokus zůstane navždy nezpůsobilým pokusem (na rozdíl od nezpůsobilé přípravy, která může vést k nezpůsobilému pokusu). S ohledem na výše uvedené tedy můžeme nezpůsobilý pokus definovat takto: „Jednání, které podle pachatelovy mylné představy bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu, jehož se pachatel dopustil v úmyslu trestný čin spáchat.“

2.2.2 Pojem nezpůsobilé přípravy

2.2.2.1 Vymezení nezpůsobilé přípravy

Jak bylo uvedeno výše, až do přijetí trestního zákona z roku 1961 nebyla příprava obecnou formou trestné činnosti a byla, až na výjimky, beztrestná, případně byla posuzována jako pokus. Vzhledem k tomu, že odborná diskuze o nezpůsobilém pokusu probíhala na našem území především před tímto datem, odborná literatura zde téměř absentuje. V modernějších publikacích je pak zpravidla podán výklad pouze o nezpůsobilém pokusu s tím, že „výše uvedené přiměřeně platí i o nezpůsobilé přípravě“.¹⁵⁴ Je pravdou, že většinu zásad, použitelných pro nezpůsobilý pokus, lze aplikovat i na nezpůsobilou přípravu, na druhou stranu však pokládám za užitečné věnovat samostatný prostor i nezpůsobilé přípravě jako samostatnému vývojovému stadiu se svými specifiky.

Trestní zákoník definici nezpůsobilé přípravy (stejně jako definici nezpůsobilého pokusu) neobsahuje. Není možné se obrátit ani na odbornou literaturu (byť by bylo teoreticky možné použít některé definice nezpůsobilého pokusu - problémem by však bylo rozhraničení mezi nezpůsobilou přípravou a nezpůsobilým pokusem). Při vymezení nezpůsobilé přípravy bude tedy nejvhodnější (stejně jako v případě nezpůsobilého pokusu) vyjít z obecné definice přípravy. Podle ustanovení § 20 musí příprava (podobně jako pokus), splňovat tři základní znaky - musí zde být jednání, záležející v úmyslném vytváření podmínek pro spáchání zvláště závažného zločinu, u něž trestnost jednání zákon výslovně stanoví (objektivní znak), musí zde být úmysl pachatele (subjektivní znak) a nesmí dojít k pokusu ani k dokonání trestného činu.

Obdobně jako u nezpůsobilého pokusu zůstává i u nezpůsobilé přípravy subjektivní znak - úmysl pachatele - beze změny, zatímco do objektivního znaku je nutné zahrnout omyl pachate-

¹⁵⁴ např. např. JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 289; ŠÁMAL, Pavel, Oto NOVOTNÝ, Tomáš GRIVNA, Jiří HERCZEG, Marie VANDUCHOVÁ a Rudolf VOKOUN. *Trestní právo hmotné*. 8., přepracované vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-358-7. s. 248; SOLNAŘ, Vladimír. *Systém českého trestního práva...* s. 356; KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Beckovy právnické učebnice. ISBN 978-807-1790-822. s. 339

le ohledně způsobilosti jeho jednání (omyl sice souvisí se subjektivní stránkou, způsobuje však nedostatek objektivní stránky). Pokud jde o poslední část definice přípravy („*pokud nedošlo k pokusu ani dokonání zvláště závažného zločinu*“), můžeme, opět podobně jako u pokusu, „vyškrtnout“ část o nedokonání - k tomu nezpůsobilá příprava nikdy nepovede. Nezpůsobilá příprava by ovšem teoreticky mohla vést k nezpůsobilému pokusu - např. pokud si pachatel ke spáchání zvláště závažného zločinu vraždy opatří atrapu zbraně, nemůže jeho další zločinné jednání vést k jinému než nezpůsobilému pokusu. Nezpůsobilou přípravu tedy můžeme definovat takto: „Jednání, o němž si pachatel pouze myslí, že jím vytváří podmínky pro spáchání zvláště závažného zločinu (§ 14 odst. 3), u nějž zákon zvláště stanoví trestnost přípravy, pokud nedošlo k pokusu tohoto zvláště závažného zločinu.“

2.2.2.2 Nezpůsobilá příprava a zvláštní formy přípravy

Ustanovení § 21 obsahuje kromě obecného vymezení přípravy také výčet jednotlivých zvláštních forem přípravy, mezi něž zahrnuje organizování zvláště závažného zločinu, opatřování nebo přizpůsobování prostředků nebo nástrojů ke spáchání zvláště závažného zločinu, spolčení nebo srocení ke spáchání zvláště závažného zločinu, a návod nebo pomoc k zvláště závažnému zločinu.¹⁵⁵ U nezpůsobilé přípravy se pak nabízí otázka, jakými z výše uvedených forem by ji bylo možné spáchat a jak by takové konstrukce vypadaly, a s tím související otázka, musí-li nezpůsobilá příprava směřovat jen k trestnému činu pachatele, či zdali může směřovat i k trestnému činu jiné osoby.

A) Zcela nepochybně si lze představit nezpůsobilou přípravu v podobě opatřování nebo přizpůsobování prostředků či nástrojů ke spáchání zvláště závažného zločinu samotného pachatele - v tomto případě se může jednat jak o přípravu nezpůsobilým prostředkem (pachatel si opatřuje nebo přizpůsobuje nástroje/prostředky, aby s nimi spáchal trestný čin, avšak tyto nástroje/prostředky by k dokonání trestného činu nikdy vést nemohly - např. opatřuje si chemické látky, které ve skutečnosti nejsou jedovaté, nebo atrapu zbraně), tak i o přípravy na nezpůsobilém předmětu útoku (prostředky/nástroje samotné by byly způsobilé, avšak osoba, kterou s jejich pomocí pachatel plánoval usmrtit, je již mrtvá), a rovněž i o přípravu nezpůsobilým subjektem (pachatel v domnění, že je konkrétním/speciálním subjektem, si připravuje způsobilé prostředky ke spáchání trestného činu na způsobilém předmětu útoku.)

¹⁵⁵ Vzhledem k tomu, že jednotlivé formy přípravy jsou vyjmenovány demonstrativně, může být přípravou i jiné jednání, které naplňuje obecné vymezení přípravy a které vykazuje podobný stupeň nebezpečnosti jako jednání vypočtená v zákoně (např. shánění informací o zamýšlené oběti, obhlížení zamýšleného místa činu, sledování budoucí oběti, obstarávání plánu budovy, kterou se pachatel chystá vyloupit). - SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 343

B) Rovněž je možná příprava k trestnému činu pachatele a jiné osoby formou spolčení (včetně organizovaných skupin) či sročení. U přípravy nezpůsobilým prostředkem by se jednalo o situaci, kdy se pachatel s jinými spolčí/srotí ke spáchání trestného činu prostředkem, kterým by takový trestný čin nebylo možné spáchat, mohlo by se jednat např. o spolčení ke spáchání trestného činu vraždy látkou, která ve skutečnosti není jedem, nebo spolčení s osobou, která je ve skutečnosti policejním agentem. Obdobně by byla možná situace, kdy se pachatel srotí např. s figuranty na policejním cvičení, nebo s komparzisty, kteří se účastní natáčení filmu, v domnění, že své jednání myslí vážně. V případě přípravy na nezpůsobilém předmětu by se obdobně jako v případě přípravy v podobě opatřování nástrojů mohlo jednat např. o spolčení ke spáchání trestného činu vraždy na osobě, která je již mrtvá, nebo o přípravu kvalifikované skutkové podstaty trestného činu násilí proti úřední osobě (podle § 325 odst. 1 písm. b), odst. 3 písm. a), odst. 5) na osobě, která ve skutečnosti úřední osobou není. Příkladem přípravy nezpůsobilým subjektem formou spolčení/sročení by mohl být případ, kdy se pachatel, který se o sobě domnívá, že je voják, spolčí nebo srotí s jinými ke spáchání některého z vojenských trestných činů.

C) O něco problematičtější je spáchání nezpůsobilé přípravy jednou z forem účastenství - tedy přípravy, která bude směřovat k trestnému činu jiné osoby. Vzhledem k tomu, že tu vedle pachatele přípravy máme také hlavního pachatele, lze konstruovat více možností podle toho, na čí straně se bude nacházet omyl. Například vezmeme-li si přípravu nezpůsobilým prostředkem, o tento druh přípravy by se mohlo jednat v situaci, kdy pachatel jiného navádí k tomu, aby spáchal trestný čin nezpůsobilým prostředkem (přičemž návodce je přesvědčený o jeho způsobilosti), stejně jako o situaci, kdy by návodce naváděl jiného jazykem, kterému tato osoba nerozumí, e-mailem, do kterého ovšem předpokládaný hlavní pachatel ztratil přístup, případně dopisem, který by zaslal na špatnou adresu. Rovněž se nabízí případ, kdy návodce navádí jinou osobu, přičemž tato osoba poté začne připravovat spáchání trestného činu nezpůsobilým prostředkem (zde by ovšem samotná příprava byla nejspíše posuzována jako způsobilá). Obdobně u přípravy na nezpůsobilém předmětu útoku - o nezpůsobilou přípravu by se nepochybně jednalo v případě, kdy pachatel navádí jiného k usmrcení osoby, která je již mrtvá, musíme ovšem rozlišit situaci, kdy jsou návodce i naváděná osoba v omylu, že je jejich budoucí oběť ještě naživu, a situaci, kdy je v omylu pouze návodce. Rovněž je otázkou, bude-li osoba, kterou bude pachatel navádět ke spáchání trestného činu a která bude již od počátku rozhodnuta trestný čin nespáchat, nezpůsobilým prostředkem („nástrojem pachatele“) nebo předmětem (pachatelův návod bude směřovat vůči této osobě).

U návodu nezpůsobilým subjektem máme přece jen jisté vodítko. Z ustanovení o konkrétním a speciálním subjektu vyplývá, že účastník požadované zvláštní vlastnosti, schopnosti nebo postavení mít nemusí, což nepochybně platí i pro pachatele přípravy formou návodu. Konstrukce nezpůsobilé přípravy formou návodu by tedy nejspíše mohla vypadat pouze tak, že návodce navádí osobu, o níž je přesvědčen, že je konkrétním nebo speciálním subjektem. Zde se nám však opět nabízejí dvě možnosti - v omylu je pouze návodce a v omylu je jak návodce, tak naváděný. (Nesmíme ovšem zapomínat, že nezpůsobilý subjekt se může vyskytovat i u jiných než zvláštních trestných činů - viz výklad k přípravě/pokusu nezpůsobilým subjektem.) Ačkoliv se výše uváděné příklady a úvahy týkají návodu, bylo by je nepochybně možné s určitými obměnami aplikovat i na organizátorství a pomoc.

K řešení výše uvedených situací by nejspíše bylo nutné použít zásady, které se vztahují k účastenství obecně, výsledná konstrukce by však mohla být velmi komplikovaná. Konečně je třeba poznamenat, že se přinejmenším v některých případech jedná o otázku čistě akademické povahy - druh nezpůsobilé přípravy, případně otázka, zdali se vůbec jedná o nezpůsobilou přípravu, nemají samy o sobě vliv na trestní odpovědnost pachatele, která bude, zejména vzhledem k její nízké společenské škodlivosti, dána spíše výjimečně.¹⁵⁶

2.3 Některé obecné otázky

2.3.1 Způsobilý a nezpůsobilý pokus a způsobilá a nezpůsobilá příprava

Dělení pokusu (a obdobně také přípravy) na pokus způsobilý a nezpůsobilý nebylo v nauce vždy přijímáno, podle některých názorů je vlastně každý pokus nezpůsobilým, jelikož nedošlo k dokonání činu, další směry pak přímo odmítají pojmové vymezení pokusu a nazývají nezpůsobilý pokus jen pouhým putativním deliktem (viz výklad k jednotlivým teoriím).¹⁵⁷ Ačkoliv by s některými z těchto názorů bylo možné souhlasit, faktem je, že nezpůsobilý pokus a nezpůsobilá příprava vykazují jisté odlišnosti od způsobilého pokusu/způsobilé přípravy. Podle mého názoru je jejich odlišování účelné i s ohledem na různou míru jejich společenské škodlivosti (která je u nezpůsobilého pokusu/přípravy obecně nižší), což činí i současná nauka.

¹⁵⁶ SOLNAŘ, Vladimír. *Systém českého trestního práva...* s. 362

¹⁵⁷ Názor, že není důvod dělit pokusy na způsobilé a nezpůsobilé, zastává, mimo již výše vyjmenovaných autorů a směrů, také např. Nezkusil. Argumentuje, že jak u pokusu způsobilého, tak u pokusu nezpůsobilého nemohlo nastat dokonání činu, ačkoliv o to pachatel usiloval a k dokonání směřovalo jeho zavinění. V obou případech je tedy pachatel vlastně v omylu, v případě způsobilého pokusu se mýlí v tom, že mu jeho jednání nic nepřekazí, zatímco v případě nezpůsobilého pokusu se mýlí např. v existenci předmětu či způsobilosti prostředků. V tomto smyslu považuje vlastně každý pokus za nezpůsobilý. Zároveň je však toho názoru, že má smysl se zvláště zabývat nezpůsobilými pokusy, jelikož vykazují řadu zvláštností. - NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 48-49

Způsobilý a nezpůsobilý pokus (a obdobně i přípravu) ostatně rozlišuje i pozitivní právo, byť nepřímo. Ustanovení § 46 odst. 3 nabízí částečnou definici nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu¹⁵⁸ - jedná se o takové přípravy/pokusy, u nichž pachatel nerozpoznal, že vzhledem k povaze nebo druhu předmětu útoku, na němž měl být čin spáchán, anebo vzhledem k povaze nebo druhu prostředku, kterým měl být čin spáchán, nemohly vést k dokonání trestného činu. Zákon zde zmiňuje dva ze tří tradičně rozlišovaných druhů nezpůsobilého pokusu a přípravy, pokus/přípravu na nezpůsobilém předmětu útoku a pokus/přípravu nezpůsobilými prostředky, vynechává však v nauce spornou přípravu/pokus nezpůsobilým subjektem. Toto ustanovení je zároveň jediným, z něž můžeme jasně a bez jakýchkoliv pochybností dovodit, že trestní zákoník považuje i nezpůsobilý pokus a nezpůsobilou přípravu za trestné (přinejmenším tedy přípravu/pokus nezpůsobilými prostředky a přípravu/pokus na nezpůsobilém předmětu).

Toto ovšem není jediný problém trestního zákoníku, pokud jde o vymezení nezpůsobilé přípravy a pokusu. Z ustanovení § 46 odst. 3 vyplývá (a jak již bylo uvedeno výše, shoduje se na tom i dnešní nauka), že nezpůsobilá příprava a nezpůsobilý pokus jsou druhy přípravy a pokusu. Definice pokusu a přípravy v § 20 a 21 však nezpůsobilý pokus ani nezpůsobilou přípravu nezahrnují (na rozdíl např. od zákona z roku 1950), formulace „vytváření podmínek pro spáchání“ a „bezprostředně směřuje“ zjevně naznačují, že se předmětná ustanovení vztahují jen na způsobilou přípravu a pokus. Nezpůsobilá příprava ani nezpůsobilý pokus nemohou vést ze své podstaty k dokonání trestného činu, nemůže se tedy (objektivně) jednat ani o úmyslné vytváření podmínek pro spáchání zvláště závažného zločinu, ani o činnost, která bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu. Pachatel si pouze myslí, že připravuje zvláště závažný zločin nebo že se o něj pokouší, ačkoliv tomu tak ve skutečnosti není. Měli-li bychom vycházet pouze z ustanovení § 20 a 21, došli bychom k závěru, že náš trestní zákoník vůbec nezpůsobilou přípravu/pokus za přípravu/pokus nepovažuje a že jde tedy o jednání beztrestné.

Důvodová zpráva však k § 20 (a obdobně k § 21) uvádí, že *„je i nadále zachována trestnost nezpůsobilé přípravy, aniž by byla rozlišována absolutně a relativně nezpůsobilá příprava, neboť pro toto rozlišení by se v zákoně zřejmě nenašla uspokojivá forma“*.¹⁵⁹ Jak bylo uvedeno výše, k tomuto závěru bychom však čistě gramatickým výkladem § 20 a 21 nedošli. S přechodem k formálnímu (resp. materiálně-formálnímu) pojetí trestného činu již také nelze trestnost nezpůsobilého pokusu a přípravy odůvodňovat společenskou nebezpečností tohoto

¹⁵⁸ VERNER, David. *Příprava k trestnému činu* [online]. 2017 [cit. 2017-12-21]. s. 66. Dostupné z: <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/detail/181127>. Vedoucí práce Jiří Jelínek

¹⁵⁹ *Důvodová zpráva k vládnímu návrhu trestního zákoníku...* s. 203-204.

jednání, nanejvýše pouze podpůrně (tam, kde by přicházelo v úvahu použití zásady subsidiarity trestní represe).

Ke konstruování trestnosti nezpůsobilého pokusu a přípravy, která je deklarovaná v důvodové zprávě a která vyplývá i z ustanovení § 46 odst. 3, je tedy třeba vycházet z obecných zásad trestního práva (především ze zásady odpovědnosti za zavinění) a dále z ustanovení § 18, které upravuje skutkový omyl (ovšem nikoliv jeho základní případ, což celou záležitost ještě více komplikuje). Stejně jako u omylu bude důvodem trestnosti nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy zločinný úmysl pachatele, který se projeví v jeho jednání. Tento závěr odpovídá i celkové koncepci trestního zákoníku, který má výrazně subjektivistickou povahu (což mj. vyplývá právě z ustanovení § 46 odst. 3).¹⁶⁰

Výše uvedené závěry však nic nemění na tom, že úprava nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy není příliš logická ani systematická, když ustanovení § 46 odst. 3, které se navíc nachází v hlavě páté obecné části upravující trestní sankce, vlastně rozšiřuje definice v § 20 a 21 z hlavy druhé, pojednávající o trestní odpovědnosti. Trestnost nezpůsobilé přípravy a pokusu, deklarovanou v důvodové zprávě, pak nelze odvodit přímo, avšak pouze za společného použití ustanovení § 20/21, § 46 odst. 3 a § 18 (o čemž však důvodová zpráva mlčí). Konečně zvolené řešení není vhodné ani s ohledem na § 111, který výslovně praví, že za trestný čin se považují příprava i pokus, o nezpůsobilé přípravě a pokusu však zmínka není.

2.3.2 Zavinění a omyl pachatele

Jednoznačná není u nezpůsobilé přípravy/pokusu ani konstrukce zavinění. O zavinění obecně platí, že v okamžiku páčání musí zahrnovat všechny znaky skutkové podstaty trestného činu (příčemž o normativních znacích skutkové podstaty platí, že o nich pachatel musí mít přinejmenším laickou představu).¹⁶¹ Toto se pochopitelně vztahuje i na přípravu a pokus, neboť pachatel přípravy i pokusu předpokládá, že trestný čin dokoná, jeho úmysl (resp. zavinění) je tedy stejný jako úmysl pachatele dokonatého trestného činu. U nezpůsobilé přípravy a pokusu je však situace poněkud jiná. V důsledku pachatelova omylu jeho subjektivní představa o trestném činu neodpovídá objektivní realitě, pachatel si představuje něco, co neexistuje, nebo co má jiné

¹⁶⁰ KUČERA, Pavel. Nový trestní zákon a pokus trestného činu. *Trestní právo*. 2009, 13(11), 13-28. ISSN 1214-3758. s. 16

¹⁶¹ Normativní znaky vyjadřují určitý právní pojem, právní vztah nebo právní institut (př. „cizí věc“, „veřejná listina“, „manželství“), který má zpravidla svůj původ v jiném právním předpise (např. ohledně výše uvedených to bude zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník), aniž by trestní zákon na tyto mimotrestní normy odkazoval. - usnesení Nejvyššího soudu ze dne 10. 12. 2014, sp. zn. 6 Tdo 1112/2014, srov. rozhodnutí č. 47/2011 Sb. rozh. tr., č. 10/1977 Sb. rozh. tr.

vlastnosti než ve skutečnosti. Dochází zde k jakémusi „pokřivení“ pachatelova úmyslu, neboť složka vědění je dotčena omylem ohledně některého ze znaků skutkové podstaty. Podstatou omylu je pak skutečnost, že pachatel o tom, že je v omylu, neví. U nezpůsobilé přípravy a pokusu se tedy zavinění pachatele nemůže vztahovat k objektivně existujícím skutečnostem, ale pouze k pachatelovým mylným představám o nich.

V případě nezpůsobilého pokusu připadá v úvahu především pozitivní skutkový omyl - pachatel se domnívá, že jsou dány všechny skutkové okolnosti podmiňující jeho trestní odpovědnost, ačkoliv tomu tak ve skutečnosti není, tedy pokládá skutečnosti neexistující za existující.¹⁶² Tento klasický případ pozitivního skutkového omylu zákonným textem upraven není, v souladu se subjektivistickou zásadou odpovědnosti za zavinění však bude takovýto pachatel odpovědný za nezpůsobilou přípravu/nezpůsobilý pokus trestného činu.¹⁶³ Výslovně jsou v trestním zákoníku upraveny dva zvláštní případy pozitivního skutkového omylu, a to sice pozitivní skutkový omyl k privilegované skutkové podstatě v ustanovení § 18 odst. 2 a pozitivní skutkový omyl ke kvalifikované skutkové podstatě (nazývaný také jako pokus kvalifikované skutkové podstaty) v ustanovení § 18 odst. 3.¹⁶⁴

Zatímco omyl k privilegované skutkové podstatě v souvislosti s nezpůsobilým pokusem zmiňován není (byť by jej šlo teoreticky konstruovat i v tomto případě), u omylu ke kvalifikované skutkové podstatě je situace odlišná. Vzhledem k tomu, že jednání pachatele by v tomto případě nemohlo vést k výsledku tak, jak si jej představoval, můžeme i zde teoreticky hovořit o nezpůsobilém pokusu, ačkoliv teorie zpravidla s pojmem nezpůsobilého pokusu spojuje především případy „klasického“ pozitivního skutkového omylu. Podle povahy okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby by se pak mohlo jednat o pokus (kvalifikované skutkové podstaty) na nezpůsobilém předmětu útoku (pachatel předpokládá, že obraz, který se chystá odcizit, má hodnotu 5 000 000 Kč, ačkoliv jeho skutečná hodnota je nižší - pokus trestného činu podle § 205 odst. 1, 5 písm. a)), pokus nezpůsobilými prostředky (pachatel je přesvědčen, že páchá trestný čin se střelnou zbraní, ačkoliv se jedná jen o dětskou hračku), pokus nezpůsobilým subjektem (pachatel trestného činu přijetí úplatku podle § 331 se domnívá, že je úřední osobou), nebo i jiný druh nezpůsobilého pokusu (pachatel krádeže je přesvědčen, že na území bude probíhat evakuace - pokus trestného činu krádeže podle § 205 odst. 1 písm. e)).

¹⁶² STOČESOVÁ, Simona. *Omyl v českém a zahraničním trestním právu...* s. 51-52, 109-111

¹⁶³ STOČESOVÁ, Simona. *Omyl v českém a zahraničním trestním právu...* s. 53

¹⁶⁴ STOČESOVÁ, Simona. *Omyl v českém a zahraničním trestním právu...* s. 51-52, 109-111

V úvahu přichází rovněž omyl o normativním znaku skutkové podstaty, který je podle judikatury tradičně posuzován stejně jako pozitivní skutkový omyl (např. pachatel si myslí, že se jedná o „cizí věc“, že má „povinnost vyživovat jiného“, že je „svědkem“ apod.). Někteří autoři hovoří o nezpůsobilém pokusu také v souvislosti s negativním omylem o okolnostech vylučujících protiprávnost (pachatel je přesvědčen, že páchá trestný čin, ačkoliv tomu tak ve skutečnosti není, protože není přítomna protiprávnost jako jeden ze znaků trestného činu), jenž bývá rovněž posuzován jako pozitivní skutkový omyl, byť svou povahou stojí na pomezí mezi omylem skutkovým a právním.¹⁶⁵

V souvislosti s problematikou pokusu a jeho trestnosti býval některými teoretiky nezpůsobilého pokusu rozlišován v rámci pozitivního skutkového omylu omyl ontologický („omyl, co do okolnosti případu, co do situace“) a omyl nomologický („omyl, co do přírodních zákonů“). Omyl ontologický Ráliš popisuje jako omyl ohledně existence podmínek, které mohou zapříčinit následek.¹⁶⁶ Jedná se o omyl, kterému bývá běžně vystavován i „normální“ člověk. Příkladem může být omyl pachatele ohledně skutečnosti, je-li zbraň, kterou drží v ruce, nabitá či nikoliv. Vzhledem k tomu, že tento omyl nijak nesnižuje nebezpečnost pachatele, nemá zpravidla vliv na jeho trestnost.

Tak tomu ovšem většinou nebude u omylu nomologického (hrubého), který Ráliš definuje jako omyl ohledně schopností/způsobilostí podmínek, které mají podle představ pachatele vyvolat následek. Tento omyl „svědčí o pachatelově úplné intelektuelní podprůměrnosti“ a hrubé neznalosti přírodních zákonů, jednání takového pachatele „nevolá po trestu, ale naopak vzbuzuje jen smích či spíše útrpnost“.¹⁶⁷ Jednalo by se například o situaci, kdy je pachatel přesvědčený, že zařikáním může jinému způsobit smrt, nebo že výstřelem z revolveru může jiného zabít na vzdálenost několika desítek kilometrů (pokud by se však o dostřelu revolveru mýlil jen v řádech metrů, jednalo by se spíše o ontologický omyl). Takovéto nezpůsobilé pokusy (event. přípravy) jsou také nazývány „naivními“,¹⁶⁸ „pověrečnými“¹⁶⁹ nebo „iracionálními“¹⁷⁰ (viz výše). Ačkoliv se výše uvedené rozlišování může zdát jednoznačné, v praxi může činit problém určení hranice, kdy se již bude jednat o „hrubou neznalost přírodních

¹⁶⁵ STOČESOVÁ, Simona. *Omyl v českém a zahraničním trestním právu...* s. 86. Více o posuzování negativního omylu o okolnostech vylučujících protiprávnost KLAPAL, Vít. *Negativní skutkový omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost. Trestněprávní revue.* 2012, **11**(5), 112-116. ISSN 1213-5313.

¹⁶⁶ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost pokusu...* s. 135

¹⁶⁷ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost pokusu...* s. 135

¹⁶⁸ PRÍBELSKÝ, Patrik. *Vybrané otázky trestnosti nespůsobilého pokusu...* s. 242

¹⁶⁹ Toto označení používá ve svých příspěvcích např. Eysselet a převzala jsem jej i já.

¹⁷⁰ KUČERA, Pavel. *Nezpůsobilý pokus...* s. 145

zákonů”. Skutečnost, o jaký z těchto dvou druhů omylu se jedná, by proto neměla být jediným kritériem posuzování trestní odpovědnosti pachatele jednajícího v omylu, měla by být však brána v potaz v rámci posuzování společenské nebezpečnosti/škodlivosti činu.¹⁷¹

2.3.3 Nezpůsobilý pokus a nezpůsobilá příprava a putativní delikt

Nezpůsobilý pokus a nezpůsobilou přípravu je třeba odlišovat od putativního deliktu. Ačkoliv v minulosti byly jisté typy nezpůsobilého pokusu zastánci teorie nedostatku vnější skutkové podstaty považovány za putativní delikty (viz výše), v současném pojetí označují tyto pojmy dva odlišné právní instituty. Pachatel nezpůsobilého pokusu/přípravy jedná, jak bylo řečeno výše, zpravidla v pozitivním skutkovém omylu. Naproti tomu „pachatel“ putativního deliktu jedná v pozitivním právním omylu. I on je sice přesvědčen, stejně jako pachatel nezpůsobilého pokusu/přípravy, že páchá trestný čin, ačkoliv tomu tak není, nemylí se však ohledně existence skutkových okolností, jeho omyl spočívá v tom, že považuje za trestné jednání, které ve skutečnosti trestným není (buď jde o zcela nepostihované jednání, nebo o přešupek). V obou případech tedy pachatel předpokládá svou trestní odpovědnost. V prvním případě dokonání činu brání faktická existence či neexistence určité okolnosti (pachatelem zvolená střelná zbraň nestřílí dostatečně daleko; oběť, již se pachatel pokoušel zavraždit, byla již mrtvá; pachatel netrpí nakažlivou nemocí, kterou chtěl šířit), ve druhém skutečnost, že se vůbec nejedná o trestný čin (pachatel je přesvědčený, že je trestné plivat na ulici či psát na státní vlajku). Zatímco nezpůsobilý pokus bude v zásadě trestným, putativní delikt bude beztrestným v souladu se zásadou *nullum crimen sine lege*.

2.3.4 Ukončený a neukončený pokus

Rozlišování pokusu na ukončený a neukončený má význam především pro určení, zdali došlo k zániku trestnosti pokusu dobrovolným upuštěním od dalšího jednání (více v poslední části práce). Jelikož ukončený ani neukončený pokus nejsou definovány zákonem, vychází jejich vymezení z judikatury.¹⁷² Nezpůsobilý pokus bude pokusem ukončeným v případě, kdy již pachatel podle svých představ „dokonal“ trestný čin a kdy k opravdovému dokonání nedošlo pouze vlivem nezpůsobilosti pokusu - např. oběť, kterou pachatel probodl, byla mrtvá již před jeho činem; pokladna, kterou pachatel vypáčil s úmyslem ji vyloupit, byla prázdná. Nezpůsobilý pokus však může být i pokusem neukončeným - např. pachatel se bude teprve napřahovat

¹⁷¹ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 134-137

¹⁷² např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. 12. 1978, sp. zn. 1 Tzf 4/78

k tomu, aby zasáhl oběť, která je již mrtvá, o čemž ovšem pachatel nemá tušení; pachatel teprve započne páčit pokladnu, o níž se domnívá, že je plná, avšak která je ve skutečnosti prázdná.

Zároveň ovšem platí, že ačkoliv je nezpůsobilý pokus klasickým příkladem ukončeného pokusu, ukončený pokus může být i pokusem způsobilým, a to zejména v případě, kdy je mezi jednáním pachatele a způsobením následku určitá časová prodleva, v níž je možné tento následek ještě odvrátit - např. pachatel nasype své oběti do nápoje jed, který však začne působit až za několik hodin, a jehož účinky je možné zvrátit podáním protijedu. Rozlišování, zda se jedná o ukončený nebo neukončený nezpůsobilý pokus, bude mít význam zejména pro trestnost takového nezpůsobilého pokusu či přípravy.

2.3.5 Trestné činy, u nichž jsou pokus a příprava vyloučeny

Třebaže se současná nauka v souladu s právní úpravou shoduje na rozlišování tzv. tripartice vývojových stadií trestného činu, uznává, že existují skupiny trestných činů, u nichž jsou příprava a/nebo pokus z jejich samotné povahy vyloučeny. Jediným vývojovým stadiem těchto trestných činů bude tedy dokonáný trestný čin - s výjimkou těch trestných činů, u nichž je vyloučen pokus, avšak nikoliv příprava.¹⁷³ Teorie¹⁷⁴ zde rozlišuje několik skupin, u nichž jsou pokus a/nebo příprava trestného činu ve všech nebo přinejmenším v některých případech vyloučeny, což ovšem nemusí vždy platit pro nezpůsobilé pokusy a přípravy, jak si níže demonstrujeme. Jedná se o nedbalostní trestné činy (A), předčasně dokonané trestné činy (B), trestné činy, v jejichž skutkových podstatách je jednání formulováno natolik široce, že obsahuje i přípravu nebo pokus (C), pravé omisivní trestné činy (D) a verbální trestné činy (E).

A) U nedbalostních trestných činů nebude možný ani způsobilý, ani nezpůsobilý pokus. Jak již bylo uvedeno výše, pojmovým znakem přípravy i pokusu je úmysl pachatele, příprava je navíc možná jen u některých zvlášť závažných zločinů,¹⁷⁵ přičemž toto platí i pro nezpůsobilé pokusy a přípravy.

B) Odlišná bude situace u tzv. předčasně dokonáných trestných činů. Podle Jelínka představují předčasně dokonané trestné činy právní fikci, kdy zákon pokládá za dokonané trestné činy (pro jejich vysokou společenskou škodlivost) jednání, která jsou materiálně pouze přípravou

¹⁷³ KUČERA, Pavel. Trestné činy, jež nemohou být spáchány ve formě pokusu. *Bulletin advokacie*. 2008, **2008** (7-8), 45-52. ISSN 1210-6348. s. 45

¹⁷⁴ např. JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 287-288; KUČERA, Pavel. *Trestné činy, jež nemohou být spáchány ve formě pokusu...* s. 45; ŠÁMAL, Pavel. *Trestní právo hmotné...* s. 247

¹⁷⁵ RÁLIŠ, Antonín. Pojmové vyloučení pokusu. In: *Sborník prací k počtě 60. narozenin Jaroslava Kallaba*. Praha: Orbis, 1939. s. 261

či pokusem.¹⁷⁶ Miříčka definoval tzv. delikty předčasně se dokonávající jako takové delikty, u nichž již došlo k formálnímu dokonání (naplnění skutkové podstaty trestného činu), avšak nikoliv k dokonání materiálnímu (způsobení poruchy jako následku).¹⁷⁷ Tyto trestné činy mají zvláštní povahu a jsou zpravidla ve vztahu speciality k obecným ustanovením o přípravě a pokusu.¹⁷⁸ Jedná se o rozmanitou skupinu trestných činů a přinejmenším u některých z nich si lze nezpůsobilý pokus/nezpůsobilou přípravu představit - např. u trestného činu neoprávněného opatření, padělání a pozměnění platebního prostředku podle § 234 (pachatel se domnívá, že se jedná o platební prostředek, ačkoliv se ve skutečnosti jedná o napodobeninu), přijetí úplatku podle § 331, podplacení podle § 332 či úplatkářství podle § 333 (omyl pachatele ohledně „obstarávání věcí obecného zájmu“ - myslí si, že jiný takové věci obstarává nebo že sám má tyto pravomoci -, případně omyl ohledně postavení úřední osoby úplatkáře/upláceného), násilí proti skupině obyvatelů a jednotlivci podle § 353 odst. 3 („spolčení/sročení se“ s policejním agentem) nebo trestného činu nedovolené výroby a držení pečetidla státní pečeti a úředního razítka podle § 349 (pachatel si myslí, že si obstarává pečetidlo/úřední razítko, ačkoliv se jedná jen o napodobeninu, nebo vyrobí něco, co pečetidlo/úřední razítko jen více či méně připomíná).

C) V této skupině nalezneme takové delikty, jejichž skutková podstata je vymezena velmi širokými, někdy až neurčitými pojmy¹⁷⁹. Typickým zástupcem této skupiny (a podle mého názoru v současné době jediným zástupcem¹⁸⁰) je trestný čin obcházení branné povinnosti podle § 371. Potrestán bude podle tohoto ustanovení ten, „*kdo se dopustí pletich*“, přičemž není dále vysvětleno, jaká konkrétní jednání se „pletichami“ myslí - mohla by to tedy být i jednání, která jsou materiálně pouze pokusem, event. přípravou. Budeme-li však vycházet z judikaturního vymezení pletich u tohoto trestného činu (podvodné jednání, kterým pachatel uvádí příslušné orgány v omyl, případně nezákonné ovlivňování těchto orgánů např. formou podplácení¹⁸¹), lze si podle mého pokus (a stejně tak i nezpůsobilý pokus) tohoto trestného činu představit. Příprava nebude možná, jelikož se nejedná o zvlášť závažný zločin.

¹⁷⁶ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 280

¹⁷⁷ MIŘÍČKA, August. *Trestní právo hmotné...* s. 74

¹⁷⁸ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 343

¹⁷⁹ KUČERA, Pavel. *Trestné činy, jež nemohou být spáchány ve formě pokusu...* s. 49

¹⁸⁰ V literatuře bývá uváděn i trestný čin pletich při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži podle § 257 a pletich při veřejné dražbě podle § 258. U těchto trestných činů jsou však taxativně uvedena jednání, kterými se lze pletich dopustit, a u některých z těchto jednání si lze pokus představit (příprava trestná nebude, jelikož její trestnost není výslovně stanovena). U jiných jednání by se pak podle mého dalo uvažovat o předčasně dokonaném trestném činu - případy, kdy pachatel „slíbí“/ „dá slíbit“/ „nabídne“ apod.

¹⁸¹ rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 8. 2000, sp. zn. 4 Tz 141/2000

D) U pravých omisivních deliktů (takových deliktů, které lze spáchat pouze opomenutím), jsou pokus i příprava zpravidla zcela vyloučeny - pachatel buď ještě může povinnost mu uloženou splnit (v tom případě ke spáchání trestného činu nedojde), anebo povinnost nesplní, čímž trestný čin dokoná.¹⁸² To ovšem neplatí pro nezpůsobilé pokusy a přípravy, např. u trestných činů neposkytnutí pomoci podle § 150 a neposkytnutí pomoci řidičem dopravního prostředku podle § 151 bude nezpůsobilý pokus poměrně častý - typicky se bude jednat o pokus na nezpůsobilém předmětu útoku, kdy pachatel neposkytne pomoc osobě, o níž si myslí, že je v nebezpečí smrti/utrpěla újmu na zdraví, ačkoliv je ve skutečnosti mrtvá (nebo naopak není vůbec zraněna, o čemž se však pachatel nepřesvědčí a bude tedy přinejmenším srozuměn s tím, že taková osoba pomoc potřebuje). Představit si lze i nezpůsobilý pokus u trestného činu zanedbání povinné výživy podle § 196, např. v situaci, kdy je pachatel přesvědčen, že vyživovací povinnost má, ačkoliv tomu tak není, protože není otcem dětí, které považoval za své. U trestných činů neoznámení a nepřekažení trestného činu podle § 367 a § 368 bude nezpůsobilý pokus dán např. v případě, kdy pachatel vidí jiného, jak páchá čin ublížení na zdraví podle § 146, avšak je přesvědčen, že se jedná o trestný čin vraždy podle § 140 a tento trestný čin nepřekazí ani neoznámí, přestože se domnívá, že tuto povinnost má.

E) U verbálních trestných činů (takových, které jsou spáchány pouze slovním projevem) jsou rovněž nezpůsobilý pokus i příprava v zásadě možné. U trestného činu loupeže podle § 173, vydírání podle § 175, útisku podle § 177 a nebezpečného vyhrožování podle § 353 by se typicky jednalo o vyhrožování/nucení jazykem, kterému oběť nerozumí, případně o vyhrožování/nucení oběti, která není schopná vnímat např. pro bezvědomí, opilost nebo problémy se sluchem (pokus na nezpůsobilém předmětu útoku). U trestných činů, které by bylo možné spáchat „na dálku“, případně za pomoci techniky, by pak přicházel v úvahu i pokus nezpůsobilými prostředky (nefunkčním telefonem nebo dopisem na neexistující adresu/adresu, kde se oběť nezdržuje, mikrofonem, který nefunguje, apod.).

¹⁸² Výjimkou mohou být situace, kdy se pachatel předem záměrně uvedl do stavu, v němž by povinnost nemohl splnit. Bylo by možné uvažovat také o přípravě formou návodu. - JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 288, VERNER, David. *Příprava k trestnému činu...* s. 84

3. Druhy nezpůsobilé přípravy a pokusu podle současné nauky

Jak vyplývá z předešlého výkladu, ohledně jednotlivých druhů nezpůsobilého pokusu v nauce nikdy nepanovala dokonalá shoda. Diskuze se točila zejména kolem ohraničení relativní a absolutní nezpůsobilosti (zjednodušeně řečeno ohledně toho, jak moc se pachatel musí mýlit) a rozlišení „prostředku“ od „předmětu“ a „subjektu“ od „prostředku“. Různí autoři pojímali různé případy různě a docházeli k různým závěrům ohledně trestnosti a někdy i ohledně pojmové možnosti jednotlivých druhů nezpůsobilých pokusů (popírán byl např. pokus na absolutně nezpůsobilém předmětu útoku).¹⁸³ V posuzování podle objektivních teorií měly pak výše uvedené nejasnosti významné dopady, kdy nebylo jednoznačně odlišeno trestné jednání od beztrestného. I to bylo důvodem, proč většina subjektivistů rozlišování jednotlivých druhů pokusů v zásadě odmítala, místo abstraktního posuzování podle kategorií dávali subjektivisté - podobně jako některé teorie smíšené - přednost obecné trestnosti pokusů s důrazem na konkrétní posouzení každého případu.

Subjektivistickému stanovisku v podstatě odpovídá i současná nauka, která sice rozlišuje jednotlivé druhy pokusu/přípravy podle toho, v čem je spatřována nezpůsobilost pokusu/přípravy, avšak z tohoto dělení nevyvozuje (pomineme-li v nauce sporný pokus nezpůsobilým subjektem) žádné důsledky pro trestnost. V duchu formálního pojetí trestného činu jsou trestné všechny pokusy a přípravy bez ohledu na jejich společenskou nebezpečnost/škodlivost, zákon v ustanovení § 46 odst. 3 pouze umožňuje upustit od potrestání pachatele pokusu/přípravy na nezpůsobilém předmětu útoku a pokusu/přípravy nezpůsobilými prostředky. Tento přístup je v zásadě možné označit za správný, je ovšem otázkou, je-li rozlišování jednotlivých druhů nezpůsobilých pokusů vůbec nutné provádět, když nemá žádný praktický význam.

Když pomineme problémy s vymezováním jednotlivých pojmů, v některých konkrétních případech může být rovněž obtížné určit konkrétní „zdroj nezpůsobilosti“. Na následujícím případě, který je v literatuře uváděn (zmiňuje jej např. Poláček¹⁸⁴), si lze tento problém demonstrovat. Pachatel zaútočí skutečnou zbraní na oběť, která má na sobě pancéřové brnění, přičemž se jednalo o takovou zbraň, která by oběť, pokud by na sobě brnění neměla, bezpochyby usmrtila. Zde lze konstatovat jak nezpůsobilost prostředků, tak i nezpůsobilost předmětu, a omyl pachatele ohledně prostředků i ohledně předmětu. Kdyby pachatel útočil jinou zbraní (např. výbušninou), jistě by svou oběť usmrtil, stejně tak by uspěl i v situaci, kdyby oběť na sobě

¹⁸³ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104-110

¹⁸⁴ POLÁČEK, František. *Pokus a vina...* s. 203

neměla zmíněné brnění. Prostředky zde byly nezpůsobilé, avšak pouze proto, že měl předmět jiné vlastnosti, než pachatel očekával, a naopak, předmět byl nezpůsobilý, avšak jenom proto, že pachatel na něj zaútočil prostředky, které nebyly způsobilé tento předmět zasáhnout. Obdobný problém by mohl vyvstat i při zařazování nezpůsobilého pokusu trestného činu, u něž je vyžadován specifický vztah mezi pachatelem a předmětem - např. u trestného činu soulože mezi příbuznými podle § 188. V případě pokusu nezpůsobilého se bude jednat o omyl ohledně vlastní osoby pachatele (pachatel je přesvědčen, že je otcem dívky, s níž souloží), ale také o omyl ohledně předmětu (pachatel se mylně domnívá, že dívka je jeho dcerou).

Vedle pokusů/příprav nezpůsobilými prostředky na nezpůsobilém předmětu nebo nezpůsobilým subjektem bychom mohli rozlišovat ještě další druhy pokusů, např. přípravy a pokusy nezpůsobilé co do způsobu provedení (pachatel je přesvědčen, že má zbraň, ačkoliv se jedná o neškodnou hračku), místa (slepý pachatel vstoupí do místnosti a podle hlasů usoudí, že je v místnosti pět lidí, ačkoliv ve skutečnosti se jedná jen o dvě osoby, které mají puštěnou televizi, v domnění, že jedná veřejně ve smyslu trestního zákoníku, se pokusí spáchat trestný čin podněcování k trestnému činu; pachatel je přesvědčen, že napomáhá cizincům v pobytu na území republiky, ačkoliv se ve skutečnosti nachází na území cizího státu) nebo času (pachatel je přesvědčen, že byl vyhlášen stav ohrožení státu nebo válečný stav, ačkoliv tomu tak nebylo).¹⁸⁵ Tyto kategorie jsou však tradičně naukou opomíjeny a i v kodexech, které zvláště upravují nezpůsobilý pokus, jsou posuzovány podle ustanovení o pozitivním skutkovém omylu.¹⁸⁶

3.1 Příprava/pokus nezpůsobilými prostředky

Za pokus nezpůsobilými prostředky označujeme takové jednání, kdy pachatel použil ke spáchání trestného činu prostředky, které nemohly vlivem svých objektivních vlastností nebo vlivem jiných okolností vést k dokonání trestného činu.¹⁸⁷ V rozhodující fázi trestné činnosti se tedy pachateli nepodařilo zasáhnout objekt trestného činu tak, jak to vyžaduje skutková podstata.¹⁸⁸ Pokusy nezpůsobilými prostředky můžeme dělit do několika kategorií podle důvodu jejich nezpůsobilosti, nejdříve je však nutné říci několik slov o samotném pojmu prostředku.

Jak již bylo řečeno výše, o významu tohoto pojmu panují v nauce spory, někteří subjektivisté (např. Buri - viz výše) dokonce odmítali pojmovou možnost prostředku jako takového - prostředek vztahovali pouze ke konkrétnímu trestnému činu, chápali jej jako něco, co

¹⁸⁵ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 101

¹⁸⁶ EYSSELT, Eduard. *O vztahu mezi trestněprávním omylem a pokusem...* s. 330

¹⁸⁷ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 61

¹⁸⁸ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 65

slouží ke zprostředkování dosažení cíle, a v případě, že k tomuto zprostředkování nedošlo, nelze podle nich hovořit o prostředku.¹⁸⁹ S tímto subjektivistickým argumentem se vypořádal Delaquis, který prohlásil, že prostředek je nutné chápat jako něco, co obecně (podle obecných znalostí) je způsobilé zprostředkovat určitý výsledek, a nikoliv pouze ve vztahu k jednomu konkrétnímu cíli.¹⁹⁰ Podle Eysselta bylo zásadní otázkou, má-li být prostředek chápán jako věc nebo jako změna na věci.¹⁹¹ Kiričenko rozlišuje prostředek v užším a širším slova smyslu - o prostředku v širším slova smyslu tvrdí, že „ve většině případů nenastoupení následku poté, co pachatel učinil vše, co je podle jeho mínění nezbytné pro jeho nastoupení, je způsobeno nezpůsobilostí zvolených prostředků“, v užším smyslu pak chápe prostředek jako nástroj, instrument, nářadí apod.¹⁹² Prostředkem však - podle současného pojetí - nemusí být pouze věc, ale také zvíře nebo člověk. Podle Jelínka je přípravou nezpůsobilým prostředkem např. nezpůsobilý návod, kdy pachatel navádí k trestnému činu osobu, která od počátku nezamýšlí daný trestný čin spáchat.¹⁹³ Obdobně v případě nezpůsobilé přípravy ve formě spolčení/srocení by nezpůsobilým prostředkem mohl být např. policejní agent.

Problematické je také vymezení a rozlišení „prostředku“ a „předmětu“ (viz příklad zmíněný u úvodu této části práce). Rovněž je nutné mít na paměti, že pojem prostředku ve smyslu pokusu nezpůsobilým prostředkem nelze vykládat v rámci § 20 odst. 1 (příprava opatřováním prostředků a nástrojů). Zpravidla bude pojem prostředku širší, než jej chápe toto ustanovení (bude zahrnovat např. i dopis, kterým pachatel bude navádět jiného), na druhou stranu si lze však představit i opačnou situaci (prostředkem ve smyslu přípravy může být myšleno i např. vozidlo určené k dopravě na místo činu, které ovšem nelze považovat za prostředek ve smyslu nezpůsobilého pokusu/přípravy). Nezpůsobilý prostředek také nelze ztotožňovat s prostředkem jako fakultativním znakem skutkové podstaty trestného činu. Nezpůsobilý prostředek je totiž pojmem širším, nezahrnuje pouze prostředky výslovně vyžadované skutkovou podstatou, ale jakékoliv nástroje apod., které pachatel použije k tomu, aby dosáhl způsobení trestněprávně relevantního následku - např. u trestného činu vraždy podle § 140 není prostředek fakultativním znakem skutkové podstaty, použije-li však pachatel např. nedostatečně účinný jed nebo rozbitou zbraň, budou taková zbraň a takový jed nezpůsobilými prostředky.

¹⁸⁹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104-110

¹⁹⁰ DELAQUIS, Ernst. *Der untaugliche Versuch...* s. 91; EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 107

¹⁹¹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 107

¹⁹² citováno z: NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 61-62

¹⁹³ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 295

Nyní již přejdeme k výše zmíněnému dělení. Durmanov rozlišuje čtyři typy pokusu nezpůsobilými prostředky:

1. Případ, kdy pachatel použil místo způsobilého prostředku omylem prostředek nezpůsobilý - např. pachatel se přehmátl a vzal si nenabitou zbraň místo nabitě nebo neškodný prášek místo jedu.
2. Případ, kdy prostředku jinak způsobilého nebylo dostatečné množství ke způsobení následku - např. pachatel použil příliš malé množství jedu k usmrcení své oběti nebo příliš málo hořlavé kapaliny ke způsobení požáru.
3. Případ, kdy způsobilý prostředek nebyl použit způsobem, který by vedl ke způsobení následku - např. pachatel dal své oběti vypít jed, který by ovšem bylo nutné k žádanému účinku vpíchnout do žíly; pachatel použil funkční zbraň, s kterou ovšem neuměl zacházet, takže nevystřelila.
4. Případ, kdy byl jinak způsobilý prostředek v daném případě nedostatečně účinný - např. pachatel vystřelí do okna, které je z neprůstřelného skla.¹⁹⁴

Nezkusil nepokládá výše uvedené dělení za vhodné, zejména z důvodu, že nikterak nepomáhá v posuzování společenské nebezpečnosti a trestnosti jednotlivých typů pokusů.¹⁹⁵ Sám rozlišoval následující typické případy nezpůsobilého pokusu:

1. Pokus zcela nezpůsobilým prostředkem, který pachateli někdo podstrčil za pravý - např. z pachatelem připravené zbraně byly odstraněny náboje nebo byla lahvička s jedem zaměněna za neškodný odvar.
2. Pokus z nevědomosti - např. pachatel podá jinému látku, o níž je přesvědčený, že je jedovatá, ačkoliv tomu tak ve skutečnosti není; pachatel se svou obětí pokouší zastřelit na vzdálenost, která přesahuje možnosti zbraně.
3. Pokus z pověřivosti - např. pokus vraždy (nebo jakéhokoliv jiného trestného činu) zařikáním; pachatel se pokouší jiného otrávit cukrem.¹⁹⁶

U pokusu nezpůsobilými prostředky je však v každém případě nutné (na tom se shodne tehdejší i současná teorie) zkoumat, z jakého důvodu nedošlo k dokonání, proč byly pachatelem zvolené prostředky nezpůsobilé. V tomto ohledu lze v zásadě souhlasit s Nezkusilovým dělením. V prvním případě je nezpůsobilost dána zásahem třetí osoby, tedy okolností nezávislou na pachatelově vůli (obdobně by bylo možné posuzovat i pachatelův přehmat) - kdyby vše bylo tak,

¹⁹⁴ citováno z: NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 62

¹⁹⁵ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 64

¹⁹⁶ Tamtéž.

jak si pachatel předsevzal, k dokonání trestného činu by došlo. Jedná se tedy nepochybně o jednání společensky nebezpečné/škodlivé.

U pokusu z nevědomosti je příčinou nezpůsobilosti neznalost a nezkušenost pachatele. Bude nutné především posoudit, o jak velkou nevědomost se jedná, tj. zmýlil-li se pachatel jen ohledně konkrétních okolností (omyl ontologický) nebo ohledně přírodních zákonů (omyl nomologický), jedná-li se o omyl, kterého by se mohl dopustit každý, nebo o omyl, který svědčí o pachatelově „mentální nedostatečnosti“. Rozdílné tedy bude posuzování případu, kdy byl pachatel přesvědčený, že je možné zastřelit jiného na vzdálenost několika kilometrů, a případu, kdy se pachatel naopak mýlil pouze ve vzdálenosti, která jej dělila od oběti, přičemž se jednalo jen o otázku několika metrů.¹⁹⁷

Pokus z pověřivosti bude podle Nezkusila zpravidla beztrestným, i zde však lze nalézt případy, kdy bude žádoucí vyvodit trestní odpovědnost pachatele. Mohlo by se jednat právě o výše uvedený pokus „otrávit“ jiného cukrem - pokud by byla zamýšlenou obětí zdravá osoba, byla by společenská nebezpečnost (škodlivost) činu nízká a nejspíše by se jednalo o pokus beztrestný, ovšem např. u osoby nemocné cukrovkou by podání cukru mohlo vést k závažným následkům (obdobně jako podání alergenu osobě trpící silnou alergií). Podobnou konstrukci si lze představit i u na první pohled absolutně nezpůsobilé vraždy zaříkáním - zaříkání samotné by pochopitelně nebylo sto nikoho usmrtit, pokud by však zamýšlená oběť byla pověřivá (přičemž pachatel toto věděl a počítal s tím) a o „kletbě“ by se dozvěděla, mohla by např. dostat infarkt. V případě, že by pachatel počítal s tím, že jeho oběť trpí cukrovkou/je alergická/je pověřivá, a právě proto zvolil uvedené prostředky, jednalo by se nepochybně o jednání vyššího stupně nebezpečnosti (škodlivosti), které by mělo být postihováno.¹⁹⁸

Obdobný postoj (nutnost posuzovat jednotlivé pokusy individuálně a zabývat se zejména důvody, proč k dokonání nedošlo) zastává konstantně i judikatura. K posuzování společenské nebezpečnosti (závažnosti) pokusu absolutně nezpůsobilými prostředky uvádí hojně citované usnesení Nejvyššího soudu Slovenské republiky z roku 1990 následující: „*V rámci okolností, pro které nedošlo k dokonání trestného činu, je třeba zejména posoudit, zda neúspěch trestné činnosti byl způsoben převážně náhodnými okolnostmi nebo tím, že pachatel nebyl schopen zvolit způsobilé prostředky.*“¹⁹⁹ Pro zkoumání povahy použitých prostředků je podle usnesení

¹⁹⁷ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 66-67

¹⁹⁸ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 67

¹⁹⁹ volný překlad autorky - usnesení Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 10. 7. 1990, sp. zn. 3 To 20/90 (publikováno jako č. 12/1991 Sb. rozh. tr.)

Nejvyššího soudu ze dne 14. 1. 2015, sp. zn. 8 Tdo 1171/2014, významné především „*to, jakým způsobem je pachatel použil a jaká podle objektivních vlastností byla míra jejich nezpůsobilosti, zda tato nezpůsobilost vycházela již z jejich volby pachatelem, anebo zda byla na vůli pachateli nezávislá a byla dílem náhody.*“²⁰⁰ (Oběma rozhodnutími se budeme podrobněji zabývat v následující části práce.)

3.2 Příprava/pokus na nezpůsobilém předmětu útoku

Pokus na nezpůsobilém předmětu útoku definuje současná nauka jako jednání, kdy v okamžiku útoku pachatele konkrétní společenský vztah, na nějž bylo útočeno, buď vůbec neexistoval, anebo měl jiné vlastnosti, než si představoval pachatel.²⁰¹ Jedná se vlastně o pozitivní skutkový omyl ve způsobilosti nebo existenci předmětu a současně rovněž o pozitivní skutkový omyl v „*existenci nebo zasažitelnosti individuálního objektu trestného činu*“.²⁰² Právě pro úzkou souvislost předmětu trestného činu s objektem (neboť objekt trestného činu je zpravidla - u trestných činů, které mají předmět - zasažen právě prostřednictvím předmětu) byl tento druh nezpůsobilého pokusu starší naukou nazýván „*pokusem na nezpůsobilém objektu*“. Toto označení bylo v nauce kritizováno a podle Nezkusila je mnohem příhodnější právě označení „*pokus na nezpůsobilém předmětu útoku*“, jelikož důvodem nezpůsobilosti je právě to, že předmět nemá zákonem požadované vlastnosti (a nezasažení individuálního objektu trestného činu je teprve důsledkem nezpůsobilosti předmětu). Nicméně ani toto pojmenování nepovažuje Nezkusil za ideální, protože podle jeho názoru nezasahuje všechny případy, které jsou pod něj většinou zahrnovány, např. pokus na předmětu útoku, který neexistuje (neexistující předmět nemůže být nezpůsobilý), nebo případy, kdy předmět útoku není pojmovým znakem skutkové podstaty trestného činu²⁰³ (i v těchto případech ovšem můžeme o nezpůsobilém předmětu v některých případech hovořit, což vede ke zbytečnému matení pojmů - stejně jako pojem „*prostředek*“ je i pojem „*předmět*“ nutné chápat širěji než jen jako fakultativní znak skutkové podstaty).

V nauce se rovněž vedly spory ohledně zahrnutí případů, které Nezkusil nazývá „*pokusem na scházejícím objektu*“. Jedná se o pokus na předmětu, který se v době útoku nenachází na místě činu - logicky tedy nemůže dojít ani k zasažení individuálního objektu. Podle

²⁰⁰ usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. ledna 2015, sp. zn. 8 Tdo 1171/2014 (publikováno jako č. 42/2015 Sb. rozh. tr.)

²⁰¹ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 299; JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 288

²⁰² ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář* - 2. vyd. ... s. 299

²⁰³ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 50

Nezkusila je třeba tyto případy odlišovat od pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku, neboť se povahově více blíží způsobilému než nezpůsobilému pokusu.²⁰⁴ Eysselt však tyto případy k pokusům na nezpůsobilém předmětu útoku zahrnuje a stejně tak činí i současná nauka.²⁰⁵

Havenstein pak popíral samotnou pojmovou možnost pokusu na absolutně nezpůsobilém předmětu útoku (s výjimkou pokusu na neexistujícím předmětu). Podle něj se v tomto případě nejednalo o pokus, ale dokonáný čin, který nebude trestný pro nenaplnění znaků skutkové podstaty.²⁰⁶ Jako příklad uvádí pachatele, který úmyslně rozbije vázu, o níž si myslel, že je cizí (avšak ve skutečnosti je jeho) - tento pachatel tímto jednáním učinil vše, co učinit chtěl, předsevzal si, že rozbije vázu, a to také udělal. V tomto názoru však zůstal téměř osamocen, bylo mu vytýkáno, že ačkoliv skutečně došlo k „dokonání činu“, nenastalo ve skutečnosti to, co si pachatel původně předsevzal - pachatel chtěl rozbít cizí vázu a kdyby věděl, že se jedná o vázu, která patří jemu, patrně by ji nerozbíjel.²⁰⁷

Nejspornějším momentem v diskuzi o pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku však byla otázka jeho trestnosti a společenské nebezpečnosti. Jak již bylo uvedeno výše, jádrem celého problému byla skutečnost, že v případě pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku nedojde k zasažení individuálního objektu trestného činu, který je obligatorním znakem skutkové podstaty trestného činu (a který musí být přítomen u všech jednání, jež mají být trestná). Převažujícím názorem bylo, že by tyto pokusy, resp. jejich nejzávažnější případy, měly být považovány za trestné (objevily se však - dokonce i v judikatuře - názory, že takový pokus vlastně vůbec není pokusem²⁰⁸), nauka ani praxe se však nemohly shodnout na tom, jakým způsobem k této trestnosti dojít.²⁰⁹

Jedna z názorových skupin, reprezentovaná např. Poláčkem, zastávala v souladu s tehdejší ruskou naukou výrazně subjektivistické hledisko, neboť odvozovala nebezpečnost trestného činu ze subjektivní stránky pachatele. Jednání pachatele není možné posuzovat jen z fyzické stránky, je třeba vycházet z „*dialektické jednoty fyzické a psychické stránky jednání*“.²¹⁰ Nebezpečnost pokusu trestného činu, která je důvodem trestnosti, pak bude dána, pokud bude jednání

²⁰⁴ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 51

²⁰⁵ EYSEL, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104-105

²⁰⁶ DELAQUIS, Ernst. *Der untaugliche Versuch...* s. 287

²⁰⁷ EYSEL, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 103-104

²⁰⁸ NEZKUSIL, Jiří. *K problému tz. v. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku...* s. 852

²⁰⁹ Tamtéž - poznámka pod čarou označená *.

²¹⁰ POLÁČEK, František. K otázce tzv. nespůsobilého pokusu. *Právní obzor*. 1956, 39(1), 53-54. ISSN 0032-6984. s. 54

pachatele nebezpečné po psychické stránce.²¹¹ K trestnosti tedy postačí, existoval-li objekt v představách pachatele, pokud pachatel vycházel z reálných vztahů mezi předměty a jevy.²¹²

Další skupina se snažila u pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku dovést přímé ohrožení objektu trestného činu - tohoto docílil Nejvyšší soud v již zmíněném judikátu č. 57/1955 Sb. rozh. čs. soudů konstrukcí ohrožení obecného objektu při absenci objektu individuálního (objektem tedy není zájem společnosti na ochraně jednoho konkrétního života, ale života obecně). Toto rozhodnutí bylo však velmi kritizováno, bylo poukazováno mj. na to, že zavinění pachatele musí zahrnovat „konkrétní skutečnosti, které mají znaky výsledku uvedeného v zákoně, jednání popsané ve skutkové podstatě musí být konkretisováno jako určité jednání, stejně pak objekt jako společenský vztah, proti němuž trestný čin směřuje, musí být v jednotlivém případě realizován určitým konkrétním společenským vztahem“.²¹³ Kdyby tomu tak nebylo, musela by být přebudována celá konstrukce skutkové podstaty, zejména pak konstrukce následku, který je tradičně charakterizován jako porucha nebo ohrožení individuálního objektu.²¹⁴ Nehledě na to, že „obecné existuje jen ve zvláštním“²¹⁵ a „může být obecný objekt dotčen jen přes jednotlivý“.²¹⁶

Vybíral stavěl svou koncepci na ohrožení/porušení vedlejších objektů trestného činu. V případě, kdy hlavní individuální objekt (individuálním objektem podle Vybírala je např. konkrétní lidský život, konkrétní peněženka, která se měla nacházet v kapse oběti) neexistuje, může být nebezpečnost spatřována v ohrožení či porušení vedlejších individuálních objektů.²¹⁷ S tímto řešením nesouhlasil Filipovský. Tvrdil, že Vybíralova konstrukce říká v podstatě to samé jako výše zmíněné rozhodnutí, tedy že dovozuje existenci nějakého obecnějšího objektu. Sám konkrétní řešení nenavrhuje, podle něj je však význam objektu v této otázce přeceňován, nauka by se spíše měla soustředit na jiná hlediska, pomíjena by rozhodně neměla být např. subjektivní stránka jednání pachatele.²¹⁸

²¹¹ Tamtéž.

²¹² NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 52-53

²¹³ SOLNAŘ, Vladimír. Poznámky k diskuzi o t. zv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku. *Právník*. 1957, **96** (6), 565-567. ISSN 0231-6625. s. 565

²¹⁴ Tamtéž.

²¹⁵ SOLNAŘ, Vladimír, Jaroslav FENYK, Dagmar CÍSAŘOVÁ a Marie VANDUCHOVÁ. *Systém českého trestního práva*. Praha: Novatrix, 2009. ISBN 978-80-254-4033-9. s. 358

²¹⁶ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 56

²¹⁷ VYBÍRAL, Boris. *Pojem a význam objektu trestného činu v československém socialistickém trestním právu*. Praha: Československá akademie věd, 1956. Knihovna "Všehrdy". s. 17, poznámka pod čarou č. 20

²¹⁸ FILIPOVSKÝ, Jan. Několik poznámek k problému t. zv. nezpůsobilého pokusu. *Právník*. 1957, **96** (3), 251-252. ISSN 0231-6625

V kritice pojetí ohrožení vedlejších sekundárních objektů se k Filipovskému připojil i Tibitanzl. Konstrukce je podle něj přinejmenším zmatečná, když nepodává jasné vysvětlení, proč by měl být pachatel postížen právě za pokus toho trestného činu, jehož primární objekt neporušil, a nikoliv za trestný čin, jehož primární objekt je shodný se sekundárním objektem prvního trestného činu. Podle logiky tohoto pojetí tedy nevidí Tibitanzl důvod, proč pachatele, který se pokusí ukončit těhotenství ženy, jež nebyla těhotná, postihovat za pokus trestného činu usmrcení plodu a nikoliv za trestný čin ublížení na zdraví, když právě zdraví ženy je sekundárním objektem, který měl být nezpůsobilým pokusem dotčen. Podle Tibitanzla může jednání pachatele ohrožovat i jiné společenské vztahy než ty, které nese předmět útoku, a tyto vztahy mohou být ohroženy i bez toho, aby byl zasažen hmotný předmět útoku - klíčový je zde zejména úmysl pachatele.²¹⁹ Objektem trestného činu je totiž obecně zájem společnosti na ochraně majetku, na životě člověka apod., nikoliv konkrétní život člověka - k poškození objektu může dojít, i když konkrétní předmět útoku nebyl nositelem chráněného vztahu (např. zájem společnosti na ochraně osobního vlastnictví objektivně existuje bez ohledu na to, zda má konkrétní osoba v kapse peníze či nikoliv). Určité jednání tedy může poškozovat zájmy společnosti a objekt trestného činu, ačkoliv nepoškozuje „*předmět útoku jako součást vnějšího světa, nesoucí trestním zákonem chráněné společenské vztahy*“.²²⁰

Solnař dospěl k závěru, že trestný čin neohrožuje jen jeden konkrétní společenský vztah, ale celou skupinu společenských vztahů (objektů) stejného druhu. Skutková podstata neposkytuje ochranu jenom jednomu společenskému vztahu, nýbrž celému komplexu vztahů, přičemž všechny tyto vztahy byly pachatelovým jednáním ohroženy. Tento závěr považuje za správný i s ohledem na účel trestu, který nemůže chránit možná už neexistující individuální objekt. Při posuzování nebezpečnosti trestného činu je nutné brát ohled také na znaky mimo skutkovou podstatu, neboť ta uvádí jen znaky, které musí být minimálně splněny, aby bylo jednání trestným činem, a rovněž na osobu pachatele a povahu jeho úmyslu. Jako další důvod pro vyslovení závěru o společenské nebezpečnosti pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku pak Solnař uvádí znepokojení vyvolané trestným činem (spáchání trestného činu svědčí o selhání mechanismů, které měly trestné činnosti zabránit), a také nebezpečí opakování trestného činu.²²¹

²¹⁹ TIBITANZL, Karel. K otázce t. zv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku. *Právník*. 1957, **96** (3), 252-256. ISSN 0231-6625

²²⁰ TIBITANZL, Karel. K otázce t. zv. nezpůsobilého pokusu. *Socialistická zákonnost*. 1956, **4** (8), 468-479. ISSN 0037-8305. s. 473

²²¹ SOLNAŘ, Vladimír. *Poznámky k diskuzi o t. zv. pokusu...* s 565-567

Nezkusil vycházel jak z Vybíralova, tak ze Solnařova pojetí. Důvodem trestnosti pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku je podle něj především skutečnost, že dochází k ohrožení společenských vztahů (objektů) téhož druhu, jako byl neexistující individuální objekt, jelikož vlastně jen náhoda způsobila, že pachatel nedokonal trestný čin na způsobilém předmětu. Úloha náhody pak pokus na nezpůsobilém předmětu nikterak neodlišuje od „obvyklého“ pokusu - případ pachatele, který střílí na mrtvolu nebo podplácí někoho, o němž je přesvědčen, že je úřední osobou, není přece nijak zásadně méně nebezpečný než případ zloděje, který krádež nedokonal jen z důvodu, že budova, do které se chtěl vloupat, byla zamčená. Menší míru ohrožení navíc vyrovnává reálné nebezpečí opakování útoku, který by v dalším případě již mohl být úspěšný.²²²

Porovnáme-li výše uvedené koncepce s konstrukcí trestní odpovědnosti současného trestního zákoníku, dojdeme podle mého názoru k závěru, že jí nejlépe odpovídají koncepce, kladoucí důraz na úmysl pachatele (tedy např. Poláčkova či Tibitanzlova). Obdobně jako současný trestní zákoník totiž stojí na odpovědnosti za zavinění - trestá pachatele za to, k čemu směřoval jeho úmysl (a proto, že k tomu směřoval jeho úmysl), nikoliv za to, co fakticky spáchal. Její konstrukce rovněž odpovídá současnému ustanovení o pozitivním skutkovém omylu. Pro použití zásady subsidiarity trestní represe jsou však významné i argumenty Solnařovy a Nezkusilovy, podle nichž je nezpůsobilé pokusy nutné postihovat také z preventivních důvodů. Rovněž lze souhlasit s dalším Nezkusilovým stanoviskem, že trestní odpovědnost pachatele by rozhodně neměla záviset na náhodě.

Jak již bylo řečeno výše, v nauce se vedly spory také o to, jaké případy můžeme pod pokus na nezpůsobilém předmětu útoku zahrnovat. V současné době převažuje názor, který zastával např. Eysselt²²³, totiž že pokusem na nezpůsobilém předmětu je útok, který směřuje vůči předmětu, který

- neexistuje fakticky, tedy v hmotném slova smyslu - např. pokus krádeže zničené věci; pokus krádeže věci, která nikdy neexistovala (např. pachatel zaslechne, jak se někdo chlubí, že vlastní vzácný náhrdelník, ačkoliv to není pravda, a pachatel se tento

²²² NEZKUSIL, Jirí. *Studie o pokusu...* s. 54-61. Ve své starším článku *K problému tz. v. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku* (1956) převzal Nezkusil takřka úplně Vybíralovo hledisko, ve své monografii však, jak sám uvádí v jejím úvodu, „své názory opravil, resp. rozvinul“. - NEZKUSIL, Jirí. *K problému tz. v. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku*. *Právník*. 1956, **95** (9), 852-865. ISSN 0231-6625; NEZKUSIL, Jirí. *Studie o pokusu...* s. 4

²²³ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104-105

náhrdelník pokusí odcizit); pokus pytláčení zvěře, která v našich lesích vůbec nežije (Poláček uvádí úsměvný příklad pokusu lovu slonů v našich lesích²²⁴);

- neexistuje právně, tedy nemá vlastnosti požadované skutkovou podstatou - např. oběť je již mrtva; věc, která je předmětem krádeže, pachateli náleží; žena, kterou pachatel svádí k přerušení těhotenství, není těhotná; žena, s níž pachatel souloží, není jeho dcera (zde by šlo uvažovat také o pokusu nezpůsobilým subjektem);
- existuje, avšak v době činu se nenachází na místě útoku - např. oběť, kterou chtěl pachatel usmrtit, se nenacházela na pachatelem předpokládaném místě; peněženka, kterou chtěl pachatel odcizit, byla v jiné kapse, než do které pachatel sáhl;
- existuje, avšak za daných okolností nemůže k dokonání činu dojít - např. pachatel zaútočí nožem na člověka, který má pod oblečením drátěnou košili, po níž dýka sjede (zde by ovšem šlo uvažovat také o pokusu nezpůsobilými prostředky).²²⁵

Nezkusil ve své publikaci uvádí (ve své době) nejčastější typy nezpůsobilých pokusů, a to (1.) pokus vraždy na osobě, která již zemřela dříve z jiného důvodu²²⁶, (2.) pokus neposkytnutí pomoci osobě, která ovšem už předtím zemřela v důsledku dopravní nehody, (3.) pokus usmrcení lidského plodu na ženě, která nebyla těhotná a (4.) pokus pod-placení osoby, kterou pachatel mylně považuje za veřejného činitele.²²⁷ Ačkoliv nemám k dispozici žádné statistiky, dovoluji si tvrdit, že dnes bude situace obdobná (s výjimkou třetího případu). Častým bude nepochybně rovněž nezpůsobilý pokus krádeže (pachatel sáhne do prázdné kapsy - tento pokus ovšem Nezkusil k pokusům na nezpůsobilém předmětu nezahrnoval - viz výše), pokusy verbálních trestných činů na osobách, které jsou hluché, nedoslýchavé nebo jinak neschopné porozumět hrozbě, pokusy pohlavního zneužití na osobách starších patnácti let nebo pokusy

²²⁴ POLÁČEK, František. *Pokus a vina ...* s. 206

²²⁵ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104-105

²²⁶ Zvláštním případem pak bude nezpůsobilý pokus vraždy novorozeného dítěte jeho matkou (trestný čin vraždy podle § 140 odst. 1, 3 písm. c) nebo trestný čin vraždy novorozeného dítěte matkou podle § 142). Specifickým ho činí především skutečnost, že v části případů nebude možné postavit najisto, zdali se dítě narodilo mrtvé či živé, a zdali se tedy jednalo o dokonání trestného činu nebo pokus na nezpůsobilém předmětu. Pokud se tělíčko dítěte nenajde, přicházejí tři možné varianty řešení - (1.) dokonání trestného činu vraždy v případě, že se dítě narodilo živé a matka jej poté úmyslně usmrtila, (2.) pokus vraždy na nezpůsobilém předmětu v případě, že se dítě narodilo mrtvé, avšak matka se jen v domnění, že je naživu, pokoušela usmrtit, (3.) dokonání trestného činu hanobení lidských ostatků podle § 359 v případě, že se dítě narodilo mrtvé a matka se pak posléze zbavila těla. Vzhledem k zásadě *in dubio pro reo* však bude ve většině případů namísto první varianty vyloučit (nepodaří-li se jinými prostředky prokázat, že se dítě narodilo živé, bude nutné vycházet z předpokladu, že se narodilo mrtvé). Posouzení případu pak bude záležet na tom, uvěří-li soud obhajobě obviněné, která se bude zpravidla odvolávat na to, že již od počátku věděla, že se dítě narodilo mrtvé. Pokud se tak nestane, bude případ posouzen jako pokus na nezpůsobilém předmětu útoku. Toto řešení preferuje např. Jiří Kučera ve svém článku věnovaném vraždě novorozeného dítěte matkou. - KUČERA, Jiří. Naplnění znaků skutkové podstaty trestného činu vraždy novorozeného dítěte matkou. *Trestněprávní revue*. 2003, 2 (5), 139-144. ISSN 1213-5313

²²⁷ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 52

trestného činu podvodu v případě, kdy se pachatel pokusí uvést v omyl soud (např. podáním vědomě nepravdivé žaloby, předložením nepravých listin, uplatněním neexistujících pohledávek). Podle judikatury je soud v tomto ohledu totiž absolutně nezpůsobilým předmětem.²²⁸

V judikatuře byl řešen případ nezpůsobilého pokusu trestného činu poškozování věřitele, kdy pachatel převedl na své syny nemovitost zatíženou zástavním právem, jímž byla zajištěna pohledávka převyšující hodnotu nemovitosti. K tomuto Nejvyšší soud uvedl: „*I kdyby v důsledku zástavního práva váznoucího na převedeném majetku nebylo možné takový majetek ani zčásti použít (též) k uspokojení pohledávky jiného než zástavního věřitele, nebyla by vyloučena trestní odpovědnost dlužníka za pokus trestného činu poškozování věřitele podle § 8 odst. 1 k § 256 TrZ (nyní trestný čin poškozování věřitele podle § 21 odst. 1 k § 222 - pozn. autorky) spáchaný ve vztahu k tomuto jinému věřiteli, ovšem jen za pokus na nezpůsobilém předmětu útoku. Trestnost takového nezpůsobilého pokusu je pak podmíněna závěrem o tom, že pachatel jednal ve skutkovém omylu a v rozporu se skutečností předpokládal, že převáděný majetek je použitelný k uspokojení jiného věřitele, přičemž úmysl pachatele směřoval k poškozování tohoto věřitele.*“²²⁹

Příkladem přípravy na nezpůsobilém předmětu (podrobněji bude rozebrán níže) je případ, kdy pachatel prostřednictvím elektronické komunikace kontaktoval za účelem spáchání trestného činu znásilnění na nezletilých dětech několik dospělých osob se žádostí, jestli by mu za úplatu „poskytly“ své vlastní děti. V několika případech však oslovil i osoby, které vůbec děti neměly, což soud označil za nezpůsobilou přípravu. Toto zjištění však podle soudu „*nemůže vést k závěru o beztrestnosti přípravy. Příprava se v daném případě vyznačovala takovým způsobem provedení, který zásadně mohl vést ke spáchání zamýšleného trestného činu, byť jen při splnění dalších podmínek, které již nebyly v moci obviněného a které závisely na osobních poměrech adresátů jeho nabídek a na jejich reakci. Ze strany obviněného šlo o jednání, které se v jiných srovnatelných případech ukázalo jako plně způsobilé vést ke spáchání zamýšleného trestného činu.*“²³⁰ Dalším příkladem nezpůsobilé přípravy by mohl být návod k trestnému činu křivého svědectví na osobě, která ve skutečnosti není v procesním postavení svědka, ačkoliv si to pachatel myslí.²³¹

²²⁸ např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2005, sp. zn. 11 Tdo 229/2004 (publikováno jako č. 24/2006 Sb. rozh. tr.), usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 12. 2005, sp. zn. 7 Tdo 1442/2005, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 10. 2006, sp. zn. 6 Tdo 890/2006, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 2. 2010, sp. zn. 4 Tz 2/2010

²²⁹ usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. září 2006, sp. zn. 5 Tdo 1116/2006

²³⁰ usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 7. 2014, sp. zn. 7 Tdo 708/2014

²³¹ rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 1. 1997, sp. zn. 2 Tzn 159/1996

Pojem „pokus na nezpůsobilém předmětu útoku“ by mohl svádět ke spojení se zvláštním případem skutkového omylu - „omylem v předmětu útoku“. Kromě názvu spolu však tyto dvě konstrukce nemají mnoho společného. Pokus na nezpůsobilém předmětu útoku je klasickým případem pozitivního skutkového omylu - pachatel mylně předpokládá existenci okolnosti, která podmiňuje jeho trestní odpovědnost (existenci, přítomnost nebo vlastnost předmětu útoku), ovšem vzhledem k absenci této okolnosti nedojde ke způsobení následku a k dokonání trestného činu (např. pachatel pokládal strom za osobu, kterou chtěl usmrtit). Omyl v předmětu útoku naproti tomu spočívá v tom, že pachatel zasáhne předmět útoku a způsobí tak následek vyžadovaný skutkovou podstatou, ovšem nejedná se o ten předmět útoku, který pachatel zasáhnout chtěl (jedná se však o ten předmět útoku, na nějž pachatel svůj útok směřoval, mylil se v tom, že osobu A pokládal za osobu B apod.). Zatímco pokus na nezpůsobilém předmětu útoku může, v případě absolutní nezpůsobilosti, vést až k beztrestnosti pachatele, omyl v předmětu útoku je právně naprosto bezvýznamný, jelikož pachatel skutkovou podstatu naplnil a trestný čin dokonat (byť ne tak, jak si původně představoval).²³²

Naproti tomu u aberace, dalšího zvláštního případu pozitivního skutkového omylu, bude pokus na nezpůsobilém předmětu útoku možný. Jako aberaci označujeme případ „odchýlení od rány“, kdy pachatel zasáhne jiný předmět útoku, než byl ten, na který mířil. Jeho jednání pak bude posuzováno jako pokus úmyslného trestného činu vůči předmětu, který chtěl zasáhnout, a dokonatý nedbalostní trestný čin vůči předmětu, který skutečně zasáhl, v jednočinném souběhu.²³³ Pokud bude ovšem první předmět útoku nezpůsobilý (prakticky si lze představit pouze případ, kdy nebude podle Eysselta „právně existovat“, tedy případ, kdy předmět útoku nebude mít požadované vlastnosti), bude nezpůsobilým i pokus, za nějž bude pachatel odpovědný. Jednalo by se tedy o kombinaci dvou omylů - pozitivní skutkový omyl ohledně způsobilosti předmětu útoku a aberaci jako omyl v příčinné souvislosti. Protože pachatel, na rozdíl od „prostého“ pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku, předmět útoku - byť jiný, než zamýšlel - stejně zasáhne, nebude nejspíše možné uvažovat o jeho beztrestnosti.

²³² STOČESOVÁ, Simona. *Omyl v českém a zahraničním trestním právu...* s. 59-62

²³³ STOČESOVÁ, Simona. *Omyl v českém a zahraničním trestním právu...* s. 69

3.3 Příprava/pokus nezpůsobilým subjektem

O pokusu nezpůsobilým subjektem (nebo také o „pokus nezpůsobilým pachatelem“ či o „pokus nezpůsobilém co do podmětu“²³⁴) hovoříme tehdy, byl-li pachatel mylně přesvědčen, že má určité vlastnosti, způsobilost či postavení a v tomto přesvědčení se pokusil spáchat trestný čin, který tyto vlastnosti, způsobilost či postavení vyžaduje. Řečeno jinak, pachatel se domnívá, že je konkrétním či speciálním subjektem, ačkoliv tomu tak ve skutečnosti není, a pokusí se spáchat pravý zvláštní delikt, případně naplnit kvalifikovanou skutkovou podstatu nepravého zvláštního deliktu. V jádru tohoto nezpůsobilého pokusu je stejně jako v jádru jiných nezpůsobilých pokusů pozitivní skutkový omyl (pachatel je přesvědčen, že byl platně jmenován do veřejné funkce), případně omyl o normativních znacích skutkové podstaty (pachatel je přesvědčen, že je v postavení svědka). Jelikož se však tento omyl týká pachatele samého a jeho způsobilosti spáchat určitý trestný čin, jedná se o „nejkontroverznější“ z nezpůsobilých pokusů - zatímco někteří autoři zařazují tento pokus mezi pokus nezpůsobilými prostředky v širším slova smyslu (na rozdíl od současné německé nauky, která má s českou naukou o pokusu jinak mnoho společného²³⁵), jiní popírají dokonce i jeho pojmovou možnost.²³⁶

Zastánci druhého z výše zmíněných názorů vycházejí z předpokladu, že konkrétní nebo speciální subjekt nemůže scházet u trestných činů, které mohou spáchat jenom tyto subjekty. Tyto trestné činy jsou totiž adresované pouze tomuto omezenému okruhu osob, pokud by zde tyto osoby nebyly, nebyl by přítomen znak skutkové podstaty.²³⁷ Podle Nezkusila pak absence speciálního/konkrétního subjektu vede i k absenci individuálního objektu - takové jednání tedy nemůže být nebezpečné pro společnost, a proto nemůže být ani pokusem.²³⁸ Obdobný názor

²³⁴ Toto označení používá např. Eysselt. - EYSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 103

²³⁵ např. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*. 5... s. 535; MARAUCH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL, Dieter ZIPF, Dieter DÖLLING, Christian LAUE a Joachim RENZIKOWSKI. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tb 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. 8., völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2014. ISBN 978-3-8114-5032-5. s. 84; TOFAHRN, Sabine. *Strafrecht Allgemeiner Teil II: Unterlassungsdelikt, Versuch, Täterschaft und Teilnahme, Konkurrenzen*. 3., völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2013. ISBN 978-3-8114-7075-0. s. 8

²³⁶ Pokus nezpůsobilým subjektem jako samostatný druh pokusu rozlišují např. JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 288-289; KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné...* s. 337; EYSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 103. Odůvodněnost tohoto rozlišování obhajuje ve svém článku KUČERA, Pavel. Nezpůsobilý pokus. Pokus nezpůsobilého subjektu. *Trestněprávní revue*. 2008, 7(5), 144-149. ISSN 1213-5313. Oproti tomu mezi pokus nezpůsobilými prostředky jej zařazují např. ŠÁMAL, Pavel. *Trestní právo hmotné...* s. 248; SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 335, 356, ze starších autorů pak také např. MÍŘÍČKA, August. *Trestní právo hmotné...* s. 76; KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné...* s. 68; PRUŠÁK, Josef. *Rakouské právo trestní...* s. 120-121. Novotný se pak o tomto druhu pokusu vůbec nezmiňuje, uvádí pouze pokus nezpůsobilými prostředky a pokus na nezpůsobilém předmětu. - NOVOTNÝ, František a Josef SOUČEK. *Trestní právo hmotné*. 3. rozš. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2010. ISBN 978-80-7380-291-2. s. 194

²³⁷ SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 335

²³⁸ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 18

zastávají i Hasch s Červenkou, speciální subjekt podle nich „*hraje ve vztahu k individuálnímu objektu roli aktivní, neboť se nutně stává charakteristickým prvkem příslušného společenského vztahu, a to prvkem natolik důležitým, že bez něj tento vztah ztrácí smysl, přestává existovat*“.²³⁹ Zvláštního deliktu se tedy nemůže dopustit ten, kdo si o sobě pouze myslí, že je speciálním subjektem. Absence subjektu zároveň znamená i absenci objektu a při absenci obou těchto znaků chybí zájem společnosti „*korigovat pomocí trestního zákona takového mylícího se pachatele*“.²⁴⁰ Solnař pak uvádí, že i kdyby byl tento typ nezpůsobilého pokusu uznán za pokus (Solnař tedy jeho pojmové vymezení v zásadě nepopírá), byl by patrně beztrestným pro absenci nebezpečnosti činu pro společnost.²⁴¹ Co se týče zařazení tohoto druhu pokusu mezi pokus nezpůsobilými prostředky, podle Solnaře „*nic nebrání tomu takový subjekt zařadit pod nezpůsobilé prostředky v širším slova smyslu, protože někdy bývá velmi obtížné přesné ohraničení rozdílů*“.²⁴² S výše uvedenými tvrzeními však stejně jako Kučera²⁴³, Eysselt²⁴⁴ nebo Kratochvíl²⁴⁵ nesouhlasím.

Závěr, že pokus nezpůsobilým subjektem je možné podřadit pod pokus nezpůsobilými prostředky, podle mého v první řadě neodpovídá konstrukci trestní odpovědnosti v našem právu ani konstrukci pokusu. Pokus je chápán jako jednání, které splňuje všechny znaky skutkové podstaty s výjimkou následku a příčinné souvislosti. Nezpůsobilým pokusem je pak takový pokus, kterému schází ještě další znak, jehož absence způsobí, že pokusné jednání pachatele by nemohlo dojít k dokonání. V případě pokusu na nezpůsobilém předmětu „schází“ (přínejmenším v potřebné kvalitě) předmět útoku, u pokusu nezpůsobilým prostředkem prostředek. Předmět a prostředek jsou fakultativními znaky objektivní stránky skutkové podstaty (ačkoliv pro účely nezpůsobilého pokusu jsou tyto pojmy pojímány širěji) - nezpůsobilý prostředek způsobí nezpůsobilost jednání pachatele, nezpůsobilý předmět pak nezpůsobilost následku. Naproti tomu nezpůsobilý pachatel způsobí nezpůsobilost subjektu. Už z hlediska systematiky tedy nedává smysl, aby byl „nedostatek“ u subjektu řazen do stejné kategorie jako „nedostatek“ objektivní stránky.

²³⁹ HASCH, Karel. *K řešení některých zvláštních případů pozitivního skutkového omylu...* s. III

²⁴⁰ Tamtéž.

²⁴¹ SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 335

²⁴² SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 356

²⁴³ KUČERA, Pavel. *Nezpůsobilý pokus...* s. 145-149

²⁴⁴ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 103

²⁴⁵ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné...* s. 337; ŠÁMAL, Pavel. *Judikatura k omylu v trestním právu. Soudní rozhledy.* 1998, 4(10), 253-256. ISSN 1211-4405

V úvahu by měla být vzata rovněž skutečnost, že pokus nezpůsobilým subjektem vykazuje od pokusu nezpůsobilými prostředky značné odlišnosti. Zatímco pokus nezpůsobilými prostředky je charakterizován vadnou volbou nástrojů nebo jinou vadou v postupu, u pokusu nezpůsobilého subjektu je „chyba“ v samotném pachateli. Pachatel není v omylu ohledně vnějších okolností, ale ohledně sebe samého - je přesvědčen, že má nějakou zákonem požadovanou vlastnost/schopnost, ačkoliv ji ve skutečnosti nemá. Pokládat absenci jisté vlastnosti za prostředek zní jistě poněkud nelogicky, neřku-li až absurdně. Pachatel, který je o sobě přesvědčen, že je např. úřední osobou (typicky neví, že byl neplatně jmenován, nebo že byl platně odvolán), může používat ke spáchání trestného činu zneužití pravomoci úřední osoby (§ 329) způsobilé prostředky (tiskárna, úřední razítko), jeho jednání však bude nezpůsobilým pokusem pro absenci zvláštního postavení pachatele. Jistě nelze stavět na rovinu např. zfalšované razítko (jako nezpůsobilý prostředek) a absenci statusu úřední osoby. Zatímco první vadu může pachatel v dalším jednání poměrně snadno odstranit (záleží ovšem na konkrétním trestném činu a konkrétním prostředku), u druhé vady to, v závislosti na požadované vlastnosti, bude podstatně obtížnější, jelikož chyba je v pachateli samém.

Jako argument proti zařazování pokusů nezpůsobilým subjektem k pokusu na nezpůsobilém prostředku je rovněž možné uvést, že autoři, kteří takto činí, leckdy tento pokus přesto odlišují od pokusu nezpůsobilým prostředkem tím, že jej považují za beztrestný. Tito autoři podle Kučery navíc *„k odůvodnění trestnosti pokusu nezpůsobilým prostředkem... používají argumenty, které jsou v rozporu s argumenty, jež užívají k odůvodnění beztrestnosti pokusu nezpůsobilého subjektu“*, což činí tento názor neudržitelným.²⁴⁶

Pokud jde o samotnou pojmovou možnost pokusu nezpůsobilým subjektem, je podle mého názoru nutné vycházet především ze samotné podstaty pokusu a také z pojetí pozitivního skutkového omylu. Pokus je, jak již bylo uvedeno výše, definován tím, že mu schází některý ze znaků skutkové podstaty. Pachatel jednající v pozitivním skutkovém omylu jedná v domněnku, že naplňuje znaky skutkové podstaty trestného činu, ačkoliv tomu tak není. V případě pokusu nezpůsobilým subjektem se tento omyl týká vlastností samotného pachatele. Subjekt trestného činu je však jenom jedním ze znaků skutkové podstaty, není znakem jediným ani znakem určujícím, neboť znaky skutkové podstaty jsou podle teorie navzájem rovnocenné. Lze souhlasit s názorem, že pokus nezpůsobilým subjektem bude obecně méně společensky nebezpečný/škodlivý než ostatní druhy nezpůsobilých pokusů (avšak záleží na konkrétním případě, zejména na

²⁴⁶ KUČERA, Pavel. *Nezpůsobilý pokus...* s. 146

důvodu nedokonání a příčině omylu), rozhodně však nelze říci, že by měl být *a priori* každý takový pokus beztrestný. Jak napovídá i konstrukce skutkových omylů v § 18 (a jak už bylo v této práci několikrát zmíněno), současný trestní zákoník stojí na subjektivní odpovědnosti za zavinění a nikoliv na odpovědnosti za následek. V případě pokusu nezpůsobilým subjektem k následku sice nedošlo a ani dojít nemohlo, pachatel ovšem tento škodlivý následek způsobit chtěl a nezpůsobil jej pouze z důvodů, které byly na jeho vůli nezávislé, což by mu rozhodně nemělo jít ku prospěchu.

Lze se vypořádat i s argumentem, že pachatel, který nemá požadované postavení, vlastnosti či způsobilost, by se tohoto činu nemohl dopustit ani v budoucnu, a proto není zájem takového pachatele trestat.²⁴⁷ Vezmeme-li si např. případ politika, který v přesvědčení, že byl platně zvolen poslancem (ačkoliv tomu tak nebylo, protože došlo k pochybení volební komise), zneužije své pravomoci (resp. se je pokusí zneužít), lze nepochybně říci, že existuje důvodná obava, že kdyby tento politik byl skutečně zvolen, pokusil by se o obdobné jednání znovu, což jistě není žádoucí. Navíc, ačkoliv k dokonání činu nedošlo a dojít nemohlo, je nutno uznat, že takovýto politik svým jednáním s největší pravděpodobností ohrozil důvěru veřejnosti v řádné fungování veřejné moci - dalo by se tedy vlastně říci, že fakticky (byť nikoliv právně) následek způsobil. Obdobně lze uvažovat i ve skutečném případě oznamovatele trestného činu, který byl vyslýchán jako svědek ještě před zahájením trestního stíhání a v domnění, že svědkem skutečně je, křivě vypovídal před policejním orgánem (přitom kdyby se jednalo o neodkladný a neopakovatelný úkon, což by ovšem bylo možné posoudit až později, pachatel by v postavení svědka skutečně byl).²⁴⁸ Opět, i zde se „pachatel“ nestal speciálním subjektem pouhou náhodou, resp. chybou jiného (přesněji „chybou jiného si myslel, že se tímto subjektem stal“). Tato náhoda by jistě neměla pachateli svědčit natolik, aby (sama o sobě) činila jeho trestné jednání beztrestným. Mohlo by pak dojít k absurdní situaci, kdy jeden ze dvou pachatelů, kteří laicky řečeno „udělají to samé“, bude beztrestným pouze proto, že byl o svém stavu/postavení/funkci chybně informován.

²⁴⁷ Toto uvádí např. Hasch s Červenkou. - HASCH, Karel a Ladislav ČERVENKA. K řešení některých zvláštních případů pozitivního skutkového omylu (zejména z hlediska trestní odpovědnosti osoby vyslýchané jako svědek před zahájením trestního stíhání, ač nešlo o neodkladný nebo neopakovatelný úkon). *Trestní právo*. 1998, 3(6), příloha, s. I-IV. ISSN 1211-2860.

²⁴⁸ V této věci rozhodoval Nejvyšší soud, a to rozsudkem ze dne 7. 1. 1997, sp. zn. 2 Tzn 159/1996. Tento případ zmiňují např. ŠÁMAL, Pavel. *Judikatura k omylu v trestním právu*; ŠÁMAL, Pavel. Výběr ze soudních rozhodnutí z oblasti trestněprávní. *Soudní rozhledy*. 1998, 4(9), 247-249. ISSN 1211-4405; HASCH, Karel. *K řešení některých zvláštních případů pozitivního skutkového omylu...* s. I-IV; KUČERA, Pavel. *Nezpůsobilý pokus...* s. 147

Konečně, namítají-li někteří autoři absenci individuálního objektu trestného činu, je možné použít stejné argumenty jako v případě pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku (viz výše). I nezpůsobilý pachatel vyvolá svým jednáním nebezpečí pro právní vztahy, jeho jednání totiž postihuje společenské vztahy stejného druhu jako individuální objekt, který by byl narušen dokonáním trestným činem, a je tu dána rovněž nebezpečnost takového pachatele pro společnost (vyjádřená již jeho úmyslem spáchat trestný čin).

Lze tedy uzavřít, že i tento nezpůsobilý pokus by měl být v zásadě trestný. Výjimku by měly představovat, stejně jako u ostatních druhů nezpůsobilých pokusů, pouze případy, kde zcela absentuje společenská škodlivost (tedy zpravidla případy jednání pachatele v nomologickém omylu).

Klasickým příkladem pokusu nezpůsobilým subjektem bude již zmíněný případ pachatele, který se v domnění, že je úřední osobou, pokusí spáchat trestný čin zneužití pravomoci úřední osoby, dále případ pachatele, který se v domnění, že je vojákem, pokusí spáchat některý z vojenských trestných činů, pachatele, který se v domnění, že je dlužníkem konkrétního věřitele pokusí tohoto věřitele poškodit, nebo pachatele, který se v domnění, že je v postavení svědka, pokusí spáchat trestný čin křivé výpovědi. Ovšem ačkoliv je institut pokusu nezpůsobilým subjektem tradičně spojován se zvláštními trestnými činy a pojmy konkrétní a speciální pachatel, lze si nezpůsobilého pachatele představit i u jiných trestných činů. Může se jednat např. o osobu, která je mylně přesvědčena, že trpí nakažlivou nebo pohlavní chorobou, anebo která touto chorobou skutečně trpí, avšak v době páchaní příslušných ohrožovacích trestných činů proti životu a zdraví není infekční. Podle mého názoru by bylo možné mezi pokusy nezpůsobilým subjektem zařadit i případ pachatele trestného činu dvojího manželství, jehož první sňatek nebude platný podle českého práva, pachatele, který v domnění, že je otcem (ačkoliv jím není), záměrně neplní svou vyživovací povinnost vůči „svým“ dětem, nebo pachatele, který je přesvědčený, že osoba, s níž souloží, je jeho pokrevní příbuznou (tento případ by bylo možné posuzovat i jako případ pokusu na nezpůsobilém předmětu - viz výše). V judikatuře (případ rozebrán níže) pak byl řešen případ, kdy byl za nezpůsobilého pachatele pokusu trestného činu znásilnění prohlášen pachatel, který pro svou homosexuální orientaci nebyl schopen vykonat na své oběti soulož.

Od nezpůsobilého pachatele je třeba rozlišovat pachatele, kterého bychom mohli nazvat „nešikovným“. Bude se jednat o pachatele, který je sice způsobilým subjektem v právním slova smyslu, avšak není způsobilým pachatelem ve faktickém slova smyslu, tj. nemá potřebné znalosti na to, aby mohl použít speciálního nástroje, který si pro spáchání trestného činu

připravil. Tento případ řadí Eysselt k pokusu nezpůsobilým prostředkem²⁴⁹, ačkoliv by nepochybně bylo možné najít důvody zařazení takového případu k pokusu nezpůsobilým subjektem (dalo by se říct, že se v lecčems podobá výše zmíněnému případu homosexuálního pachatele). O něco obtížnější by pak bylo posuzování případu, kdy téměř slepý pachatel v domnění, že se mu podaří zasáhnout svou obět', na ni vystřelí zbraní, vinou svého špatného zraku však mine - bude se jednat o pokus nezpůsobilým subjektem (pachatelův zrak, který byl ve skutečnosti horší, než předpokládal, mu znemožnil zasáhnout předmět útoku), pokus na nezpůsobilém předmětu (pachatel byl přesvědčen, že se předmět útoku nachází na místě, na kterém ve skutečnosti nebyl), nebo o způsobilý pokus, jako kdyby pachatel minul pouze vinou své nešikovnosti? I z tohoto důvodu, jak jsem již uvedla výše, považuji rozlišování jednotlivých druhů nezpůsobilých pokusů za problematické.

3.4 Kombinace

Kromě výše zmíněných základních typů nezpůsobilých pokusů lze konstruovat také kombinace jednotlivých typů - pokus nezpůsobilými prostředky na nezpůsobilém předmětu (A), pokus nezpůsobilými prostředky nezpůsobilým subjektem (B), pokus nezpůsobilým subjektem na nezpůsobilém předmětu (C) a kombinaci všech tří typů (D). Tyto nezpůsobilé pokusy se budou vyznačovat nižší společenskou škodlivostí, jelikož pachatelovo zavinění zde bude „dotčeno“ více pozitivními skutkovými omyly a spáchání trestného činu bude ještě o něco „nemožnější“ než u jednoduchých případů nezpůsobilého pokusu.

A) Příkladem pokusu nezpůsobilými prostředky a zároveň pokusu na nezpůsobilém předmětu bude případ pachatele, který se pokusí otevřít prázdnou, avšak zabezpečenou pokladnu (nezpůsobilý předmět) obyčejným klíčem (nezpůsobilý prostředek). Obdobně také případ, kdy pachatel vystřelí „slepý náboj“ (nezpůsobilý prostředek) na místo, o němž je mylně přesvědčen, že se tam nachází jeho vyhlédnutá obět' (nezpůsobilý předmět). Konečně lze využít i již zmíněný příklad vraždy zaříkáním (nezpůsobilý prostředek) osoby, která je již mrtvá (nezpůsobilý předmět) nebo již rovněž zmíněný pokus pytláčení slonů v našich lesích (nezpůsobilý předmět) nenabitou puškou (nezpůsobilý prostředek).

B) Pokusem nezpůsobilými prostředky a zároveň pokusem nezpůsobilým subjektem bude např. případ, kdy se pachatel, který se mylně domnívá, že trpí nakažlivou pohlavní chorobou (nezpůsobilý subjekt), pokusí nakazit jiného tím, že se ho dotkne (nezpůsobilý prostředek), nebo

²⁴⁹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104

případ pachatele, který je přesvědčen, že má v trestním řízení postavení svědka (nezpůsobilý subjekt), a pokusí se spáchat trestný čin křivé výpovědi jazykem, jenž nikdo z přítomných neovládá (nezpůsobilý prostředek). Bylo by možné představit si i případ osoby, která se pokládá za vojáka (nezpůsobilý subjekt), a aplikací látky, kterou pokládá za návykovou (nezpůsobilé prostředky), se pokusí učinit nezpůsobilou k výkonu služby.

C) Jako pokus na nezpůsobilém předmětu a zároveň jako pokus nezpůsobilým subjektem bude vyhodnoceno jednání pachatele, který se, v domnění, že trpí nakažlivou chorobou (nezpůsobilý subjekt), pokusí nakazit osobu, která je již po smrti, nebo osobu, která je z nějakého důvodu vůči této chorobě imunní (nezpůsobilý předmět). Dalším ilustrativním příkladem je výše zmíněný případ homosexuálního pachatele (nezpůsobilý subjekt), který se pokusí znásilnit dívku, o níž si myslí, že je v bezvědomí, i když je ve skutečnosti mrtvá (nezpůsobilý předmět).

D) Kombinací všech tří typů by mohl být případ pachatele, který je přesvědčený, že je vojákem (nezpůsobilý subjekt), a pokusí se urazit svého domnělého velitele (nezpůsobilý předmět) jemu neznámým jazykem (nezpůsobilé prostředky). „Trojnásobně nezpůsobilým“ by byl rovněž pokus pachatele, přesvědčeného o tom, že trpí nakažlivou chorobou (nezpůsobilý subjekt), nakazit touto chorobou osobu, která je vůči ní imunní (nezpůsobilý předmět), způsobem, kterým by za žádných okolností nebylo možné se touto chorobou nakazit (nezpůsobilý prostředek). Je zřejmé, že takovéto případy nebudou patrně příliš časté, a je otázkou, jestli by se pro tuto zjevnou „trojí nezpůsobilost“ takovéto případy vůbec dostaly před soud, zároveň je ovšem nutné zdůraznit, že v současném formálním pojetí trestného činu (odhlédneme-li od zásady subsidiarity trestní represe) by byl i takovýto nezpůsobilý pokus, stejně jako všechny ostatní výše uvedené kombinace, trestný.

3.5 Absolutní a relativní nezpůsobilost a ontologický a nomologický omyl

Eysselt definuje relativně a absolutně nezpůsobilý pokus následovně (přičemž definici lze přiměřeně aplikovat i na nezpůsobilou přípravu): *„Podle ustáleného názoru jde o relativně nezp. pokus tehdy, jsou-li použité prostředky nebo předmět, proti němuž čin směřoval, nezpůsobilé pouze in concreto t. j. za daných okolností jednotlivého případu, o absolutně nezp. pokus pak, jsou-li nezpůsobilé in abstracto t. j. za každých okolností nebo – můžeme říci – mnohdy vůbec pojmově.“*²⁵⁰ Kallab uvádí obdobnou definici, přidává však i důvody obou druhů nezpůsobilostí. Absolutně nezpůsobilým je podle něj (v souladu s teorií nedostatku vnější skutkové podstaty)

²⁵⁰ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104

takový pokus, při němž trestný čin není vůbec myslitelný, jelikož se „nedostává některé pojmové náležitosti zločinu“. U relativně nezpůsobilého pokusu jsou pak pojmové náležitosti činu sice dány, „in concreto však jsou tu okolnosti, pro něž výsledek kriminálně relevantní nemůže povstati“.²⁵¹ Poláček mluví o absolutní nezpůsobilosti tam, kde není možné „sestrojit žádný abstraktní případ, v němž by mohlo dojít k zamýšlenému výsledku“, o relativní nezpůsobilosti pak v případě, kdy „můžeme říci, že bychom si za jiných skutečností (v jiném konkrétním případě), než jaké tu byly v daném případě, mohli učinit úsudek o nebezpečnosti činu.“²⁵² Kratochvíl absolutně (obecně) nezpůsobilý pokus vymezuje jako pokus, který nemůže dojít dokonání za žádných okolností. Naproti tomu relativně (konkrétně) nezpůsobilý pokus nevede k dokonání jen za konkrétních okolností.²⁵³

Pokusem relativně nezpůsobilými prostředky bude takový pokus, kdy pachatelem užitě prostředky byly obecně způsobilé, avšak v konkrétním případě nebyly schopné přivodit vyžadovaný následek - Jelínek uvádí jako příklad užití příliš malého množství jedu (jed je obecně způsobilý způsobit smrt, ovšem pachatelem použité množství by stačilo na usmrcení dítěte nebo subtilní ženy, avšak nikoliv na statného dospělého muže).²⁵⁴ Eysselt zmiňuje případ pokusu o umělé přerušování těhotenství nástroji, které by sice byly obecně způsobilé, avšak nikoliv „v pachatelových neoborných rukou“.²⁵⁵ O pokus absolutně nezpůsobilými prostředky se bude jednat jednak tehdy, pokud pachatel užije prostředky, které by nikdy nemohly způsobit následek (např. pokus vraždy zaříkáním), jednak v případě, kdy pachatel užije jiné než zákonem výslovně vyžadované prostředky (mohlo by se jednat např. o případ, kdy pachatel požije látku, o níž se mylně domnívá, že je návykovou látkou ve smyslu trestního zákoníku, v úmyslu spáchat některý z trestných činů, u nichž zákon vyžaduje požití návykové látky).²⁵⁶

Pokusem na absolutně nezpůsobilém předmětu bude podle Eysselta takové jednání, kdy útok pachatele směřuje vůči předmětu, který vůbec neexistuje, a to buď fakticky (pachatel se pokusí ukrást věc, která byla zničena), nebo právně (pachatel se pokusí ukrást vlastní věc), nebo který sice existuje, avšak v době činu se nenachází na místě útoku (pachatel střelí na zvíře, pokládající je za osobu, kterou chce usmrtit).²⁵⁷ Případy spadající do poslední skupiny bývají ovšem, jak bylo uvedeno výše, často řazeny mezi relativně nezpůsobilé pokusy (Jelínek uvádí

²⁵¹ KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné...* s. 68

²⁵² POLÁČEK, František. *Pokus a vina...* s. 207

²⁵³ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Kurs trestního práva...* s. 288

²⁵⁴ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 289

²⁵⁵ EYSEL, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104

²⁵⁶ EYSEL, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 104

²⁵⁷ EYSEL, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 105

případ s pachatelem střelícím na místo, kde se osoba obvykle zdržuje²⁵⁸). Pokus na předmětu, který sice má všechny znaky, které předpokládá skutková podstata, avšak za daných okolností nemůže k dokonání trestného činu dojít, pak bude pokusem relativně nezpůsobilým (př. pachatel zaútočí nožem na člověka, který však má pod oblečením drátěnou košili).

Pokusem absolutně nezpůsobilého subjektu bude např. případ pachatele, který se domnívá, že je vojákem, a pokusí se spáchat některý z vojenských trestných činů. Relativně nezpůsobilým pokusem bude např. jednání pachatele, který trpí nakažlivou nemocí, jež ovšem zrovna není v infekčním stadiu, nebo pachatele, který se pokusí spáchat trestný čin znásilnění formou soulože, avšak pro svou sexuální orientaci se není schopen vzrušit.

Jak bylo uvedeno v předešlé části práce, relativně nezpůsobilé jednání pachatele bylo zpravidla posuzováno jako trestné, zatímco pachatel absolutně nezpůsobilého pokusu býval beztrestný. Toto se uplatňovalo především podle starší teorie objektivní, tedy za platnosti zákona z roku 1852. Se zavedením materiálního pojetí ztratilo dělení na absolutně a relativně nezpůsobilé pokusy na významu, neboť je nahradilo kritérium společenské nebezpečnosti.

Stejný stav panuje i dnes, přestože došlo k opuštění materiálního pojetí. Konstatování, zda se jedná o absolutně nebo relativně nezpůsobilý pokus/přípravu, neumožňuje vyslovit jednoznačný závěr o trestnosti a míře trestnosti takového pokusu/takové přípravy. Každý nezpůsobilý pokus a každá nezpůsobilá příprava budou posuzovány individuálně s ohledem na svou společenskou škodlivost.²⁵⁹ Jedná se nepochybně o názor správný (byť je takto ponechán velmi široký prostor soudnímu výkladu), a to hned z několika důvodů. Prvním jsou již výše zmíněné (a u výkladu k jednotlivým teoriím dostatečně rozebrané) obtíže při rozlišování mezi relativní a absolutní nezpůsobilostí - v situaci, kdy hranice mezi relativní a absolutní nezpůsobilostí nebyla nikdy jasně (a přitom účelně) vymezena, by hodnocení, zdali se jedná o absolutní nebo relativní nezpůsobilost, přineslo více škody než užítku. Druhým důvodem je pak skutečnost, že i mezi absolutně nezpůsobilými pokusy, které by nikdy nemohly vést k následku, nalezneme případy různé společenské nebezpečnosti/škodlivosti. Na toto poukazuje např. Mířička a pro ilustraci uvádí dva rozličné příklady - na jedné straně případ ženy, která se mylně domnívá, že je těhotná, a v úmyslu způsobit si potrat užije odvar, který by ovšem nevedl k usmrcení plodu, ani kdyby těhotná byla, a na straně druhé případ syna, který se v úmyslu získat dědictví pokusí

²⁵⁸ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 289

²⁵⁹ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Kurs trestního práva...* s. 288

zavraždit svého otce, který je ovšem již mrtvý.²⁶⁰ Ani v jednom z těchto případů by trestný čin nebylo možné dokonat za žádných okolností, avšak je patrné, že jejich společenská nebezpečnost/škodlivost a „trestuhodnost“ je rozdílná. Třetím důvodem je pak převážně subjektivistická povaha zákona, s níž by se musel tento objektivistický prvek vypořádat.

Rozlišování absolutní a relativní nezpůsobilosti se v lecčems podobá rozhodování, jednali pachatel v ontologickém nebo nomologickém omylu. Jak již bylo uvedeno v předešlé části práce, ontologický omyl představuje běžný omyl ohledně okolností dané situace a vychází z běžné neobornosti a neznalosti. Pachatel se mylí např. v množství potřebného jedu (pokus nezpůsobilými prostředky), nebo považuje mrtvého člověka za spícího (pokus na nezpůsobilém předmětu). Naproti tomu pachatel jednající v nomologickém omylu se mylí ohledně samotných přírodních zákonů, tento omyl svědčí podle nauky „o intelektuální podprůměrnosti“ pachatele.²⁶¹ Bude se jednat zejména o případy pověrečných pokusů, kdy pachatel např. věří v nadpřirozené síly, typickým příkladem tedy bude opět pokus/příprava trestného činu vraždy zaříkáním.

Z výše uvedeného můžeme odvodit, že pokus pachatele jednajícího v nomologickém omylu bude vždy absolutně nezpůsobilý. Nelze však bez dalšího říci, že jednání pachatele v ontologickém omylu bude vždy pouze relativně nezpůsobilé. Pokud se pachatel např. bude domnívat, že je úřední osobou, ačkoliv ve skutečnosti nebyl platně uveden do funkce, bude se jednat o omyl ontologický (v této situaci by si to nejspíše myslel každý), pokus některého z trestných činů úředních osob však bude absolutně nezpůsobilý, jelikož tento pachatel nebude schopen takový trestný čin spáchat za žádných okolností, nikoliv jen *in concreto*. Obdobně by bylo možné posoudit také pachatele, který se chystá uvést v omyl soud - soud by zde byl absolutně nezpůsobilým předmětem, pachatelova neznalost judikatury, která uvedení soudu v omyl vylučuje, by však byla pouhým ontologickým omylem.²⁶²

Na rozdíl od absolutně a relativně nezpůsobilých pokusů bude mít rozlišování ontologického a nomologického omylu zpravidla význam pro posuzování trestnosti jednání - nomologický omyl bude většinou vylučovat trestnost pachatele. Na beztrestnosti pověrečných pokusů se nauka ostatně shodne - jedná se o jeden z mála „styčných bodů“ mezi objektivní a subjektivní teorií (více v předešlé části práce). V případě již výše zmíněné vraždy zaříkáním a jiných podobných pokusů (pokus otrávit jiného cukrem) bude nepochybně namíste použití zásady subsidiarity

²⁶⁰ MIŘIČKA, August. *Pokus nezpůsobilý a formy viny...* s. 391-392

²⁶¹ RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnost' pokusu...* s. 144; PRÍBELSKÝ, Patrik. *Vybrané otázky trestnosti nespôsobilého pokusu...* s. 242

²⁶² VERNER, David. *Příprava k trestnému činu...* s. 68

trestní represe pro nízkou společenskou škodlivost činu, byť zákon ani důvodová zpráva beztrestnost takovýchto pokusů výslovně nezmiňují (§ 46 odst. 3 hovoří pouze o upuštění od potrestání - předpokládá tedy vyslovení viny pachatele). Výše uvedené bude samozřejmě platit i o přípravách s tím rozdílem, že jejich společenská škodlivost bude přiměřeně nižší než u pokusů (a beztrestnost by tedy měla být u těchto jednání téměř nebo úplně „automatická“).

3.6 Faktická a právní nezpůsobilost

V anglosaském právu je tradičně rozlišována právní nezpůsobilost/nemožnost (*legal impossibility*) a faktická nezpůsobilost/nemožnost (*factual impossibility*). Vedle těchto dvou kategorií někteří autoři rozlišují ještě tzv. inherentní/vrozenou/vlastní nezpůsobilost (*inherent impossibility*).²⁶³ Právní nezpůsobilost je definována jako situace, kdy je pachatel přesvědčen, že páchá trestný čin a že již učinil vše potřebné k jeho dokonání, avšak ve skutečnosti jeho jednání není trestné²⁶⁴ - důvodem této nezpůsobilosti je tedy „*netrestnost pachatelem žádaného následku*“.²⁶⁵ Naproti tomu pachatel, jehož jednání je pouze „fakticky nezpůsobilé“, trestně odpovědný bude - cílem pachatele je v tomto případě spáchání trestného činu, uskutečnění tohoto cíle však zabrání vnější okolnosti, nezávislé na jeho vůli. Jako příklad této faktické nemožnosti je uváděn případ pachatele, který se pokusí krást z prázdné kapsy, nebo případ pachatele, který se pokusí způsobit potrat ženě, jež není těhotná.²⁶⁶ O inherentní nezpůsobilost se jedná v situaci, kdy pachatel použije takové prostředky, které by rozumný člověk považoval za absolutně nevhodné k dosažení žádaného cíle.²⁶⁷ Jak je vidět, toto rozdělení je v podstatě shodné s naším pojetím pozitivního skutkového omylu (faktická nemožnost), pozitivního právního omylu (právní nemožnost) a tzv. pověrečného pokusu (inherentní nemožnost).

²⁶³ LAFAVE, Wayne R. *Criminal Law*. 6th Revised edition. St. Paul (Minnesota): West Academic, 2017. ISBN 9781640201484. s. 791-792

²⁶⁴ STRAHORN, John S. The Effect of Impossibility on Criminal Attempts. *University of Pennsylvania Law Review*. 1930, 78(8), 962-998. ISSN 0041-9907. s. 963

²⁶⁵ LAFAVE, Wayne R. *Criminal Law*... s. 790

²⁶⁶ LAFAVE, Wayne R. *Criminal Law*... s. 793-794

²⁶⁷ LAFAVE, Wayne R. *Criminal Law*... s. 800

4. Judikatura

Tato část práce bude věnována několika vybraným soudním rozhodnutím, která se otázkou nezpůsobilé přípravy a pokusu zabývají. Na konkrétních soudních případech je podle mého nejlépe vidět, jak nejednoznačná je problematika nezpůsobilosti přípravy a pokusu, kdy se různé soudní instance leckdy neshodnou na tom, bylo-li jednání pachatele dokonáním trestným činem, pokusem či nezpůsobilým pokusem, ani na trestní odpovědnosti takového pachatele. V tomto Nejvyšší soud opakovaně judikoval, jak bylo již uvedeno výše a jak bude patrné i z níže uvedených rozhodnutí, že je potřeba u každého případu nezpůsobilého pokusu či nezpůsobilé přípravy postupovat individuálně a hodnotit konkrétní společenskou škodlivost takového pokusu/takové přípravy. Co se týče výběru rozhodnutí, snažila jsem se zvolit taková, která by nabízela vhodné vodítko pro posuzování nezpůsobilých pokusů a nezpůsobilých příprav a která by se zároveň týkala skutkově zajímavých případů.

Jelikož je judikatura týkající se nezpůsobilé přípravy i pro její poměrně obtížné rozlišení poměrně chudá, vybrala jsem pouze dvě rozhodnutí. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. 1. 2015, sp. zn. 8 Tdo 1171/2014 (publikováno ve sbírce trestních rozhodnutí jako č. 42/2015 Sb. rozh. tr.) je jediným významnějším rozhodnutím, které se týká nezpůsobilé přípravy (konkrétně přípravy nezpůsobilými prostředky). V tomto usnesení nabízí Nejvyšší soud základní vodítko, jak v případě posuzování přípravy k trestnému činu a zejména nezpůsobilé přípravy k trestnému činu postupovat, co všechno je nutné zhodnotit, než bude možné přistoupit k vyslovení závěru o trestní odpovědnosti pachatele, a za jakých okolností může být nezpůsobilá příprava beztrestnou. Druhým rozhodnutím, které se týká nezpůsobilé přípravy (přípravy na nezpůsobilém předmětu útoku), je usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 7. 2014, sp. zn. 7 Tdo 708/2014. Kromě skutečnosti, že se jedná o případ nezpůsobilé přípravy, které jsou řešeny v judikatuře vyšších soudů jen vzácně, je tento případ neobvyklý také značným rozsahem jednání pachatele. V době rozhodování byl navíc „terčem“ poměrně silného zájmu médií.²⁶⁸

Rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 10. 7. 1990, sp. zn. 3 To 20/90 (publikováno ve sbírce soudních rozhodnutí jako č. 12/1991 Sb. rozh. tr.) pochází ještě z dob České a Slovenské federativní republiky. Přestože se jedná o rozhodnutí, které bylo posuzováno

²⁶⁸ např. Soud: Devět let vězení pro bývalého vojáka, který plánoval znásilnění dětí. *Česká televize* [online]. 27. 6. 2013 [cit. 2018-02-04]. Dostupné z: <http://www.ceskatelevize.cz/ct24/archiv/1104342-soud-devet-let-vezeni-pro-byvaleho-vojaka-ktery-planoval-znasilneni-deti>; Veterán obžalovaný ze zneužití mimina není pedofil. Toužil po dobrodružství. *iDNES.cz* [online]. 18. 4. 2013 [cit. 2018-02-04]. Dostupné z: https://brno.idnes.cz/byvaly-vojak-zneužil-novorozene-presto-podle-znakyn-neni-pedofil-104-/brno-zpravy.aspx?c=A130418_114549_brno-zpravy_taz

podle trestního zákona z roku 1961 a které je starší než ostatní vybraná rozhodnutí, pokládala jsem za užitečné mu věnovat pozornost. Na tento judikát je totiž v rozhodnutích českého Nejvyššího soudu dodnes odkazováno, především v pasážích zabývajících se posuzováním nebezpečnosti (škodlivosti) nezpůsobilého pokusu.²⁶⁹

Série rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 3 Tdo 367/2012, 3 Tdo 1353/2012, 3 Tdo 999/2014 a 3 Tdo 1243/2014 se zabývá pokusem na nezpůsobilém předmětu útoku. Tato rozhodnutí nebyla publikována ve *Sbírce rozhodnutí trestních*, o případ se ovšem tehdy zajímala média²⁷⁰ a je neobvyklý rovněž tím, kolikrát dospěl k Nejvyššímu soudu. Na případech vražd novorozeného dítěte matkou lze navíc, jak již bylo uvedeno výše, velmi příhodně ukázat, jak obtížné může být rozlišit mezi dokonáním trestným činem, nezpůsobilým pokusem (v tomto případě pokusem na nezpůsobilém předmětu útoku) a činem, který bude nutné - v souladu s hmotněprávní zásadou subsidiarity trestní represe a procesněprávní zásadou *in dubio pro reo* - posuzovat jako beztrestný.

Poslední vybrané rozhodnutí se zabývá pokusem nezpůsobilým subjektem, který, jak bylo uvedeno výše, někteří autoři neuznávají jako samostatnou kategorii. S tímto názorem se ovšem Vrchní soud v Praze ve svém rozsudku ze dne 29. 9. 2011, sp. zn. 2 To 54/2011, neztotožnil, a v tomto rozhodnutí poskytl jasné a stručné definice všech tří druhů nezpůsobilých pokusů i s příklady - nejspíše i z tohoto důvodu byl uveřejněn v časopise *Trestněprávní revue*²⁷¹. Zároveň se podle mého názoru jedná o případ poněkud kuriózní, a mj. také proto jsem se jej rozhodla do svého výběru zařadit.

4.1 Usnesení sp. zn. 8 Tdo 1171/2014 (publikováno jako č. 42/2015 Sb. rozh. tr.)

V tomto usnesení rozhodoval Nejvyšší soud o dovolání nejvyššího státního zástupce, podaného v neprospěch obviněné, proti rozsudku Vrchního soudu v Praze ze dne 30. 4. 2014, sp. zn. 5 To 14/2014, kterým Vrchní soud zrušil rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 18. 10. 2013, sp. zn. 2 T 6/2013. Obviněná byla obžalována (a následně i soudem prvního stupně odsou-

²⁶⁹ např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 6. 9. 2006, sp. zn. 5 Tdo 1027/2006, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 8. 2008, sp. zn. 8 Tdo 672/2008, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2010, sp. zn. 8 Tdo 614/2010, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 4. 2013, sp. zn. 5 Tdo 1392/2012

²⁷⁰ např. Zavraždila novorozeně a spálila ho v krbu, odsedí si 14 let. *LIDOVKY.cz* [online] 16. 9. 2011 [cit. 2018-02-04]. Dostupné z: https://www.lidovky.cz/zavrazdila-novorozene-a-spalila-ho-v-krbu-odsedi-si-14-let-pkb-/zpravvy-domov.aspx?c=A110916_101846_ln_domov_ape; Vraždu novorozeně potrestal soud 14 roky vězení. *Česká televize* [online]. 16. 9. 2011 [cit. 2018-02-04]. Dostupné z: <http://www.ceskatelevize.cz/ct24/domaci/1242645-vrazdu-novorozenete-potrestal-soud-14-roky-vezeni>

²⁷¹ FASTNER, Jindřich. *VRCHNÍ SOUD V PRAZE: K nezpůsobilému pokusu trestného činu*. Trestněprávní revue. 2012, **11**(2), 48-50. ISSN 1213-5313.

zena) za přípravu zvláště závažného zločinu podvodu podle § 20 odst. 1, § 209 odst. 1, 5 písm. a) za použití § 209 odst. 6. Tohoto činu se měla dopustit tím, že spolu se svým přítelem (který mezitím zemřel, a tedy nebyl souzen jako spolupachatel) v úmyslu vylákat půjčku či úvěr ve výši 10 000 000 Kč uzavřela smlouvu s finančním zprostředkovatelem, kterou doplnila mj. padělanou plnou mocí, jež ji opravňovala k zastavení nemovitostí poškozené. K dokonání trestného činu však nedošlo, neboť finanční zprostředkovatel a subjekty, které oslovil, se z opatrnosti obrátili na poškozenou, která poskytnutí plné moci vyvrátila. Soud prvního stupně uznal obviněnou vinnou rozsudkem ze dne 18. 10. 2013, sp. zn. 2 T 6/2013, a odsoudil ji podle § 209 odst. 5 za použití § 58 odst. 1 k trestu odnětí svobody v trvání tří roků, podmíněně odloženému na zkušební dobu pěti let.

Proti tomuto rozhodnutí podala obviněná odvolání, o němž rozhodl Vrchní soud v Praze dne 30. 4. 2014 rozsudkem sp. zn. 5 To 14/2014 tak, že obviněnou zprostil obžaloby z důvodu, že se skutek sice stal, avšak byl pouhou nezpůsobilou přípravou, kterou soud shledal za použití zásady subsidiarity trestní represe a principu *ultima ratio* za beztrestnou. Podle názoru Vrchního soudu byly padělané dokumenty předloženy obviněnou s ohledem na svou formu a obsah nezpůsobilé vést k vylákání úvěru. O tom měla svědčit i skutečnost, že finanční zprostředkovatel měl ohledně dokumentů od počátku důvodné pochybnosti, které jej vedly k tomu, že kontaktoval poškozenou. Vrchní soud rovněž poukázal na skutečnost, že i kdyby byl obviněné někdo ochotný úvěr poskytnout, v řízení o zápis zástavního práva do katastru nemovitostí by musela figurovat poškozená, z čehož vyplývá, že by jednání obviněné nemohlo za žádných okolností vést k vylákání peněžních prostředků. Proti zprošťujícímu rozsudku podal následně dovolání nejvyšší státní zástupce a Nejvyšší soud se následně ve svém rozhodnutí s jeho námitkami ztotožnil.

Podle nejvyššího státního zástupce i Nejvyššího soudu nemusí pouhé konstatování nezpůsobilosti prostředků automaticky vést k uplatnění zásady subsidiarity trestní represe a ke zproštění pachatele pro nízkou společenskou škodlivost činu. Přípravné jednání je totiž samo o sobě méně škodlivé než je dokonání trestný čin nebo pokus, zásadu subsidiarity trestní represe lze proto uplatnit pouze v případech, v nichž závažnost jednání je podstatně menší než u obdobných běžně se vyskytujících trestných činů. I v případě nezpůsobilých prostředků lze o beztrestnosti uvažovat teprve tehdy, pokud prostředky, zvolené „v důsledku krajní nevědomosti“ pachatele, nesvědčí o škodlivosti jednání. I u nezpůsobilé přípravy je proto nutné posuzovat povahu a závažnost konkrétního jednání, stejně jako důvody, pro které k dokonání nedošlo.

Jednání obviněné podle Nejvyššího soudu podmínku nedostatečné společenské škodlivosti nesplňovalo - jednání obviněné bylo poměrně sofistikované, skládalo se z několika kroků (výroba falešných dokumentů, oslovení zprostředkovatele), obviněná navíc jednala se spolupachatelem a jejím motivem byla ziskovost. Zasaženým objektem mělo být vlastnické právo k nemovitosti a v případě, že by došlo k jeho dokonání, by měl trestný čin významný dopad na život poškozené. K odhalení obviněné (a tedy k „nedokonání“) došlo jen zásluhou opatrnosti zprostředkovatele a jím oslovených subjektů, tedy na základě skutečností, které byly nezávislé na vůli obviněné. Navíc podle katastrálních předpisů platných v době spáchání trestného činu neměly katastrální úřady povinnost ověřovat si souhlas majitele nemovitosti s jejím zastavením, pokud vklad prováděla osoba disponující plnou mocí - k dokonání trestného činu by tedy mohlo dojít i bez souhlasu a vědomí poškozené. S ohledem na výše uvedené Nejvyšší soud dospěl k závěru, že v tomto případě se o přípravu nezpůsobilými prostředky nejednalo a o beztrestnosti obviněné rozhodně nelze uvažovat, a rozhodnutí Vrchního soudu zrušil.

4.2 Usnesení sp. zn. 7 Tdo 708/2014

Nejvyšší soud rozhodoval o dovolání obviněného, podaného proti usnesení Vrchního soudu v Olomouci ze dne 22. 10. 2013, sp. zn. 2 To 96/2013, kterým Vrchní soud zamítl odvolání proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 6. 2013, sp. zn. 53 T 3/2013. Rozsudkem Krajského soudu v Brně byl obviněný uznán vinným ze spáchání zločinu znásilnění podle § 185 odst. 1, odst. 2 písm. a), odst. 3 písm. a) dílem ve stadiu pokusu podle § 21 odst. 1 a dílem ve stadiu přípravy podle § 20 odst. 1, návodem ke zločinu pohlavního zneužití podle § 24 odst. 1 písm. b), § 187 odst. 1, přečinem svádění k pohlavnímu styku v jednom případě podle § 202 odst. 1 a několika dalších trestných činů. Pro otázku přípravy na nezpůsobilém předmětu útoku je však relevantní pouze první ze zmíněných trestných činů, proto se budeme nadále věnovat toliko jemu.

Tohoto trestného činu se měl obviněný dopustit tím, že celkem ve čtrnácti případech nabízel prostřednictvím elektronické komunikace na internetu jiným osobám úplatu za to, že mu svěří své nezletilé děti (nebo mu opatří cizí nezletilé děti), s nimiž by vykonal pohlavní styk. Celkem ve dvanácti případech nedospělo jeho jednání ani do stadia pokusu, a to zejména proto, že byl obviněný buď odmítnut, nebo jím kontaktované osoby žádné děti neměly nebo nezajistily (v jednom případě pak byl zadržen policií na cestě na místo, kde mělo dojít k dokonání trestného činu).

Ve svém dovolání, které podal prostřednictvím svého obhájce, obviněný obecně uvedl, že v žádném z případů k souloži nedošlo a z předložených důkazů nelze dovodit, že tomu tak mělo být. Dále poukázal na to, že jeho jednání v případě, který byl posouzen jako pokus trestného činu podle § 21, bezprostředně nesměřovalo k dokonání. K jednáním, jež byla posouzena jako příprava, namítl, že s osobami byl ve spojení pouze elektronicky, a že se v některých případech jednalo o „nezpůsobilý objekt“. V některých případech by také připadal v úvahu zánik trestní odpovědnosti pro dobrovolné upuštění od přípravy.

Nejvyšší soud dovolání obviněného zamítl, protože je neshledal důvodným. Otázku způsobilosti přípravy posoudil následovně: Přípravu trestného činu znásilnění lze spáchat i formou elektronické komunikace bez fyzické přítomnosti oběti, pokud pachatel již začal svým jednáním úmyslně vytvářet podmínky ke spáchání trestného činu. Tuto podmínku jednání obviněného splňovalo - obviněný již začal podnikat konkrétní kroky, směřující ke spáchání trestného činu, a to tím, že kontaktoval konkrétní osoby s konkrétními požadavky ohledně věku a pohlaví dětí a snažil se s nimi domluvit konkrétní podmínky „předání dětí“ atd., přičemž v rámci této komunikace naznačil i účel svého jednání. Nejvyšší soud připustil, že v případech, kdy obviněný oslovil osoby, které žádné děti neměly nebo které mu je již od počátku nemínily obstarat, se jednalo o přípravu na nezpůsobilém předmětu útoku, dodal však, že tato skutečnost nemůže vést sama o sobě k závěru o beztrestnosti přípravy. Stejně jako u způsobilé přípravy je i u nezpůsobilé přípravy nutné posoudit její povahu a závažnost. V tomto případě se obviněný dopustil takového jednání, které mohlo vést ke spáchání trestného činu, k čemuž ovšem nedošlo vlivem skutečností nezávislých na pachatelově vůli. Toto jednání tedy nemůže být v žádném případě beztrestným, když v jiných případech by obdobné jednání mohlo vést k dokonání zamýšleného trestného činu.

4.3 Rozsudek sp. zn. 3 To 20/1990 (publikováno jako č. 12/1991 Sb. rozh. tr.)

Nejvyšší soud Slovenské republiky zrušil rozsudkem ze dne 10. 7. 1990, sp. zn. 3 To 20/1990, rozsudek Krajského soudu v Košicích ze dne 3. 4. 1999, sp. zn. 3 T 4/1990, který uznal obviněného vinným ze spáchání trestného činu rozkrádání majetku v socialistickém vlastnictví podle § 132 odst. 1 písm. a) dílem dokonáním, dílem ve stadiu pokusu podle § 8 odst. 1 k § 179 odst. 1, 2 písm. b), a odsoudil ho k trestu odnětí svobody ve výměře osmi a půl let, ochrannému dohledu a ochrannému protialkoholnímu léčení.

Obviněný byl obžalován z toho, že během jedné noci vnikl nejprve větrací šachtou do objektu Slavošovských papíren, kde ze skladu odcizil mj. množství nábojů a další vojenský materiál, a následně se dostal oknem do objektu závodní jídelny, kde se zmocnil mj. hotovosti v pokladně. Před svým odchodem z místa činu otevřel čtyři ventily na kuchyňském plynovém sporáku, čímž chtěl způsobit únik plynu do ovzduší a následný výbuch budovy, přičemž k výbuchu pro nízkou koncentraci plynu v ovzduší nedošlo. Poté obviněný vnikl oknem do administrativní budovy JZD, kde odcizil mj. několik kalkulaček a tranzistorové rádio. Než objekt opustil, otevřel obviněný čtyři ventily na plynovém sporáku v úmyslu způsobit výbuch budovy a následně rozlil po dřevěných schodech budovy brzdovou kapalinu, kterou se pokusil zapálit. K výbuchu ani k požáru nedošlo, protože byl únik plynu včas objeven a vrstva kapaliny nebyla dostatečně silná.

Nejvyšší soud Slovenské republiky rozhodoval ve věci na základě odvolání obviněného. Obviněný především odmítal vinu za trestný čin obecného ohrožení - svým jednáním nechtěl způsobit výbuch, o tom, že by k němu mohlo dojít, neměl ponětí. K trestnému činu obecného ohrožení měl své výhrady i Nejvyšší soud. Nebylo totiž podle něj postaveno najisto, jak velké propanbutanové láhve byly napojeny na předmětné sporáky a kolik v těchto láhvích bylo v době spáchání činu plynu, tedy jestli by jednáním obviněného objektivně mohlo či nemohlo dojít k výbuchu. Pokud by se toto s jistotou nepodařilo určit, bylo by nutné v souladu se zásadou *in dubio pro reo* uzavřít, že se jednalo o láhve menšího objemu. V případě objektu papíren navíc bylo zjištěno, že k výbuchu by vzhledem k rozměrům místnosti nemohlo dojít v žádném případě, nezávisle na velikosti láhve. Zde se tedy zcela nepochybně jednalo o pokus nezpůsobitelnými prostředky, což však soud prvního stupně dostatečně nezohlednil. Při posuzování trestní odpovědnosti obviněného se měl zabývat zejména společenskou nebezpečností trestného činu, jež je pro posuzování trestnosti nezpůsobitelných pokusů klíčová - zejména měl soud zjistit, z jakého důvodu nedošlo k dokonání trestného činu obecného ohrožení, byla-li na vině nezpůsobitelnost prostředků nebo náhoda. Jelikož nebylo prokázáno, že trestná činnost pachatele dosáhla požadovaného stupně společenské nebezpečnosti, Nejvyšší soud Slovenské republiky rozsudek Krajského soudu v Košicích zrušil a přikázal mu věc znovu projednat.

4.4 Usnesení sp. zn. 3 Tdo 367/2012, 3 Tdo 1353/2012, 3 Tdo 999/2013, 3 Tdo 1243/2014

V tomto případě rozhodoval Nejvyšší soud hned čtyřikrát. Prvně ve věci rozhodl Krajský soud v Hradci Králové rozhodnutím ze dne 16. 9. 2011, sp. zn. 9 T 8/2011, tak, že uznal obviněnou vinnou zvláště závažným zločinem vraždy podle § 140 odst. 1, odst. 3 písm. c) a odsoudil ji k souhrnnému trestu odnětí svobody v trvání čtrnácti let a ochrannému psychiatrickému léčení v ambulantní formě. Proti tomuto rozsudku podala obviněná odvolání a tento rozsudek pak byl rozhodnutím Vrchního soudu v Praze rozsudkem ze dne 7. 12. 2011, sp. zn. 8 To 96/2011, částečně zrušen ve výroku o trestu. Proti tomuto rozhodnutí podala obviněná dovolání a na jeho podkladě Nejvyšší soud rozhodnutí Vrchního soudu usnesením ze dne 25. 4. 2012, sp. zn. 3 Tdo 367/2012, zrušil. Vrchní soud pak ve věci dne 18. 7. 2012 rozhodl podruhé, a to tak, že obviněnou zprostil obžaloby. I toto rozhodnutí však bylo Nejvyšším soudem z podnětu dovolání nejvyššího státního zástupce dne 23. 1. 2013 zrušeno (usnesením sp. zn. 3 Tdo 1353/2012) a stejně tak bylo zrušeno i následující rozhodnutí Vrchního soudu, kterým obviněnou opět zprostil obžaloby (usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12. 2. 2014, sp. zn. 3 Tdo 999/2014). Vrchní soud následně ve věci znovu rozhodl, a to dne 27. 5. 2014, kdy shledal obviněnou vinnou pokusem zvláště závažného zločinu vraždy podle § 21 odst. 1 k § 140 odst. 1, 3 písm. c) a odsoudil ji k trestu odnětí svobody v trvání jedenácti let a ochrannému psychiatrickému léčení. Proti tomuto rozsudku podala dovolání obviněná, toto dovolání však Nejvyšší soud usnesením sp. zn. 3 Tdo 1243/2014 ze dne 17. 12. 2014 odmítl.

Obžaloba vinila obviněnou z toho, že po utajovaném těhotenství tajně porodila doma do záchodové mísy, kde novorozené dítě v úmyslu způsobit jeho smrt utonutím nechala bez pomoci. Pak dítě vytáhla a poté, co nejevilo známky života, ho zabalila do oblečení a ukryla v úložném prostoru postele. Později mrtvolku tajně spálila v krbu na chalupě a popel zahrabala do kompostu. Na úmysl obviněné dítě usmrtit usoudil soud především ze zjištění, že se obviněná, přestože věděla o svém těhotenství i o předběžném termínu porodu, na porod nijak nepřipravovala a přibírání na váze spojené s těhotenstvím vysvětlovala vážnou nemocí (v břiše se jí měl vytvořit vak, který si měla nechat odoperovat v den předpokládaného porodu, čímž by vysvětlila náhlý úbytek na váze). V době porodu pak odmítala jakoukoliv pomoc, kterou jí její přítel, jenž byl v domě přítomen, nabízel. Dítě si obviněná nepřála, jelikož by tím ohrozila svůj vztah s přítelem, u nějž žila, a který nebyl otcem dítěte.

Obviněná na svou obhajobu (a později i v opravných prostředcích, které podávala, a ve svých vyjádřeních k opravným prostředkům podaným v její neprospěch) tvrdila, že se dítě narodilo již mrtvé, přičemž toto její tvrzení nebylo znalci vyvráceno. Odmítala, že by mohlo dojít k usmrcení dítěte utonutím v záchodové míse, což dokládala i výsledky vyšetřovacího pokusu, kdy byla použita panenka o velikosti novorozeného dítěte. Pokud se dítě již nenarodilo mrtvé, muselo k úmrtí, podle jejího názoru, dojít jiným způsobem, jelikož dítě z vody okamžitě vytáhla a poté zjistila, že dítě nedýchá a má šedomodrou barvu.

Státní zástupkyně Nejvyššího státního ve vyjádřeních k dovoláním obviněné uvedla (a stejný názor zastával i nejvyšší státní zástupce ve svých dovoláních), že podle jejího názoru nerozhodl soud správně, když obviněnou uznal vinnou z trestného činu vraždy v situaci, kdy nebylo možné vzhledem ke spálení těla novorozence jednoznačně určit, jestli obviněná porodila živé či mrtvé dítě. Obviněná se k usmrcení svého dítěte nedoznala a ani znalci nebyli schopni vyvrátit její tvrzení, že se dítě narodilo již mrtvé. Státní zástupkyně proto navrhovala zvážení možnosti posouzení jednání obviněné jako pokusu vraždy, a to sice pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku, s tím, že pro určení trestnosti jednání obviněné bude třeba posoudit společenskou škodlivost činu. Z jednání obviněné totiž podle státní zástupkyně vyplývalo, že dítě nechtěla a že se ho plánovala zbavit, ať se narodí živé či mrtvé, proto ho také nezačala oživovat a neposkytla mu pomoc. Ačkoliv obviněná jako laik nemohla s jistotou určit, že došlo k úmrtí dítěte, chovala se k němu jako k mrtvému. Tímto jednáním opomenula zvláštní povinnost konat ve smyslu § 112, kterou jí ukládal tehdejší zákon o rodině, čímž mohla spáchat tzv. nepravý omisivní delikt.

Jak již bylo řečeno výše, Nejvyšší soud rozsudek Vrchního soudu zrušil a vrátil věc odvolacímu soudu k novému projednání. Ve svém novém, druhém rozsudku (a obdobně i v rozsudku třetím) Vrchní soud obviněnou zprostil obžaloby. Podle názoru soudu bylo v případě, kdy nebylo možné určit, zdali se dítě narodilo mrtvé či živé, nutné uvěřit obhajobě obviněné, že se dítě narodilo mrtvé. Jelikož předmětem trestného činu vraždy může být pouze živý člověk, nemohla obviněná tento trestný čin spáchat. Podle Vrchního soudu se nejednalo ani o pokus vraždy na nezpůsobilém předmětu útoku, protože obviněná nejednala v omylu. Obviněná si nemyslela, že je dítě živé, ačkoliv bylo mrtvé, naopak byla přesvědčená, že je dítě mrtvé, a proto mu také neposkytla pomoc.

S touto argumentací Vrchního soudu se však Nejvyšší soud neztotožnil a, jak bylo uvedeno výše, tento druhý i následující třetí rozsudek, kde Vrchní soud obviněnou opět zprostil obžaloby, z podnětu dovolání nejvyššího státního zástupce zrušil. Ve svém čtvrtém rozhodnutí se

Vrchní soud (v jiném složení senátu) přiklonil k původním názorům státních zástupců i k doporučením Nejvyššího soudu a odsoudil obviněnou za (nezpůsobilý) pokus vraždy podle § 21 odst. 1 k § 140 odst. 1, 3 písm. c). Soud vzal za prokázané, že se obviněná chtěla svého dítěte hned po narození zbavit, o čemž svědčí skutečnost, že svoje těhotenství i porod tajila. Po porodu pak svůj úmysl uskutečnila tím, že se dítěti (podle své vlastní výpovědi) nesnažila poskytnout potřebnou pomoc a péči k tomu, aby bylo zachováno při životě, nepokoušela se je oživit ani mu neodvázala pupeční šňůru obmotanou kolem krku. Jelikož však nebylo možné určit, zdali se dítě narodilo živé či nikoliv, nemohla být obviněná uznána vinnou dokonáním činem vraždy. Soudu za použití zásady *in dubio pro reo* nezbylo než konstatovat, že se dítě narodilo mrtvé (jelikož se nepodařilo prokázat opak a tvrzení obviněné vyvrátit). Následně soud posuzoval povahu a nebezpečnost jednání obviněné, míru, jakou se přiblížilo k dokonání a důvody, proč k dokonání nedošlo, a došel k závěru, že obviněná jednala v úmyslu přímém, přičemž její pohnutkou bylo, aby se o jejím porodu nikdo nedozvěděl. K dosažení tohoto účelu použila nejúčinnější prostředky a její jednání bylo dokonání velmi blízko, jelikož novorozené dítě by nemělo nejmenší možnost, jak se o sebe postarat; v případě, že by se dítě narodilo živé, by byl následek v podobě jeho úmrtí nevyhnutelný. Obviněná tedy svým úmyslným a motivovaným jednáním, které neslo rysy konání i opomenutí, bezprostředně směřovala k usmrcení svého novorozeného dítěte, přičemž k dokonání trestného činu nedošlo pouze proto, že se dítě narodilo již mrtvé, což ovšem obviněná v době těsně po porodu nemohla vědět. Tento názor Vrchního soudu přijal i Nejvyšší soud a v rozhodnutí sp. zn. 3 Tdo 1243/2014 dovolání obviněné odmítl.

4.5 Rozsudek sp. zn. 2 To 54/2011

Rozsudkem ze dne 29. 9. 2011, sp. zn. 2 To 54/2011, zrušil Vrchní soud v Praze rozhodnutí Krajského soudu v Plzni ze dne 27. 7. 2011, sp. zn. 34 T 3/2011. Tímto rozhodnutím uznal Krajský soud v Plzni obviněného vinným ze spáchání zvlášť závažného zločinu znásilnění ve stadiu pokusu podle § 21 odst. 1, § 185 odst. 1, 3 a uložil mu trest odnětí svobody v trvání pěti let. Vrchní soud ve věci znovu rozhodl tak, že upravil skutkovou větu a výrok o vině, aby lépe odpovídaly skutkovým zjištěním soudu, a obviněnému snížil trest odnětí svobody na tři léta a šest měsíců (rovněž došlo ke změnám ve výroku o náhradě škody).

Trestného činu pokračujícího pokusu zvlášť závažného zločinu znásilnění se měl obviněný dopustit tím, že se opakovaně pokusil vykonat soulož s nezletilou jedenáctiletou dívkou, u jejíž rodiny v té době bydlel. Mělo se tak stát ve dvou případech, o znásilnění se měl obviněný pokusit (1.) jednak v garáži domu tím, že chytil poškozenou za ruce, aby se nemohla bránit,

a následně ji zatlačil ke stěně a stáhl jí kalhoty ke kolenům a pokusil se svým penisem proniknout do její pochvy, (2.) jednak v pokoji domu, kdy měl poškozenou položit na postel, svléknout jí kalhoty ke kolenům, zalehnout ji a poté se pokusit svým penisem proniknout do její pochvy, přičemž ani v jednom případě se mu jeho záměr nepodařil, a tak svého jednání zanechal. Příčinou neúspěchu pachatelova jednání byla neschopnost pachatele vykonat soulož s poškozenou, způsobená jeho homosexualitou, kterou pachatel nepřijal a s kterou nebyl ztotožněn. Podle názoru krajského soudu se však nejednalo ani o pokus (znásilnění formou soulože) nezpůsobilými prostředky, ani o pokus na nezpůsobilém předmětu útoku, nýbrž o dokonané znásilnění spáchané „jiným pohlavním stykem provedeným způsobem srovnatelným se souloží“.

Ve svém odvolání obviněný nepopíral, že by spáchal skutek tak, jak tvrdila obžaloba a jak bylo uvedeno v rozsudku, byl však toho názoru, že jeho jednání bezprostředně nesměřovalo k násilnému pohlavnímu styku s poškozenou, a tedy nebylo pokusem trestného činu. Z posudku znalce totiž vyplynulo, že je homosexuální orientace, a proto objektivně nebyl schopen pohlavního styku s poškozenou, jelikož u něj nemohlo dojít ke vzrušení a vyvrcholení. Podle názoru obviněného bylo možné jeho jednání hodnotit jedinečně jako pokus nezpůsobilým prostředkem, který by byl ovšem podle § 21 odst. 3 písm. a) beztrestný, protože obviněný od svého jednání dobrovolně upustil.

Vrchní soud ve věci rozhodoval již podruhé - první rozhodnutí ve věci ze dne 31. 3. 2011 bylo dne 2. 6. 2011 zrušeno pro nepřezkoumatelnost právního posouzení a soudu prvního stupně bylo uloženo, aby se zabýval otázkou způsobilosti pachatelova pokusu a možností dobrovolného upuštění od pokusu. Ačkoliv se nyní Vrchní soud víceméně ztotožnil se skutkovými zjištěními Krajského soudu v Plzni, i tentokrát jeho rozsudek zrušil. Vrchní soud především nesouhlasil s odmítnutím konstrukce nezpůsobilého pokusu. Poznamenal, že vedle pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku (jako příklad uvedl pokus usmrcení plodu na ženě, která nebyla těhotná) a pokusu nezpůsobilými prostředky (pokus vraždy střelnou zbraní s nedostatečným dostřelem) zná teorie i pokus nezpůsobilým subjektem. Takovým subjektem byl v tomto případě obviněný, což potvrdil i znalec, když výslovně uvedl, že obviněný nebyl z medicínského hlediska způsobilý vykonat na poškozené soulož. Úmysl obviněného v tomto případě ovšem jednoznačně směřoval právě k tomuto cíli, jehož nedosáhl, protože toho nebyl schopen (nelze tedy hovořit o znásilnění spáchaném „jiným pohlavním stykem provedeným způsobem srovnatelným se souloží“). V souvislosti s výše uvedeným Vrchní soud uvedl, že Krajský soud v Plzni měl jednání obviněného posoudit jako § 21 odst. 1, § 185 odst. 1 al. 1, 2, 3 písm. a), tuto vadu však, vzhledem k tomu, že se odvolal pouze obviněný, napravit nemohl.

5. Trestnost a trestání nezpůsobilého pokusu a přípravy

Jak bylo uvedeno v předešlých částech práce, náš systém je postaven na obecné trestnosti pokusu s tím, že za pokus by měl být zásadně ukládán trest podle trestní sazby stanovené na dokonáný trestný čin (§ 21 odst. 2). Příprava je rovněž trestná podle trestní sazby stanovené na zvlášť závažný zločin, k němuž směřovala, pokud trestní zákon nestanoví něco jiného (§ 20 odst. 2). Zde se prokazatelně projevuje vliv subjektivismu i zásada odpovědnosti za zavinění, kterou současný trestní zákoník vyznává - pokus a příprava jsou chápány jako jednání, jejichž společenská škodlivost může dosahovat až (téměř) společenské škodlivosti dokonáných trestných činů, byť nedojde ke způsobení následku. Při ukládání trestů v jednotlivých případech pak bude soud postupovat jednak podle obecných zásad pro ukládání trestů stanovených v ustanovení § 38 a 39 (u mladistvých také podle zásad § 9 ZSVM), jednak podle zásad zvlášť upravených v § 39 odst. 6 písm. c). Skutečnost, že šlo pouze o pokus či přípravu může být důvodem k uložení trestu mimořádně sníženého podle § 58 odst. 5, v případě nezpůsobilého pokusu může být od potrestání dokonce zcela upuštěno (§ 46 odst. 3). Protože u pokusu a přípravy nedojde ke způsobení následku, je umožněno pachateli, který od dalšího jednání dobrovolně upustí a splní další stanovené podmínky, dosáhnout úplné beztrestnosti (§ 20 odst. 3 a § 21 odst. 3). Krom výše uvedených otázek bude v této části práce rovněž podán výklad o pohledu subjektivní a objektivní teorie na otázku trestnosti a trestání pokusu/přípravy a na problematiku beztrestnosti při upuštění od pokusu/přípravy. Na závěr je zařazena kapitola, která porovnává několik zahraničních zákonných úprav nezpůsobilého pokusu.

5.1 Objektivní a subjektivní teorie

5.1.1 Obecné otázky trestnosti a trestání pokusu a přípravy a varianty zákonných úprav

Problematika trestání pokusů a nezpůsobilých pokusů představuje další z „třecích ploch“ mezi objektivní a subjektivní teorií. Jedná se především o dvě otázky, a to (1.) jaké pokusy trestat a (2.) jak pokusy trestat.²⁷² Jak již bylo řečeno výše, podle objektivistů není nutné trestat veškeré pokusy trestných činů, což se zejména vztahuje na pokusy nezpůsobilé. Protože u všech pokusných jednání chybí následek, nejedná se podle objektivní teorie o jednání nebezpečná stejně jako dokonané trestné činy, což by se mělo odrazit i ve výměře trestu za pokusná jednání. Podle subjektivní teorie by naopak měly být pokusy včetně pokusů nezpůsobilých (s výjimkou pokusů pověrečných) trestány zásadně stejně jako dokonané trestné činy s tím, že soudce bude

²⁷² EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 152, KUČERA, Pavel. Objektivní teorie, subjektivní teorie a pokus trestného činu - 2. část. *Trestněprávní revue*. 2009, 8(2), 36-41. ISSN 1213-5313. s. 39

mít možnost - s ohledem na konkrétní okolnosti případu, zejména na vážnost pachatelova úmyslu - trest zmírnit.²⁷³

5.1.1.1 Trestnost přípravy a pokusu

Podle Kučery je možné odpovědět na otázku, jaké pokusy (a přípravy) mají být trestány, čtyřmi různými způsoby - podle toho, k jaké teorii se zákonodárce přiklání:

1. Trestné budou (po vzoru teorie subjektivní) pokusy všech trestných činů, včetně pokusů méně závažných trestných činů a pokusů nezpůsobilých.
2. Trestné budou pokusy všech trestných činů s výjimkou pokusů některých méně závažných trestných činů, které by byly určeny např. zvláštní kategorií (v pojetí současné nauky by se mohlo jednat např. jen o trestnost pokusů zločinů, zatímco pokusy přečinů by byly beztrestné) nebo hranicí trestní sazby.
3. Trestné budou pouze pokusy těch trestných činů, u nichž to výslovně stanoví zákon ve zvláštní části.
4. Trestné budou pouze pokusy závažnějších trestných činů a dále pokusy těch méně závažných trestných činů (přečinů), u nichž tak výslovně stanoví zákon.²⁷⁴

Vedle výše uvedených variant si pak lze ještě představit variantu č. 5 (jako opak varianty č. 2 a modifikaci varianty č. 3), která by stanovovala trestnost pokusů závažnějších trestných činů.

Zatímco u varianty č. 1 se jedná o řešení čistě subjektivistické (pachatelův úmysl bude stejně nebezpečný u pokusu i dokonání trestného činu), zbylé přístupy jsou více či méně objektivistické. Varianta č. 4 se blíží subjektivismu v tom smyslu, že rozsah kriminalizace pokusných jednání je zde s výjimkou prvního případu nejrozsáhlejší.²⁷⁵ V naší současné právní úpravě je pokus obecnou formou trestné činnosti, jedná se tedy o subjektivistickou variantu č. 1. Trestnost přípravy je naproti tomu postavena na hledisku objektivistickém - v podstatě se jedná o variantu č. 3 modifikovanou v tom směru, že u stanovených trestných činů bude příprava trestná pouze u těch skutkových podstat, které jsou zvláště závažnými zločiny. Důraz je zde kladen na nebezpečnost/škodlivost jednání pachatele a nikoliv na nebezpečnost a závažnost jeho úmyslu.

²⁷³ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 153

²⁷⁴ KUČERA, Pavel. Objektivní teorie, subjektivní teorie a pokus trestného činu - 2. část. *Trestněprávní revue*. 2009, 8(2), 36-41. ISSN 1213-5313. s. 39-40

²⁷⁵ Tamtéž.

Co se týče minulých trestních kodexů a jejich návrhů, převažovala od vzniku republiky ohledně trestnosti pokusu varianta č. 1 - pokus byl obecnou formou trestné činnosti podle všech výše zmíněných zákonů. Naproti tomu ovšem docházelo k proměnám koncepce přípravy. Podle zákona z roku 1852 příprava trestná nebyla, byla však trestná podle některých jiných zákonů (zákon na ochranu republiky, zákon o třaskavinách), dalo by se tedy hovořit o variantě č. 3. Toto pojetí pak přetrvalo i v osnovách z roku 1926 a 1937 a rovněž v trestním zákonu z roku 1950. Trestní zákon z roku 1961 pak zavedl přípravu jako obecnou formu trestné činnosti, tedy přešel k variantě č. 1. Novela z roku 1990 pak zákonu posunula k námi přidané variantě č. 5. Jak již bylo řečeno výše, současná úprava by se dala zařadit k variantě č. 3.

Pro nezpůsobilé pokusy bychom mohli v rámci trestnosti pokusů stanovit následující varianty:

1. Trestné budou všechny nezpůsobilé pokusy.
2. Trestné budou všechny nezpůsobilé pokusy s výjimkou pokusů svědčících o hrubé neznalosti přírodních zákonů (pokusů s malou společenskou nebezpečností) nebo pokusů nezpůsobilým subjektem.
3. Trestné budou pouze relativně nezpůsobilé pokusy.
4. Trestné budou pouze relativně nezpůsobilé pokusy a dále pokusy na předmětu, který se v době páčání nenacházel na místě činu.

U nezpůsobilého pokusu bylo za účinnosti zákona z roku 1852 rozlišováno, jednalo-li se o pokus relativně či absolutně nezpůsobilý a byla-li nezpůsobilost způsobena prostředky či předmětem. Obecně trestný byl v podstatě jen pokus relativně nezpůsobilými prostředky a také pokus na předmětu, který se nenacházel na místě činu - jednalo by se tedy o variantu č. 4. Po roce 1943 pak byly podle judikatury trestné v zásadě všechny nezpůsobilé pokusy s výjimkou pověřených (varianta č. 2). Obecnou trestnost nezpůsobilých pokusů s výjimkou pokusů pověřených převzala i osnova z roku 1926 (varianta č. 2), naopak osnova z roku 1937 pokračovala v linii tehdejší judikatury (varianta č. 3). Zákon z roku 1950 a zákon z roku 1961 pokládaly za trestné zásadně všechny nezpůsobilé pokusy, které naplňovaly podmínku společenské nebezpečnosti - jednalo se tedy vlastně o kombinaci variant č. 1 a 2. Toto pojetí nezpůsobilého pokusu v zásadě přešlo i do současné úpravy - je stanovena obecná trestnost všech jednání, které naplňují znaky uvedené v zákoně, s tím, že v některých případech (nejspíše u již zmíněných pověřených pokusů) bude namíste použití hmotněprávního korektivu subsidiarity trestní represe.

5.1.1.2 Míra trestání přípravy a pokusu

Eysselt s Kučerou předkládají celkem pět modelů trestání pokusů, které se vyskytovaly a vyskytují v právních úpravách:

1. Pokus se trestá stejně jako dokonáný trestný čin.
2. Pokus se trestá jako dokonáný trestný čin s tím, že je zohledněno, že šlo pouze o pokus a k dokonání činu nedošlo („nedokonání“ je např. chápáno jako polehčující okolnost).
3. Pokus se trestá jako dokonáný trestný čin s tím, že je dána možnost uložit trest mírnější (nebo upustit od potrestání, zejména u nezpůsobilých pokusů).
4. Pokus se trestá obligatorně mírněji než dokonáný trestný čin - zpravidla je stanovena jiná trestní sazba za pokus daného činu nebo je snižena sazba vyjádřena zlomkem. (Nezpůsobilý pokus pak může být obligatorně trestán ještě mírněji, nebo může být od potrestání obligatorně upuštěno.)
5. Pokus se trestá zásadně mírněji než dokonáný trestný čin, avšak v určitých případech může být uložen trest stejný.²⁷⁶

Výše uvedené zpravidla platí i pro nezpůsobilé pokusy a přípravy s tím, že v některých úpravách je otázka trestání nezpůsobilých pokusů a příprav upravena zvlášť (bude se jednat zpravidla o úpravy objektivistické, jelikož podle subjektivistů by měly být všechny případy, kde se pachatelův úmysl spáchat trestný čin projeví navenek v jeho jednání, trestány zásadně stejně jako dokonané trestné činy). Naše současná úprava by se dala zařadit do kategorie třetí - za pokus a přípravu trestného činu je ukládán stejný trest jako za dokonáný trestný čin, podle § 58 odst. 5 však může soud uložit trest pod dolní hranici trestní sazby a podle § 46 odst. 3 dokonce upustit od potrestání pachatele nezpůsobilého pokusu/nezpůsobilé přípravy.

Za účinnosti zákona z roku 1852 byla, jak bylo uvedeno výše, trestná pouze příprava některých trestných činů (obsažených např. v zákoně na ochranu republiky nebo v zákoně o třaskavinách), přičemž její trestnost byla stanovena zvláštní skutkovou podstatou trestného činu, za níž byla stanovena zvláštní (nižší) trestní sazba - jednalo se tedy o variantu č. 4. Tento koncept v zásadě přešel i do obou osnov a v podstatě pokračoval i v zákoně z roku 1950. Od roku 1961 se v našem právu uplatňuje varianta č. 3 - příprava je obecně trestná jako dokonáný trestný čin s tím, že soud může trest mimořádně snížit.

²⁷⁶ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 156-157; KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 2...* s. 40

Pokus trestného činu byl v zákoně z roku 1852 trestán podle varianty č. 2 stejně jako trestný čin s tím, že „nedokonání“ činu představovalo polehčující okolnost a u pokusu trestného činu vraždy a vyhnání plodu byla stanovena nižší trestní sazba. Osnova z roku 1926 se přesunula k variantě č. 3 s možností uložit trest mírnější, případně i od potrestání upustit. V osnově z roku 1937 bychom našli kombinaci variant č. 1 a 3, kdy byla stanovena obligatorně nižší sazba na pokusy těch trestných činů, za něž by bylo možné uložit trest odnětí svobody na doživotí či trest smrti. Zákon z roku 1950 zakotvil variantu č. 1 (avšak ne zcela čistou, soud měl povinnost zohlednit, proč nedošlo k dokonání činu, v určitých případech by tedy skutečnost, že šlo pouze o pokus, mohla být chápána jako polehčující). Tato koncepce pak přetrvala i v zákoně z roku 1961, a to až do jeho novelizace novelou z roku 1990, po níž se zákon přiklonil k nynější variantě č. 3 s možností uložení mírnějšího trestu za některé pokusy.

5.1.2 Ustoupení od pokusu/přípravy a beztrestnost pachatele

Problematika ustoupení od pokusu/přípravy, s níž je spojena beztrestnost pachatele, je další z otázek, kterou řeší subjektivní i objektivní teorie odlišně - byť ne tolik odlišně, jako otázky jiné. Jelikož beztrestnost pachatele, který upustil od pokusu, je žádoucí z hlediska naplnění cílů i účelů trestního práva, zejména z důvodu posílení ochrany chráněných zájmů, obě teorie umožňují pachateli „obrátit se zpět“. Liší se ovšem v tom, co považují za nutnou podmínku beztrestného ustoupení, a rovněž v šíři tohoto institutu.²⁷⁷

5.1.2.1 Objektivní teorie

Základem objektivní teorie je odpovědnost za výsledek a důvodem trestnosti pokusu nebezpečnost pachatelova činu. Beztrestnost pachatele, který dobrovolně upustil od dokonání trestného činu, je tedy dobře odůvodněna. Upuštěním od dalšího jednání odpadá nebezpečí pro (konkrétní) právem chráněné zájmy, není tedy důvod takového jednání trestat. Přitom nezáleží, zda pachatel upustil od svého jednání čistě dobrovolně či pod vlivem vnějších okolností (např. z důvodu, že byl spatřen), jeho pohnutka je zcela nepodstatná. Zákonodárce se spokojí s tím, že byla porucha (případně ohrožení) od právního statku odvrácena, čímž zanikla nebezpečnost činu.²⁷⁸

Samotné upuštění od dalšího jednání však pro beztrestnost nestačí. Podle objektivní teorie musí pachatel navíc odstranit nebezpečí, které svým jednáním zapříčinil, přičemž se musí jednat o nebezpečí skutečné, nikoliv jen domnělé. Pachatel tedy nebude beztrestný v případě,

²⁷⁷ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 151

²⁷⁸ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 2...* s. 36-37

kdy (1.) nebezpečí nebylo přítomné již od začátku (např. se jednalo o nezpůsobilý pokus), (2.) nebezpečí bylo odstraněno jinou osobou (např. oběť nevpila otrávený nápoj), nebo (3.) nebezpečí vymizelo, jelikož se jednalo o tzv. nezdařený pokus. Skutečnost, jestli pachatel o těchto okolnostech věděl, je vedlejší - platí, že pokud je objektivně jisté, že dokonání není možné, pachatel nemůže beztrestnosti dosáhnout nikdy.²⁷⁹

5.1.2.2 Subjektivní teorie

Ve své „nejčistší“ podobě by subjektivní teorie beztrestnost pachatele, který od pokusu/přípravy ustoupil, nepřipouštěla. Pachatel svou nebezpečnost dostatečně projevils již tím, že se vážně rozhodl spáchat trestný čin a k tomuto páčání dokonce i přistoupil, jeho zločinná vůle se dostatečně projevila ve vnějším světě, a proto by měl být tento pachatel trestaný i přesto, že k výsledku nedošlo. Tento extrémní názor je ovšem z kriminálně-politického hlediska neudržitelný (nehledě na to, že by aplikace tohoto přístupu vedla k nespravedlivým závěrům), a proto i subjektivní teorie uznává v určitých případech beztrestnost pachatele, který od dokonání trestného činu upustil.²⁸⁰

Na rozdíl od objektivní teorie klade teorie subjektivní v otázce upuštění od pokusu (v souladu se zásadou odpovědnosti za zavinění) důraz na pohnutku pachatele. Pachatelova nebezpečnost je zde posuzována *in abstracto* a podle subjektivní teorie nelze o jejím zániku hovořit, pokud se pachatel např. rozhodne odložit páčání trestného činu na vhodnější dobu (to by naopak spíše svědčilo o jeho větší nebezpečnosti), pokud je při páčání činu přistižen nebo pokud od jednání ustoupí jen proto, že si uvědomil nezpůsobilost zvolených prostředků/předmětu.²⁸¹ Důvod, pro který pachatel od pokusu upustil, musí odrážet jeho „zaniklou“ nebezpečnost pro všechny právní statky (tedy i do budoucna), musí svědčit o změně jeho protispoločenského postoje - beztrestným bude pouze pachatel, který si uvědomil nesprávnost svého počínání a „podřídil tomuto svému poznání své jednání, potlačil v sobě své zločinné myšlenky a lze z tohoto důvodu mít zato, že se v tomto ohledu poučil i do budoucna“.²⁸²

Jak již bylo řečeno výše, subjektivismus klade důraz na představu pachatele o jeho činu. Toto se uplatní také v otázce ustoupení od pokusu - zatímco objektivní teorie neumožňuje beztrestnost pachatele, který upustí od pokusu, jež by nemohl vést k dokonání, pro subjektivní

²⁷⁹ Tamtéž.

²⁸⁰ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 147-148

²⁸¹ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 146

²⁸² KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 2...* s. 37

teorii je klíčová pachatelova představa o tom, zdali následek nastal či zdali ještě nastat mohl.²⁸³ Beztrestným by tedy mohl být pachatel, který by ustoupil od pokusu vraždy nenabitou zbraní, nebo který by se snažil sehnat pomoc oběti, o níž byl přesvědčen, že ji otrávil. V podstatě tedy stačí, aby zde bylo nebezpečí pouze v představách pachatele a aby toto nebezpečí bylo odstraněno opět pouze v představách pachatele. I subjektivisté však vyžadují přítomnost, resp. nepřítomnost objektivního prvku v podobě skutečného dokonání trestného činu - ani v pojetí subjektivní teorie není možné ustoupit od činu, který již byl objektivně dokonán, byť by v představách pachatele k následku ještě nedošlo. V tomto případě totiž zanikla pouze nebezpečnost pachatele *pro futuro* a nikoliv *in abstracto*, jelikož již došlo k ohrožení či porušení chráněného zájmu.²⁸⁴

Na základě výše uvedeného můžeme vyslovit závěr, že pojetí subjektivní teorie je na jednu stranu širší a na druhou naopak užší než pojetí teorie objektivní - teorie subjektivní připouští beztrestnost pachatele pouze v případech, kdy od spáchání trestného činu upustil z „čistých“ pohnutek, naopak ovšem umožňuje dosáhnout beztrestnosti i pachateli, který odvracel nebezpečí, které objektivně přítomno nebylo. Na základě ani jedné z teorií však nebude beztrestný pachatel, jenž se snažil odvrátit dokonání činu, který byl pokusem pouze v jeho představách a ve skutečnosti již byl dokonán.²⁸⁵ Za zmínku rovněž stojí poznatek, že zatímco v otázce nezpůsobilého pokusu posuzuje objektivní teorie nebezpečnost *in abstracto* a subjektivní teorie *in concreto*, v případě ustoupení od pokusu je tomu naopak - objektivní teorii zajímá, zda pominula nebezpečnost (činu) v tomto konkrétním případě, subjektivní teorie se pak zabývá nebezpečnostmi (pachatele) obecně, pro všechny současné i budoucí právní vztahy.

5.2 Zánik trestnosti, mimořádné snížení trestu a upuštění od potrestání

5.2.2 Zásady ukládání trestů u přípravy a pokusu

Obecné zásady ukládání trestů vycházejí z ústavních zásad demokratického právního státu a nahradily v současném trestním zákoníku ustanovení o funkci a účelu trestu.²⁸⁶ Tyto zásady jsou v trestním zákoníku formulovány jednak obecně pro veškeré trestní sankce (§ 36-38), jednak zvláště pro tresty (§ 39-45) a zvláště pro ochranná opatření (§ 98-99). Jedná se zejména o zásadu zákonnosti, zásadu individualizace sankcí/trestů, zásadu přiměřenosti, zásadu humanity sankcí, zásadu personality sankce a zásadu neslučitelnosti určitých druhů sankcí u té-

²⁸³ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 2...* s. 37-38

²⁸⁴ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 149-150

²⁸⁵ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 2...* s. 38

²⁸⁶ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 387

hož pachatele.²⁸⁷ Vzhledem k tomu, že obsáhlá otázka trestání není tématem práce, budeme se nadále zabývat výhradně zvláštními zásadami, které se uplatňují při trestání přípravy a pokusu. Tyto zásady jsou upraveny v § 39 odst. 6 písm. c). Podle tohoto ustanovení soud obligatorně přihlédne k tomu, (1.) do jaké míry se jednání pachatele přiblížilo k dokonání a (2.) k okolnostem a důvodům, pro které k jeho dokonání nedošlo. Jedná se o další okolnosti, které ovlivňují povahu a závažnost činu.

5.2.2.1 Míra přiblížení se k dokonání

Míra, do jaké se pokus přiblížil dokonání a příprava k pokusu, je objektivistickým kritériem - nebezpečnost přípravy a pokusu je určena tím, jak reálné a jak vážné bylo ohrožení objektu daného trestného činu.²⁸⁸ Platí, že čím vzdálenější bylo jednání pachatele od dokonání, tím méně byl objekt trestného činu ohrožen a tím by měl být trest uložený pachateli mírnější. Zároveň ovšem platí, že čím blíže je jednání pachatele dokonání, tím více se projevuje jeho zločinný úmysl (neboť k tomu, aby pachatel v jednání pokračoval, musí vyvíjet stále vyšší míru energie).²⁸⁹

Toto kritérium zahrnuje jednak stupeň připravenosti útoku pachatele a povahu jeho jednání, jednak význam a rozsah ohrožení vyvolaného pokusem/přípravou trestného činu. Stupeň připravenosti útoku pachatele je určen zejména tím, jak daleko dosáhla činnost pachatele (především jednalo-li se o ukončený či neukončený pokus), nakolik mohly pachatelem vytvořené podmínky přispět k dokonání činu a uskutečnění jeho plánu, jaká byla povaha (a způsobilost) pachatelem zvolených prostředků, jaký význam měly jednotlivé složky jeho jednání a účastnily-li se páchaní trestného činu i další osoby. Význam a rozsah ohrožení, které bylo vyvolané přípravou/pokusem, posuzujeme podle povahy pachatelova jednání, významu a ohrožení společenských vztahů a povahy hrozící, případně už způsobené škody (např. újma na zdraví u pokusu trestného činu vraždy apod.).²⁹⁰

Ve prospěch pachatele zde budou svědčit zejména nízká připravenost útoku, nepřilíš způsobilé prostředky, skutečnost, že se jednalo pouze o neukončený pokus, menší význam ohrožených chráněných vztahů a malý rozsah hrozící (či již způsobené) škody, v jeho neprospěch

²⁸⁷ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 387-388

²⁸⁸ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář - 2. vyd. ...* s. 531

²⁸⁹ SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 349

²⁹⁰ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 73-74

naopak větší připravenost jednání, velký rozsah plánované či způsobené škody, větší význam chráněných zájmů a skutečnost, že se jednalo o ukončený pokus.²⁹¹

5.2.2.2 *Okolnosti, proč k dokonání nedošlo*

Okolnosti a důvody, pro které nedošlo k dokonání činu, mohou být v zásadě dvojího druhu - může se jednat o okolnosti objektivní, nezávislé na vůli a osobě pachatele, nebo o okolnosti subjektivní.²⁹² Objektivní okolností bude typicky přistižení/vyrušení pachatele, odpor oběti, s nímž si pachatel nedokáže poradit, případně nezpůsobilost daného pokusu či přípravy.²⁹³ Mezi subjektivní okolnosti počítáme zejména míru rozhodnosti pachatele, jeho zkušenosti, pokud jde o páčání trestných činů, jeho omyl a také skutečnost, zda pokus opakoval. Tyto okolnosti vyjadřují nebezpečnost pachatele pro společnost a mají vliv zejména na plán trestného činu, volbu prostředků nebo způsob páčání (z nichž pak můžeme na tyto navenek nerozpoznatelné subjektivní okolnosti usuzovat).²⁹⁴

Tyto dvojí okolnosti (objektivní a subjektivní) je pak nutné důsledně rozlišovat v souladu se zásadou odpovědnosti za zavinění a zásadou, že pachateli by neměla jít k dobru náhoda. Zejména u omylu pachatele, který bude důvodem nezpůsobilosti přípravy či pokusu, je nutné důkladně posoudit, čím byl tento omyl zapříčiněn. Například u pokusu nezpůsobilými prostředky můžeme podle příčiny pachatelova omylu rozlišovat tři druhy tohoto nezpůsobilého pokusu, u nichž bude namíste i odlišné posouzení jejich trestnosti - v prvním případě je důvodem nezpůsobilosti pokusu to, že pachateli někdo podstrčil nezpůsobilý prostředek místo způsobilého (případně skutečnost, že se pachatel přehmátl), ve druhém a třetím případě je pak na vině omyl pachatele ohledně způsobilosti daného prostředku. Je zřejmé, že v prvním případě, kdy pachateli v dokonání zabránila vlastně jen náhoda, by měl být pokus trestaný přísněji než v případě druhém, kdy pachatel špatně ohodnotil vlastnosti prostředku vzhledem k dané situaci, nebo dokonce v případě třetím, kdy se pachatel mýlil o samotných přírodních zákonitostech. Obdobně u pokusu na nezpůsobilém předmětu může být omyl pachatele způsobený jeho pouhou neznalostí konkrétních okolností (např. pachatel neví, že dívka, s níž souloží, je ve skutečnosti starší patnácti let), nebo se naopak může jednat o omyl takového charakteru, který svědčí o nízké inteligenci a zpravidla i o nízké nebezpečnosti pachatele (př. pachatel je přesvědčen, že strašák na poli je ve skutečnosti živý, a pokusí se jej usmrtit). Nepochybně je rovněž nutné posoudit,

²⁹¹ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 75

²⁹² SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti...* s. 349

²⁹³ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 72

²⁹⁴ Tamtéž.

jednalo-li se o omyl ontologický či nomologický (což s předešlými otázkami úzce souvisí), neboť z povahy omylu lze usoudit na nebezpečnost pachatele.

V souhrnu bude ve prospěch pachatele působit jeho menší rozhodnost, malá zkušenost v páchání trestných činů a s ní spojená nízká pravděpodobnost opakování deliktu, volba méně způsobilých prostředků, nevhodně zvolený způsob jednání a dále skutečnost, že pachatel poté, co narazil na překážku, ve svém jednání nepokračoval (což svědčí o jeho menší rozhodnosti). Jedná se tedy o zejména okolnosti subjektivní povahy, zatímco okolnosti objektivní povahy budou zpravidla svědčit v neprospěch pachatele spolu s větší rozhodností a předešlými kriminálními zkušenostmi.²⁹⁵

5.2.1 Zánik trestnosti přípravy a pokusu

Jelikož u přípravy ani u pokusu ještě nedošlo ke způsobení následku, nabízí zákon pachateli možnost získat beztrestnost, pokud od svého jednání včas upustí a naplní další podmínky. Zákonodárce tak dává přednost ochraně ohrožených společenských vztahů před potrestáním pachatele.²⁹⁶ Trestní zákoník v § 20 odst. 3 (a obdobně v § 21 odst. 3) stanoví, že trestní odpovědnost za přípravu/pokus zaniká, pokud pachatel dobrovolně upustí od dalšího jednání, které směřuje ke spáchání trestného činu (A), a odstraní nebezpečí, které jeho jednáním vzniklo chráněnému zájmu (B), nebo učiní o přípravě/pokusu oznámení v době, kdy nebezpečí, které jeho jednáním vzniklo, mohlo být ještě odstraněno (C). Obdobně jako u pokusu a přípravy zde tedy musí dojít k naplnění subjektivní podmínky (dobrovolnost) a objektivní podmínky (upuštění od dalšího jednání a odstranění nebezpečí), což odráží smíšené pojetí pokusu/přípravy v současném trestním zákoníku. K jednotlivým podmínkám si podáme vysvětlení níže a rovněž se dotkneme problematiky zániku trestnosti při účasti více osob, kterou zákon upravuje v § 20 odst. 4 a § 21 odst. 4 (D).

A) Podle nauky lze o dobrovolném upuštění od dalšího jednání hovořit pouze tehdy, pokud si je pachatel vědom toho, že mu nic nebrání dokončit trestnou činnost podle jeho představ, nehrozí mu nebezpečí odhalení, a přesto se rozhodne od dokonání trestného činu upustit (nadobro, nikoliv pouze prozatím s tím, že se o čin znovu pokusí ve vhodnější dobu²⁹⁷). Pachatel tedy od svého dalšího jednání upouští s vědomím, že je jeho čin uskutečnitelný a že by jej mohl dokonat tak, jak si představoval. Přitom nezáleží na tom, jestli by pachatel čin skutečně mohl dokonat či nikoliv, zásadní je (v duchu subjektivismu) pouze pachatelova představa o tom,

²⁹⁵ NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu...* s. 74-75

²⁹⁶ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář - 2. vyd. ...* s. 302

²⁹⁷ srov. č. 52/1970 Sb. rozh. tr.

zda čin dokonat může - dobrovolné upuštění od dalšího jednání je tedy možné i u nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu. Nejrůznější případy, kdy se o dobrovolnost nejedná, byly vymezeny zejména judikaturou.²⁹⁸

B) Tato podmínka může být naplněna dvěma způsoby podle toho, jak moc se již jednání pachatele přiblížilo k dokonání. U neukončených pokusů postačí, pokud pachatel upustí od dalšího jednání - nebezpečí je v tomto případě odstraněno již tím, že pachatel zanechá další činnosti (např. pachatel, který chtěl svou oběť zastřelit, nakonec nevystřelí - nebezpečí, které hrozilo chráněnému zájmu, bude odstraněno již tímto zdržením se dalšího provádění). Naproti tomu u ukončených pokusů bude situace složitější - upuštění od pokusu zpravidla nebude možné, protože již to, co pachatel svým dosavadním jednáním učinil, by stačilo ke způsobení následku, k němuž nedošlo na základě skutečnosti nezávislé na jeho vůli. Výjimkou budou zejména případy, kdy je mezi jednáním pachatele a následkem jistá časová prodleva, v níž bude možné následku zabránit.²⁹⁹ K odstranění nebezpečí bude ovšem nutné aktivní činnosti ze strany pachatele (např. podání protijedu oběti, kterou se pokusil otrávit; uhašení roznětky k výbušnině, kterou zapálil). Pachatel přitom nemusí vzniklé nebezpečí odstranit sám, může tak učinit i za přispění a pomoci jiných osob.³⁰⁰ Na rozdíl od pokusu nauka ukončenou a neukončenou přípravu nerozlišuje. I u přípravy však nalezneme případy, kdy k odstranění nebezpečí dojde již pouhým upuštěním od dalšího jednání, stejně jako případy, kdy je třeba aktivního jednání pachatele. První skupinu budou typicky představovat trestné činy samotného pachatele, přičemž k beztrestnosti po něm nebude požadováno, aby odstranil/zničil prostředky či nástroje, které si již ke spáchání trestného činu obstaral, postačí, pokud tyto nepoužije k páčání původně zamýšleného trestného činu.³⁰¹ Do druhé skupiny budou typicky patřit trestné činy jiných osob, nebo trestné činy, na nichž se spolu s pachatelem podílí i jiné osoby. Z ustanovení § 20 odst. 5 a 21 odst. 5 pak můžeme dovodit, že se nevyžaduje, aby pachatel odstranil veškeré nebezpečí, které vzniklo na základě jeho jednání - jinak by ztratila úprava tzv. kvalifikovaného pokusu a kvalifikované přípravy smysl. Formulaci § 20/21 odst. 3 písm. a) je nutné chápat tak, že nebezpečí, které hrozilo objektu trestného činu, musí být odstraněno do té míry, aby nedošlo k následku, který předpokládá skutková podstata.

²⁹⁸ např. č. 52/1970 Sb. rozh. tr., č. 21/1972-II Sb. rozh. tr., č. 12/1981 Sb. rozh. tr., č. 114/1952 Sb. rozh. tr.

²⁹⁹ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 292

³⁰⁰ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář - 2. vyd. ...* s. 305

³⁰¹ usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 10. 2011, sp. zn. 8 Tdo 1296/2011

Je otázkou, nakolik platí výše uvedené pro nezpůsobilé pokusy a přípravy, které mohou být, jak jsme si již ukázali, ve formě ukončené i neukončené. Teoreticky by bylo možné v duchu objektivismu prohlásit, že z nezpůsobilého pokusu žádné nebezpečí nevznikne a vzniknout nemůže, a tedy nemá pachatel „co odstraňovat“. Tento pohled by nás pak mohl dovést ke dvěma odlišným závěrům - všechny nezpůsobilé pokusy budou beztrestné, protože žádné nebezpečí nevzniklo, anebo budou naopak všechny trestné, protože nebude možné naplnit jednu ze dvou podmínek beztrestnosti. Ovšem vzhledem ke konstrukci přípravy a pokusu v trestním zákoníku a pravidlům posuzování jednání v pozitivním skutkovém omylu, jakož i vzhledem k pojetí trestního zákoníku jako celku, je podle mého vhodnější řešení subjektivistické, na něž ostatně odkazuje i zakotvení podmínky dobrovolnosti. Řešení, které by znemožňovalo upuštění od nezpůsobilých pokusů, by rovněž nebylo spravedlivé ani účinné z hlediska prevence páchání dalších trestných činů. Pokud bychom na ustanovení o ustoupení od pokusu a přípravy nahlíželi objektivisticky, posuzovali bychom přísněji pachatele, jehož jednání nemohlo vést k dokonání, než pachatele, jehož jednání k dokonání vést mohlo, což je na první pohled nepřijatelné a nelogické (nezpůsobilý pokus je koneckonců méně společensky škodlivý než pokus způsobilý). Navíc by tak v mnoha případech trestní odpovědnost, resp. možnost dosáhnout beztrestnosti, závisela pouze na náhodě. Znak „odstranění nebezpečí, které vzniklo chráněnému zájmu“ je tedy podle mého nutné chápat subjektivisticky - nemusí dojít ke skutečnému odstranění skutečného nebezpečí, postačí, pokud pachatel nezpůsobilého pokusu či nezpůsobilé přípravy „odstraní“ nebezpečí toliko domnělé.

C) Alternativou k odstranění nebezpečí, které vzniklo chráněnému zájmu, je včasné oznámení o podniknuté přípravě/pokusu v době, kdy by nebezpečí způsobené jednáním pachatele mohlo být ještě odstraněno (např. je ještě čas zabránit naváděné osobě ve spáchání činu, nebo osobě, kterou pachatel otrávil, podat protijed). Toto oznámení musí pachatel učinit (kterémukoliv) státnímu zástupci nebo policejnímu orgánu; pokud je pachatel vojákem, může oznámení učinit i svému nadřízenému. Zákon zde od pachatele nevyžaduje, aby nebezpečí odstranil sám, nevyžaduje ani, aby k odstranění nebezpečí skutečně došlo, pokud pachatel učinil oznámení v době, kdy k odstranění nebezpečí dojít mohlo - tím, že trestný čin oznámí, pachatel vlastně „předá“ odpovědnost státu, a je tedy na něm, aby včas zareagoval a nebezpečí odstranil. Skutečnost, že reakce příslušného orgánu byla příliš pomalá, nelze pachateli přičítat k tíži.

D) Ustanovení § 20 odst. 4 a § 21 odst. 4 představují modifikaci základní úpravy zániku trestnosti přípravy a pokusu upravené v § 20 odst. 3 a § 21 odst. 3. Stanoví, že v případě účasti více osob, zániku trestní odpovědnosti pachatele nebrání, pokud je čin dokonán ostatními

pachateli přes jeho včasné oznámení nebo nezávisle na jeho dřívějším přispění k činu. Tato ustanovení vychází ze zásady, že v případě účastenství v širším slova smyslu, které zahrnuje i spolupachatelství, je nutné posuzovat trestní odpovědnost každého „účastníka“ samostatně.³⁰² Dobrovolné upuštění je tzv. osobní podmínkou beztrestnosti, pachateli nelze přičítat k tíži skutečnost, že k dokonání činu došlo bez jeho účasti, když on sám udělal vše, co od něj zákon pro beztrestnost vyžaduje.³⁰³

5.2.2 *Mimořádné snížení trestu*

Ačkoliv jsou příprava i pokus v duchu subjektivismu obecně trestné podle trestní sazby za dokonání trestný čin, ustanovení § 58 odst. 5 (jedná se o speciální ustanovení k ustanovení § 58 odst. 1, které lze u pokusu a přípravy rovněž použít) soudu umožňuje uložit pachateli přípravy a pokusu trest nižší, než stanoví příslušná trestní sazba (příčemž soud nebude vázán hranicemi § 58 odst. 3), pokud má za to, že

- vzhledem k povaze a závažnosti přípravy nebo pokusu by použití základní trestní sazby bylo nepřiměřeně přísné (tedy i použití dolní hranice trestní sazby) A
- nápravy pachatele lze dosáhnout i trestem kratším.

Povaha a závažnost přípravy a pokusu je určována jednak povahou a závažností činu, k němuž směřovaly, jednak povahou a závažností přípravy a pokusu jako takových. Podle § 39 odst. 2 jsou povaha a závažnost činu určovány zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za nichž byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou, záměrem nebo cílem. Povahu a závažnost přípravy a pokusu pak posuzujeme podle výše zmíněného § 39 odst. 6 písm. c), který ukládá přihlížet k tomu, do jaké míry se jednání přiblížilo k dokonání, a také k okolnostem a důvodům, pro něž k dokonání nedošlo. Dále je nutné brát v potaz okolnosti zmíněné v § 39 odst. 1, zejména poměry pachatele, jeho dosavadní život a možnost nápravy, které budou důležité pro posouzení, bylo-li by možné dosáhnout nápravy pachatele i trestem kratším.

Rovněž je nutné porovnat povahu a závažnost páchané přípravy a pokusu s povahou a závažností obvyklých pokusů a příprav daného trestného činu - ustanovením trestnosti pokusu a přípravy podle dokonání trestného činu totiž zákonodárce vyjádřil přesvědčení, že naprostá většina příprav a pokusů je natolik společensky závažná, že je lze postihnout podle trestní sazby stanovené na dokonání trestný čin. Mimořádné snížení trestu by mělo být vyhrazeno pouze

³⁰² ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář* - 2. vyd. ... s. 306

³⁰³ Tamtéž, také JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné...* s. 294

případům mimořádným, takovým, jejichž společenská škodlivost je podstatně nižší, než bývá běžné, a u nichž jsou přítomny takové polehčující okolnosti, které se v podobných případech běžně nevyskytují.³⁰⁴ Důvodem mimořádného snížení tedy nemůže být skutečnost, že zůstalo pouze u pokusu či přípravy.³⁰⁵

Stejně tak nelze říci, že vyžadovaným „mimořádným důvodem“ by byla vždy skutečnost, že se jednalo o nezpůsobilý pokus či nezpůsobilou přípravu. I zde je třeba uplatnit výše popsaná pravidla a zejména určit, jaký byl důvod nezpůsobilosti daného pokusu či přípravy (viz výše). Mimořádné snížení by jistě přicházelo v úvahu v jistých případech absolutně nezpůsobilých pokusů, např. u tzv. kombinovaných nezpůsobilých pokusů, kde je společenská škodlivost obecně snižována s každým důvodem nezpůsobilosti, nebo u pokusů pověrečných (zde by ovšem bylo spíše namísto upuštění od potrestání či uplatnění zásady subsidiarity trestní represe). Podle Kučery by užití tohoto ustanovení přicházelo v úvahu např. u nezkušeného pachatele, který „přišel s naprosto naivním zločinným plánem“, k jehož provedení navíc zvolil nezpůsobilé prostředky, a který svého činu upřímně lituje, pokud lze mít vzhledem k okolnostem za to, že se tento pachatel polepšil a k páchání trestného činu již v budoucnu nepřistoupí.³⁰⁶

O mírnějším potrestání pachatele nezpůsobilého pokusu nebo nezpůsobilé přípravy a použití § 58 odst. 5 se zmiňuje rovněž důvodová zpráva, která pokládá toto ustanovení za „svým způsobem“ subsidiární vůči ustanovení § 46 odst. 3.³⁰⁷ Doslova uvádí: „Pokud by pak v případě takové nezpůsobilé přípravy nebo nezpůsobilého pokusu nebyly splněny podmínky pro upuštění od potrestání, lze v těchto případech také použít ustanovení o mimořádném snížení trestu odnětí svobody podle § 58 odst. 5.“³⁰⁸ Tato formulace ovšem není vzhledem k formulaci § 46 odst. 3 právě vhodná, jak si ukážeme dále.

5.2.3 Upuštění od potrestání

Na rozdíl od výše popsaných institutů lze upuštění od potrestání podle § 46 odst. 3 aplikovat pouze na nezpůsobilý pokus a nezpůsobilou přípravu. Jedná se také, jak již bylo řečeno výše, o jediné ustanovení trestního zákoníku, které se výslovně zmiňuje o nezpůsobilém pokusu a nezpůsobilé přípravě. Zákon zde umožňuje soudu upustit od potrestání v případě, kdy pachatel nerozpoznal, že příprava nebo pokus nemohly vést k dokonání, a to buď pro nezpůsobilost

³⁰⁴ srov. např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2014, sp. zn. 8 Tdo 550/2014 (publikováno jako č. 24/2015 Sb. rozh. tr.)

³⁰⁵ č. 14/1965 Sb. rozh. tr.

³⁰⁶ KUČERA, Pavel. *Nový trestní zákon a pokus trestného činu...* s. 20

³⁰⁷ *Důvodová zpráva k vládnímu návrhu trestního zákoníku...*s. 203-204, 220, 223

³⁰⁸ *Důvodová zpráva k vládnímu návrhu trestního zákoníku...* s. 220

prostředků, jimiž měl být čin spáchán, nebo pro nezpůsobilost předmětu, na němž měl být čin spáchán. Na takového pachatele se pak bude podle § 46 odst. 4 hledět tak, jako by nebyl odsouzen, ačkoliv bude uznán vinným. Zákonodárce toto umožňuje zejména z důvodu nižší společenské škodlivosti nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu, které jsou v souladu se současným formálním pojetím trestného činu obecně trestné stejně jako dokonané trestné činy. Smyslem tohoto ustanovení má pak být zřejmě zúžení dosahu subjektivní teorie a umožnění netrestání takových jednání, které nedosahují dostatečné společenské škodlivosti. To můžeme ostatně vyčíst i z důvodové zprávy, která uvádí, že „*případy, u nichž nezpůsobilost pokusu sám pachatel pro značně nerozumný přístup a pošetilost nerozpozná, by měly zůstat nepotrestány (viz obdobně § 23 odst. 3 německého trestního zákoníku - StGB), jak to vyplývá z navrhovaného ustanovení § 46 odst. 2 (nyní § 46 odst. 3 - pozn. autorky) o upuštění od potrestání*“.³⁰⁹

Stejně jako ustanovení o mimořádném snížení trestu odnětí svobody nelze ani ustanovení § 46 odst. 3 aplikovat na všechny případy nezpůsobilých pokusů a příprav (resp. by na ně aplikováno být nemělo). Důvodová zpráva (viz výše) vztahuje upuštění od potrestání pouze na pokusy pověrečné a podobně „závažně nezpůsobilé“ pokusy (spáchané „značně nerozumně a pošetile“), byť ze samotné dikce zákona nic takového nevyplývá. Zákonem dané podmínky totiž naplňují všechny nezpůsobilé pokusy a přípravy (vyjma pokusu/přípravy nezpůsobilým subjektem), u nichž se můžeme setkat, jak jsme si již ukázali, s různou mírou společenské škodlivosti. Podle Kučery by pak teoreticky mohlo dojít k absurdnímu případu, kdy by bylo možné upustit od potrestání, ale zároveň by pro nenaplnění zákonných podmínek nebylo možné trest mimořádně snížit.³¹⁰ Byť by k takové situaci v praxi s největší pravděpodobností nedošlo, není pochyb o tom, že skutečnost, že by taková aplikace byla teoreticky možná, představuje závažnou vadu.³¹¹

Podle komentáře by měl soud při posuzování, jestli upustit od potrestání pachatele, zohlednit zejména tyto skutečnosti:

- povahu a závažnost činu, k němuž nezpůsobilá příprava a pokus směřovaly;
- důvody, proč k dokonání nedošlo, tj. jestli zde kromě nezpůsobilosti předmětu/prostředku byly přítomné i jiné okolnosti;

³⁰⁹ *Důvodová zpráva k vládnímu návrhu trestního zákoníku... s. 204*

³¹⁰ KUČERA, Pavel. *Nový trestní zákon a pokus trestného činu... s. 21*

³¹¹ Podle Kučery (tamtéž) k tomuto zřejmě došlo chybným převzetím ustanovení § 23 odst. 2 německého trestního zákoníku, na nějž se důvodová zpráva přímo odvolává. Toto ustanovení však vysloveně hovoří o tom, že pachatel nezpůsobilost svého jednání nerozpoznal „ze značného nedostatku rozumu“ (*aus grobem Unverstand*). - Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974. Citováno z: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

- do jaké míry se příprava přiblížila k pokusu a pokus k dokonání trestného činu;
- povahu a druh předmětu útoku a povahu a druh použitých prostředků;
- zda se jednalo o nezpůsobilost absolutní nebo relativní.³¹²

Povahu a závažnost činu bude soud posuzovat podle již zmíněného § 39 odst. 2, vzdálenost pokusu/přípravy od dokonání a důvody, proč k němu nedošlo, pak podle § 39 odst. 6 písm. c) (o obou ustanoveních již bylo hovořeno výše). Dále by měl soud (podobně jako u posuzování mimořádného snížení trestu) nepochybně přihlédnout rovněž k ostatním okolnostem zmíněným v ustanoveních tohoto oddílu, zejména k ustanovení § 39, a také k polehčujícím a přitěžujícím okolnostem v § 41 a 42.

Povahu a druh pachatelem zvolených prostředků/předmětu, na nějž pachatel zaútočil (nebo v případě přípravy zaútočit plánoval), bude soud posuzovat zejména s ohledem na jejich způsobilost (resp. nezpůsobilost). Je nepochybné, že pokud se jedná např. o pověrečné pokusy, kde zvolené prostředky svědčí o pachatelově hrubé neznalosti přírodních zákonů, bude čin méně společensky škodlivý než v případě, kdy je prostředek nezpůsobilý jenom pouhou náhodou (např. pachatelova zbraň se zasekne). Zatímco v prvním případě bude upuštění od potrestání podle mého názoru (pokud nebude shledáno, že takovýto pokus pro nedostatek společenské škodlivosti vůbec není trestným činem³¹³), ve druhém případě s největší pravděpodobností nikoliv. Co se týče předmětu, jistě je nutné odlišit případy, kdy pachatel útočí na předmět, který se pouze náhodou nenachází na místě, a kdy útočí na předmět, který vůbec neexistuje (ať už fakticky nebo právně). Zde je však nutné komentáři (a ostatně i zákonu samotnému) vytknout, že omezuje nezpůsobilé pokusy a přípravy pouze na nezpůsobilost způsobenou předmětem či prostředky, a pomíjí tak nejen pokusy a přípravy nezpůsobilými subjekty, ale rovněž i ostatní „nepojmenované“ druhy nezpůsobilých pokusů a příprav (např. pachatel se mylí ohledně způsobu, místa nebo času). Za použití argumentu *a contrario* bychom pak mohli dojít k závěru, že tyto další nezpůsobilé pokusy a přípravy zákonodárce opomíjí záměrně a upuštění od potrestání u nich neumožňuje proto, že je považuje za společensky škodlivější.³¹⁴ Jedná se samozřejmě o závěr nesprávný a praxe by si i s těmito případy nepochybně poradila (např.

³¹² ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář - 2. vyd.* ... s. 639-640

³¹³ Podle Kratochvíla by zvláště v takovýchto případech připadala v úvahu aplikace zásady subsidiarity trestní represe, byť důvodová zpráva zmiňuje pouze mimořádné snížení trestu nebo upuštění od potrestání. Doslova uvádí: „... zmíněný ‚vrah-zařikávač‘ de lege lata patrně bude (může být) uznán vinným pokusem vraždy... Čtenář si pak nutně musí položit otázku: kde je subsidiarita trestní represe?“ - KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné*... s. 339

³¹⁴ Možný by byl samozřejmě ale také závěr opačný, a to sice že tyto nezpůsobilé pokusy a přípravy jsou bez dalšího beztrestné.

použitím zásady subsidiarity trestní represe v případech, kde by bylo možné hovořit o pověrečném pokusu a nomologickém omylu, nebo použitím analogie ve prospěch pachatele), přesto se podle mého jedná o poměrně podstatnou vadu, která již tak nejasnou problematiku nezpůsobilého pokusu ještě více zamlžuje.

Jako další okolnost hodnou posouzení uvádí komentář skutečnost, zdali se jednalo o pokus relativně či absolutně nezpůsobilý. S tímto si však dovolím nesouhlasit. Jednak toto kritérium, v situaci, kdy je již uvedeno, že má být zkoumána povaha nezpůsobilých prostředků a předmětu, považuji za zbytečné, daleko větší problém však spatřuji v rozlišování absolutní a relativní nezpůsobilosti. Toto objektivistické dělení trpělo řadou problémů, a, byť se jedná jen o pomocné, v zákoně neukotvené kritérium, nemá podle mého posuzování relativní a absolutní nezpůsobilosti v současné právní nauce místo. Smysl by podle mého mělo snad jedině zvláštní zakotvení pověrečného pokusu nebo pověrečné přípravy, které se natolik vymykají, že je lze snadno rozpoznat, a u nichž lze bez dalšího najisto říci, že jejich společenská škodlivost je podstatně snižena, a že by tedy jejich potrestání podle trestní sazby za dokonání trestný čin bylo zcela nepřiměřené.

5.3 Některé zahraniční úpravy nezpůsobilého pokusu

Podle Kučery je možné v otázce nezpůsobilého pokusu rozeznat v právních rádech dva hlavní přístupy - výslovnou úpravu nezpůsobilého pokusu zákonem a na druhé straně ponechání prostoru nauce a judikatuře³¹⁵. Na tomto místě bych se chtěla krátce zmínit o několika úpravách, náležejících do první skupiny, které by mohly sloužit jako inspirace pro případné úpravy v současném trestním zákoníku.

5.3.1 Velká Británie

Britský Criminal Attempts Act z roku 1981, který je účinný na území Anglie a Walesu, stanoví trestnost nezpůsobilého pokusu v čl. 1 odst. 2 těmito slovy: „*Osoba může být vinna pokusem trestného činu, na nějž se vztahuje tento oddíl, i když skutkové okolnosti jsou takové, že spáchání trestného činu není možné.*“³¹⁶ Podle čl. 1 odst. 3 pak bude trestní odpovědnost pachatele, v případě, že se jeho představa rozchází se skutečností, posuzována podle toho, jaké okolnosti si představoval. Tento zákon tedy považuje za trestné všechny nezpůsobilé pokusy bez

³¹⁵ KUČERA, Pavel. *Objektivní teorie, subjektivní teorie 1...* s. 9; KUČERA, Pavel. *Nový trestní zákon a pokus trestného činu...* s. 15

³¹⁶ volný překlad autorky - Criminal Attempts Act 1981 (c 47). Citováno z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/47>

ohledu na to, jedná-li se o pokus relativně či absolutně nezpůsobilý či o pokus nezpůsobilými prostředky, nezpůsobilým předmětem nebo jiný druh nezpůsobilého pokusu. Jako pokus je pak definováno jednání, kterého se pachatel dopustí s úmyslem spáchat trestný čin, na nějž se vztahuje zákon, pokud přesahuje pouhou přípravu. Takové jednání bude, v souladu s čl. 4, trestáno zásadně stejně jako dokonáný trestný čin (s výjimkou trestného činu vraždy, za nějž je možné uložit i nižší než jinak obligatorní doživotní trest, a stejně tak i případných jiných trestných činů, u nichž by byla trestní sazba stanovena pevně).³¹⁷

5.3.2 Spojené státy americké

Obecnou trestnost jakéhokoliv nezpůsobilého pokusu uznává také americký Model Penal Code z roku 1962. Nezpůsobilý pokus je ostatně zahrnut i v samotné definici pokusu v čl. 5.01, kde je kladen důraz na představu pachatele o tom, že páchá trestný čin, pokusem je mj. také jednání, které by vedlo ke spáchání trestného činu, pokud by byly okolnosti takové, jaké si je pachatel představoval, případně jednání, o němž pachatel věří, že by vedlo k následku. Ustanovení čl. 5.05 odst. 2 umožňuje však snížit trest pachateli „inherentně nezpůsobilého“ pokusu (v podstatě se bude jednat o „náš“ pokus pověřený - více ve 2. a 3. části práce): „Zmírnění. Pokud je u konkrétního jednání, které představuje pokus trestného činu... natolik nepravděpodobné, že by mělo za následek či vyústilo ve spáchání trestného činu, že takovéto jednání ani takovýto pachatel nepředstavují veřejné nebezpečí, které by ospravedlňovalo posouzení tohoto činu podle tohoto oddílu, soud užije své pravomoci... a pachatele odsoudí a uloží mu trest za trestný čin méně závažný nebo, v extrémních případech, zastaví trestní stíhání.“³¹⁸

5.3.3 Rakousko

Rakouský Strafgesetzbuch (öStGB) z roku 1974, který vychází z teorie účinku³¹⁹, nabízí podobnou definici pokusu jako česká úprava a stejně jako ona zastává zásadu obecné trestnosti pokusu. Ustanovení § 15 odst. 3 však výslovně stanovuje beztrestnost absolutně nezpůsobilého pokusu: „Pokus a účast na něm nejsou trestné, pokud by k dokonání činu nemohlo za žádných okolností dojít pro absenci osobních vlastností pachatele nebo poměrů, které zákon od pachatele vyžaduje, nebo pro způsob jednání nebo předmět, na němž byl čin spáchán.“³²⁰ Zákon zde tedy rozlišuje pokus nezpůsobilého subjektu, pokus na nezpůsobilém předmětu a „pokus nezpůsobi-

³¹⁷ Tamtéž.

³¹⁸ volný překlad autorky - Model Penal Code - Official Draft and Explanatory Notes: Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia, PA: The American Law Institute, 1985.

³¹⁹ PRÍBELSKÝ, Patrik. *Vybrané otázky trestnosti nespůsobilého pokusu...* s. 239

³²⁰ volný překlad autorky - Strafgesetzbuch (öStGB), BGBl. Nr. 60/1974. Citováno z: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

lým způsobem jednání“, který by bylo možné nazvat také pokusem nezpůsobilými prostředky, a dále pokus absolutně nezpůsobilý (beztrestný) a relativně nezpůsobilý (trestný).

5.3.4 Polsko

Poslední zemí, jejíž úpravu zde chci představit, je Polsko. Pokusem je podle čl. 13 § 1 jednání vedené úmyslem pachatele spáchat trestný čin, pokud k dokonání nedošlo. K nezpůsobilému pokusu je pak v čl. 13 § 2 uvedeno toto: *„Pokus je dán také tehdy, kdy si pachatel neuvědomí, že dokonání není možné z důvodu absence předmětu, způsobilého ke spáchání trestného činu, nebo z důvodu užití nezpůsobilých prostředků.“*³²¹ Trestným je podle polského práva pouze pokus na nezpůsobilém předmětu nebo pokus nezpůsobilými prostředky. U těchto pokusů však soud podle čl. 14 § 2 může mimořádně snížit trest nebo i zcela upustit od potrestání pachatele.

³²¹ volný překlad autorky - Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r. Nr 88. Citováno z: <http://kodeks-karny.org/czesc-ogolna/formy-popelniania-przestepstwa>

Závěr a úvahy de lege ferenda

1. Pojem a povaha nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy

Otázka nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu je a byla - především v minulosti - jednou z nejdiskutovanějších obecných otázek trestního práva. I přes množství prací, jež jí byly věnovány, zůstala do dnešního dne nedořešená, a to jak naukou, tak pozitivním právem. Jak ve své publikaci trefně poznamenal Eysselt: „*Právní věda tu mnohdy jasně resignovala a rozřešení otázky, o níž mluvíme, se snažila přesunouti na zákonodárce. Ovšem zákonodárce se sám nezřídka octl v obtížné situaci nebo na rozpacích a tu její rozhodnutí opět přenechal právní vědě a praxi.*“³²² Ačkoliv se jedná o práci z roku 1947, podle mého toto tvrzení platí i nadále. Svědčí o tom jak současná zákonná úprava (či spíše její absence), tak judikaturní nejasnosti (jednotlivé soudní instance se leckdy, jak bylo demonstrováno, neshodnou na kvalifikaci jednání jako nezpůsobilého pokusu/přípravy, ani na posuzování jeho trestnosti) i spory v nauce (zejména ohledně pokusu nezpůsobilým subjektem).

Ve starší literatuře bychom mohli nalézt několik definic nezpůsobilého pokusu, často používána je zejména definice Kallabova, kterou převzali i Eysselt a Kučera. V souladu se současnou pozitivní právní úpravou můžeme nezpůsobilou přípravu definovat jako jednání, o němž si pachatel pouze myslí, že jím vytváří podmínky pro spáchání zvlášť závažného zločinu, u nějž zákon zvlášť stanoví trestnost přípravy, pokud nedošlo k pokusu tohoto zvlášť závažného zločinu. Nezpůsobilým pokusem je pak jednání, které podle pachatelovy mylné představy bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu, jehož se pachatel dopustil v úmyslu trestný čin spáchat.

Obě výše uvedené definice vychází z legálních definic pokusu a přípravy v § 20 a 21 a rozšiřují je i na jednání, která by jinak podle striktně jazykového výkladu pod pojmy přípravy a pokusu nespádala. Myslím, že tento paradox, kdy nezpůsobilá příprava a nezpůsobilý pokus jsou jednak chápány jako zvláštní druhy přípravy a pokusu a jednak stojí (přinejmenším podle pozitivněprávního vymezení) vlastně vně těchto pojmů, dobře vystihuje specifickou povahu těchto institutů. I přes výše uvedené však nezpůsobilý pokus a nezpůsobilá příprava sdílejí s přípravou a pokusem nejdůležitější znaky (pachatelův úmysl spáchat a dokonat trestný čin, jednání pachatele, nedostatek dokonání a - byť současný trestní zákoník vyznává formální pojetí trestného činu - i jistou míru společenské škodlivosti) a v obecné rovině se jejich posuzo-

³²² EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 102-103

vání řídí stejnými zásadami. Důležitou součástí konstrukce nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy je omyl pachatele, zejména pozitivní skutkový omyl - pachatel nezpůsobilého pokusu/nezpůsobilé přípravy je přesvědčen, že páchá trestný čin/připravuje zvláště závažný zločin, ačkoliv tomu tak ve skutečnosti není, jelikož skutkové okolnosti jsou jiné, než si pachatel představoval. Pachatel se tedy mýlí ohledně některého ze znaků skutkové podstaty (které v tomto ohledu chápeme jako všechny vlastnosti, jež musí čin dané skutkové podstaty vykazovat) na rozdíl od právního omylu, kde se omyl týká obsahu právních norem (pachatel pokládá trestné jednání za beztrestné a naopak). Vedle těchto dvou druhů omylu rozlišujeme ještě omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost, který může vést - v případě, že pachatel neví, že mu takové okolnosti svědčí -, k nezpůsobilému pokusu nebo nezpůsobilé přípravě.

2. Druhy nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy

Tradičně nauka dělí nezpůsobilé pokusy (a obdobně také nezpůsobilé přípravy) podle dvou hledisek - podle toho, bylo-li pokusné jednání nezpůsobilé pouze *in concreto* nebo za všech okolností, na pokusy relativně a absolutně nezpůsobilé, a podle příčiny nezpůsobilosti na pokusy nezpůsobilým prostředkem, pokusy na nezpůsobilém předmětu a pokusy nezpůsobilým subjektem. Nejméně spornou a široce uznávanou kategorii představují pokusy nezpůsobilými prostředky. Jedná se o takové nezpůsobilé pokusy, kdy se pachateli vlivem nesprávně zvolených prostředků (které chápeme širěji než jako fakultativní znak skutkové podstaty a zpravidla i širěji než jako formu přípravy) nepodařilo zasáhnout objekt trestného činu tak, jak to vyžaduje skutková podstata. V rámci této kategorie pak můžeme podle jejich společenské škodlivosti vydělit tři druhy nezpůsobilých pokusů - nezpůsobilý pokus, kdy pachateli někdo podstrčil způsobilý prostředek za nezpůsobilý nebo kdy se pachatel přehmátl, pokus z nevědomosti, kdy si pachatel pro nedostatek znalostí neuvědomil nezpůsobilost jím zvolených prostředků, a pokus z pověrčivosti. Zatímco pachatel prvního a druhého nezpůsobilého pokusu bude zpravidla za své jednání trestně odpovědný, pachatel třetího pokusu z pověrčivosti bude s největší pravděpodobností beztrestný (případně bude od jeho potrestání opuštěno).

I pokus nezpůsobilým předmětem je dále možné dělit podle několika kritérií (např. pokus na předmětu, který vůbec neexistuje; pokus na předmětu, který se nenachází na místě činu; pokus na předmětu, který nemá požadované vlastnosti), největší problém však představuje odůvodnění jeho trestnosti. Nabízela se otázka, proč trestat jednání, když kvůli absenci způsobilého předmětu nedojde k zasažení individuálního objektu trestného činu. V 50. letech minulého století se řešení tohoto problému snažilo najít množství významných právníků, do

diskuze probíhající na stránkách odborných časopisů se zapojili např. Solnař, Nezkusil nebo Poláček. Z dnešního pohledu je trestnost tohoto nezpůsobilého pokusu odůvodněna především odkazem na zásadu odpovědnosti zavinění, která se projevila např. v ustanovení o pozitivním skutkovém omylu. Trestání pachatelů takovýchto pokusů je rovněž účelné z hlediska prevence, jelikož tito pachatelé tím, že se uchýlili k páčání trestného činu (který leckdy nedokonalí jen vinou náhody), již projevili dostatečnou nebezpečnost pro společnost.

Nejvíce rozporovaným typem nezpůsobilého pokusu je pokus nezpůsobilým subjektem - zdrojem nezpůsobilosti pokusu je totiž pachatel sám, což je důvodem, proč jej někteří autoři odmítají (buď bývá zařazován k pokusu nezpůsobilými prostředky, nebo zcela popírán). Tento druh nezpůsobilého pokusu je zpravidla spojován s pravými zvláštními delikty, avšak lze si ho představit i u jiných trestných činů, které vyžadují od pachatele určité vlastnosti (např. nakažlivé onemocnění). Jedná se patrně také o nejmladší druh nezpůsobilého pokusu, ve starší literatuře bývají zpravidla uváděny jen předešlé dva druhy (světlou výjimku představuje Eysselet), a ani v současnosti není tento druh nezpůsobilého pokusu právními teoretiky a soudy široce uznáván. Jeho trestnost je však podle mého dobře odůvodněna a vychází z podobných argumentů, jakými je podporována trestnost zbylých druhů nezpůsobilých pokusů, především pak ze zásady odpovědnosti za zavinění.

3. Objektivní a subjektivní teorie nezpůsobilého pokusu

Pro formování názírání na nezpůsobilý pokus a nezpůsobilou přípravu jsou klíčové objektivní a subjektivní teorie a jejich dlouhotrvající diskuze a spory. Zatímco objektivní teorie kladou důraz na objektivní stránku trestného činu a hovoří o nebezpečnosti jednání pachatele, subjektivní teorie staví na subjektivní stránce trestného činu a nebezpečném pachateli. Podle objektivní teorie bude pachatel odpovědný za to, co svým jednáním skutečně způsobil/mohl způsobil (odpovědnost za výsledek), podle subjektivní teorie pak za to, co svým jednáním způsobil chtěl (odpovědnost za zavinění). Tento základní rozdíl mezi těmito teoriemi je patrný i v jejich přístupu k nezpůsobilému pokusu - subjektivní teorie vyznává trestnost jakéhokoliv pokusu/přípravy (i v případě nezpůsobilých pokusů se totiž navenek projeví pachatelova zločinná vůle a jeho nebezpečnost), objektivní teorie naopak trestá jen určité druhy nezpůsobilých pokusů. Výše zmíněné široce přijímané dělení nezpůsobilých pokusů na relativně a absolutně nezpůsobilé a na pokus na nezpůsobilém předmětu útoku, pokus nezpůsobilými prostředky a pokus nezpůsobilým subjektem pochází právě od objektivistů, pro něž má zařazení do jednotlivých kategorií klíčový význam pokud jde o trestnost příslušného pokusu.

Základy objektivních teorií nastínil ve svých pracích „zakladatel novodobé nauky o pokuse“, významný německý právní teoretik konce 18. a začátku 19. století Paul Johann Anselm von Feuerbach. O relativní a absolutní nezpůsobilosti a o nezpůsobilosti prostředků a objektu (předmětu) však poprvé hovoří až klasická teorie objektivní, reprezentována zejména Mittermaierem, který Feuerbachovy myšlenky převzal a dále rozvinul. Toto dělení pak bylo převzato dalšími objektivistickými teoriemi, které se zformovaly později, zejména starší teorií objektivní. Vedle klasické teorie objektivní a její následovnice starší teorie objektivní mají v rámci objektivních teorií významné místo i ve své době velmi oblíbená teorie nedostatku vnější skutkové podstaty (*Lehre vom Mangel am Tatbestand*) a Fingerova teorie o ontologickém a nomologickém věděni. Ačkoliv se výše zmíněné objektivní teorie v lecčems odlišují, jejich společným znakem je přiznání trestnosti jen určitým druhům nezpůsobilých pokusů, zatímco jiné pokládají za beztrestné - podle starší a klasické teorie objektivní jsou trestné zásadně jen relativně nezpůsobilé pokusy (podle klasické teorie dokonce jen pokusy relativně nezpůsobilými prostředky) jakožto pokusy, které by za jiných okolností mohly vést k dokonání, teorie nedostatku vnější skutkové podstaty uznává trestnost a pojmovou možnost pokusu jen tehdy, pokud jsou naplněny všechny znaky skutkové podstaty s výjimkou následku (trestný nezpůsobilý pokus si tedy lze představit např. v případě nezpůsobilého prostředku u trestného činu, kde není prostředek znakem skutkové podstaty) a podle nauky o ontologickém a nomologickém věděni by měl být trestný pouze pachatel, který se mýlil ohledně existence podmínek, jež měly zapříčinit následek, nikoliv pachatel, který se mýlil ohledně samotných přírodních zákonů. Ovšem rozlišování pokusů na trestné a beztrestné podle určitých, teorií daných kritérií, se neukázalo být příliš šťastným - všechny objektivistické teorie se totiž potýkaly s vytyčením přesných hranic trestnosti, byl zde konflikt mezi snahou o jednoznačné teoretické řešení a zároveň praktickou potřebou trestat případy, které by podle dogmatického výkladu trestné být neměly (a naopak).

V rámci subjektivních teorií rozlišujeme dvě hlavní větve, a to čistou subjektivní teorii a teorii o *dolu ex re*. Čistě subjektivní teorii postačí, aby objektivní skutečnosti byly nahrazeny pachatelovými představami o nich, teorie o *dolu ex re* vyžaduje pro trestnost dostatečně vážný úmysl pachatele, který musí být určitým způsobem projevený navenek. Absencí rozlišování jednotlivých druhů pokusu se subjektivistické teorie vyhnuly řadě problémů, které trápily teorie objektivistické, i subjektivisté však shledali, že nelze trestat všechny nezpůsobilé pokusy. Výjimkou ze zásady obecné trestnosti pokusu (která ovšem např. podle Eysselta vlastně vůbec výjimkou není) představuje beztrestnost tzv. pověrečných pokusů, za něž jsou označovány

takové pokusy, kdy pachatel jedná z hrubé neznalosti přírodních zákonů, neboli v tzv. nomologickém omylu.

Důraz jak na objektivní, tak i subjektivní znaky (tj. jak na pachatelovo jednání, tak na pachatele samotného) kladou tzv. smíšené teorie. Jedná se o velmi různorodou skupinu - zatímco Lisztova teorie nebezpečnosti (*teorie o dodatečné prognose*) stojí spíše na půdě teorií objektivních (trestnost posuzuje podle toho, jeví-li se pachatelovo jednání v konkrétním případě v době páchaní objektivně nebezpečným), Rálišova teorie syntetického nebezpečí je teorií veskrze subjektivní jen s několika objektivistickými prvky (nebezpečnost pachatele se musí projevit navenek dostatečně nebezpečným jednáním, trestnost pak ovlivňují objektivní okolnosti činu i zavinění a osobnost pachatele). Kohlerova teorie plánu pachatele pak posuzuje trestnost jednání podle způsobilosti pachatelova plánu vést dokonání a ohrozit právní systém jako celek. Podle teorie pachatele (*Tätertheorie*) je zdrojem ohrožení právních zájmů „zlá vůle“ pachatele, která vyústí v objektivně dané ohrožení chráněných zájmů, teorie účinku (*Eindruckstheorie*) klade důraz na způsobilost vůle a jednání pachatele otrást důvěrou v právní řád a ohrozit právní mír.

V historii naší právní úpravy se oba hlavní názorové proudy vystřídaly. Rakousko-uherský trestní zákon z roku 1852 byl - alespoň podle většinového mínění tehdejší nauky a judikatury a ostatně i podle jeho autora - formulován v duchu objektivismu. Trestnými byly pouze relativně nezpůsobilé pokusy, tedy takové, které mohly za určitých podmínek objektivně vést k dokonání. Mezi tyto pak byl počítán (zřejmě pro potřebu taková jednání trestat) i pokus na předmětu, který se nenachází na místě činu. V roce 1943 však došlo k judikaturnímu obratu a „nově“ byly trestné všechny nezpůsobilé pokusy, s výjimkou pokusů pověřených. Subjektivistické pojetí bylo přejato i do trestních zákonů z 1950 a 1961 - trestným tedy mohl být i absolutně nezpůsobilý pokus, pokud splňoval podmínku dostatečné společenské nebezpečnosti. Co se týče přípravy, byla jako samostatné vývojové stadium zakotvena až zákonem z roku 1961 - předtím byla trestná jen v některých svých formách u některých trestných činů (buď jako jedna z forem jednání nebo jako samostatná skutková podstata), nebo byla zahrnuta do definice pokusu (např. zákon z roku 1950 - v duchu subjektivismu - nevyžadoval, aby se pokusné jednání „bezprostředně přiblížilo“ k dokonání trestného činu).

4. Současná právní úprava a úvahy de lege ferenda

Nynější pojetí stojí, vycházíme-li z textu zákona a z judikatury, spíše na straně teorií subjektivních (případně subjektivních s objektivistickými prvky - má mnoho společného např. s Rálišovou teorií syntetického nebezpečí), byť vymezení pokusu a přípravy a jejich rozlišení je spíše objektivistické. Současná nauka sice rozlišuje jednotlivé druhy pokusu/přípravy podle toho, v čem je spatřována jejich nezpůsobilost, avšak z tohoto dělení nevyvozuje (pomineme-li v nauce sporný pokus nezpůsobilým subjektem) žádné důsledky pro trestnost. V souladu s formálním pojetím trestného činu jsou obecně trestné všechny pokusy a přípravy, které naplňují zákonem dané definice, bez ohledu na jejich způsobilost nebo společenskou nebezpečnost. Jedná se nepochybně o správné řešení, neboť, jak již bylo řečeno, objektivistické rozlišování leckdy otázku trestnosti nezpůsobilého pokusu spíše ještě více komplikovalo, než aby ji zjednodušovalo. Trestnost všech nezpůsobilých pokusů rovněž odpovídá zásadě odpovědnosti za zavinění, účelu trestu (podle Jelínka je účelem trestu zejména chránit společnost před pachateli trestných činů, zabránit odsouzenému pachateli v dalším páchání trestné činnosti, vychovat odsouzeného pachatele k tomu, aby vedl řádný život a výchovně působit na ostatní členy společnosti³²³). Vzhledem k tomu, že i řada absolutně nezpůsobilých pokusů byla nezpůsobilá pouze dílem náhody, je stanovení jejich trestnosti rovněž projevem ústavní zásady rovnosti (stejné zacházení s pachateli, kteří se se stejným úmyslem dopustili stejného jednání). Na druhou stranu je ovšem nutné brát ohled na zásadu subsidiarity trestní represe, vyjádřenou v § 12 odst. 2, jejíž uplatnění by zcela nepochybně přicházelo v úvahu u některých nezpůsobilých pokusů a příprav, které nevykazují dostatečnou společenskou škodlivost.

Zde ovšem narážíme na první z několika problematických bodů současné právní úpravy ve vztahu k nezpůsobilé přípravě a nezpůsobilému pokusu. Trestní zákoník totiž na jedné straně deklaruje trestnost veškerých příprav a pokusů (nejen vymezením trestného činu, ale rovněž i ustanovením možnosti upuštění od potrestání u nezpůsobilých příprav a pokusů) a na druhé straně deklaruje, že jednání, která nejsou dostatečně společensky škodlivá, by neměla být vůbec považována za trestná. Přitom zásadu subsidiarity trestní represe by nepochybně bylo možné vztáhnout (a možná i bez výjimky) na tzv. pověrečné pokusy a přípravy (tj. případy, kdy pachatel jedná v nomologickém omylu), je tedy otázkou, nebylo-li by lepší, aby byla jejich beztrestnost zakotvena přímo. Inspirovat bychom se mohli např. rakouským trestním zákonem (bztrestné jsou takové pokusy, pokud by k dokonání nemohlo za žádných okolností dojít) nebo

³²³ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část...* s. 389

ještě lépe *Přípravnými osnovami* z roku 1926 (trestný není pachatel, pokud byla příčinou jeho omylu pověra nebo hrubá neznalost přírodních zákonů). Takovéto výslovné stanovení beztrestnosti určitých pokusů a příprav by podle mého názoru komplikovanou problematiku nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy o něco zjednodušilo a rovněž by vyjasnilo vztah mezi ustanoveními § 12 odst. 2 a § 46 odst. 3. Použití zásady subsidiarity trestní represe je však problematické již samo o sobě - výše zmíněná společenská škodlivost, na níž se tato zásada odvolává, totiž není v textu zákona nikde výslovně vymezena. V praxi se sice postupuje podle ustanovení § 39 odst. 2, kde jsou vyjmenována kritéria pro posuzování povahy a závažnosti činu pro účely ukládání trestů, jedná se ovšem o výčet demonstrativní, což činí určování, zda se v konkrétním případě bude jednat o trestný čin či nikoliv, poněkud nepředvídatelným.

Další problém představují, jak již bylo uvedeno výše, samotné definice přípravy a pokusu, které z čistě jazykového hlediska možnost nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu vylučují. K závěru o jejich trestnosti, deklarované v důvodové zprávě, je nutné použít ustanovení o upuštění od potrestání, jež se jako jediné o nezpůsobilém pokusu a nezpůsobilé přípravě zmiňuje, a rovněž o pozitivním skutkovém omylu. Zde ovšem narážíme na další problém, neboť ustanovení § 18 neupravuje základní případ pozitivního skutkového omylu (ani podobného negativního omylu o okolnostech vylučujících protiprávnost), nýbrž pouze pozitivní skutkový omyl k privilegované skutkové podstatě (§ 18 odst. 2) a pozitivní skutkový omyl ke kvalifikované skutkové podstatě (§ 18 odst. 3), což je rozhodně možné považovat za nedostatek současné právní úpravy, který by měl být podle mého názoru odstraněn. Co se týče definice pokusu a přípravy, bylo by vhodné rozšířit je tak, aby zahrnovaly způsobilé i nezpůsobilé pokusy a přípravy jako definice v Criminal Attempts Act či Model Penal Code (např. vymezení přípravy jako „jednání, kterým pachatel podle svých představ úmyslně vytváří podmínky“ a pokusu jako „jednání, které podle pachatelovy představy bezprostředně směřuje k dokonání trestného činu“), případně přidat odstavec, který by výslovně stanovoval trestnost nezpůsobilé přípravy a pokusu, jako činí např. polská úprava (např. „pokus je dán také tehdy, pokud pachatel pokládal své objektivně nezpůsobilé jednání za nezpůsobilé“).

Skutečností, že i nezpůsobilý pokus a nezpůsobilá příprava jsou (v duchu subjektivní teorie) trestné, by měla odpovídat i úprava dobrovolného upuštění od přípravy a pokusu. Kdybychom totiž vycházeli z čistě jazykového výkladu, dospěli bychom k závěru, že od takového pokusu či takové přípravy nelze upustit kvůli absenci naplnění podmínky „odstranění nebezpečí, které vzniklo chráněnému zájmu“ - jelikož z nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu zpravidla žádné nebezpečí nevznikne, nemůže pachatel toto neexistující nebezpečí

odstranit. Tímto současná úprava odkazuje na teorii objektivní, která upuštění od nezpůsobilého pokusu neumožňuje a tyto pachatele tak znevýhodňuje oproti pachatelům způsobilých pokusů (objektivní teorie však tento „nedostatek“ kompenzuje beztrestností pachatelů, jejichž jednání není objektivně nebezpečné). Pokud je tedy pachatel nezpůsobilého pokusu zásadně stejně trestný jako pachatel (zpravidla společensky škodlivějšího) pokusu způsobilého, měl by mít také stejnou možnost dosáhnout beztrestnosti - jinak by totiž hrozilo, že by trestní odpovědnost pachatele, resp. možnost se jí v mezích zákona vyhnout, závisela na okolnostech, které by nemohl ovlivnit. Tento problém by bylo možné vyřešit jednak změnou formulace „nebezpečí, které vzniklo zájmu chráněnému trestním zákonem“ na „nebezpečí, které podle představ pachatele vzniklo zájmu chráněnému trestním zákonem“, případně výslovně stanovit, že se předmětné ustanovení vztahuje obdobně i na nezpůsobilé pokusy.

Problematická je rovněž otázka trestání nezpůsobilého pokusu a přípravy, zejména ustanovení § 46 odst. 3, upravující možnost upuštění od potrestání *„jestliže pachatel přípravy nebo pokusu trestného činu nerozpoznal, že příprava nebo pokus vzhledem k povaze nebo druhu předmětu útoku, na němž měl být čin spáchán, anebo vzhledem k povaze nebo druhu prostředku, jímž měl být čin spáchán, nemohl vést k dokonání“*. Úpravě je v první řadě nutné vytknout ignorování pokusu/přípravy nezpůsobilým subjektem a případně i dalších druhů nezpůsobilých pokusů a příprav, které se mohou v praxi vyskytnout (např. pokud se pachatel mylí ohledně místa, času, nebo pokud se jedná o negativní omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost). Z konstrukce ustanovení by se tak teoreticky dalo vyvodit, že právě tyto druhy nezpůsobilých pokusů a příprav, kde byla nezpůsobilost způsobena něčím jiným než předmětem či prostředkem, považuje zákonodárce za nebezpečnější, a proto u nich upuštění od potrestání nepřipouští (byť toto zcela nepochybně nebyl jeho záměr).

Další výtka směřuje k rozsahu tohoto ustanovení - ačkoliv důvodová zpráva hovoří jenom o pověřených a podobných pokusech, z textu zákona nic takového nevyplývá. Mohlo by tedy být upuštěno od potrestání pachatele každého nezpůsobilého pokusu či nezpůsobilé přípravy (s výše uvedenými výjimkami), jelikož zákon nevyžaduje jiné podmínky než nezpůsobilost, o níž pachatel nevěděl. Podle mého názoru by měl být okruh případů, kde je možné tento institut použít, výslovně omezen, a to buď jen na tzv. pověřené pokusy a přípravy a jiné podobně společensky málo škodlivé případy (německá úprava, kterou se česká podle důvodové zprávy inspirovala, hovoří o „značném nedostatku rozumu“ pachatele), nebo na nezpůsobilé pokusy a přípravy, u nichž by přicházelo v úvahu mimořádné snížení trestu podle § 58, které by se však v konkrétních případech jevílo jako příliš přísné (tak činí např. úprava americká nebo polská

a takový byl nejspíše podle důvodové zprávy i původní záměr zákonodárce). Jelikož se v praxi vyskytují nezpůsobilé pokusy a přípravy různé společenské škodlivosti, měla by tomu odpovídat i úprava jejich trestání - od trestání podle sazby za dokonaný trestný čin, přes mimořádné snížení trestu odnětí svobody, až po upuštění od potrestání pro ty nejméně škodlivé nezpůsobilé pokusy a přípravy. V tomto lze nepochybně souhlasit s Eysseltem, podle kterého by zákon, formulovaný v duchu subjektivní teorie, měl být řešen tak, aby na jedné straně umožňoval zhodnotit při ukládání trestu všechny konkrétní okolnosti případu a na straně druhé nenechával příliš široký prostor pro soudcovské uvážení.³²⁴

Rovněž by bylo možné uvažovat i o odlišném systematickém zařazení tohoto ustanovení (a obdobně také ustanovení § 58 odst. 5), a to sice k § 20 a 21, které upravují přípravu a pokus, případně přinejmenším o odkazu např. ve zvláštním odstavci (jako příklad nám zde mohou opět sloužit *Přípravné osnovy* z roku 1926). Za nejdůležitější pokládám, aby byl vyjasněn vztah mezi předmětným ustanovením, ustanovením § 58 odst. 5 a ustanovením § 12 odst. 2, a byly tak odlišeny případy nezpůsobilých pokusů a příprav, u nichž bude namísto přímo beztrestnost, od těch, kde bude přicházet v úvahu „pouze“ upuštění od potrestání nebo uložení trestu pod dolní hranici trestní sazby. Zde si opět dovoluji citovat Eysselta, podle kterého je „*důvodné u jednotlivých skupin pokusných jednání (pokud je lze vytvořit) dáti bližší pravidla pro míru trestání podle průměru nebezpečnosti pachatelů té které skupiny, a to tak, aby soudci byla dána možnost uložit trest a stanovit jeho výši podle stupně pachatelovy nebezpečnosti*“.³²⁵

Pokud jde o trestání pokusu a přípravy obecně, přichází podle mého názoru rovněž v úvahu stanovit přinejmenším u některých trestných činů na pokusy/přípravy obligatorně nižší trestní sazby, určené buď odlišnou trestní sazbou za pokus konkrétního trestného činu, nebo jejím procentuálním snížením (jak činila například úprava trestního zákona z roku 1852). Toto řešení by sice příliš neodpovídalo spíše subjektivistické povaze zákona, zákon by ale lépe odrážel situaci v praxi, kdy za pokusy a přípravy bývají zpravidla ukládány tresty v dolní polovině trestní sazby, často i tresty mimořádně snížené.

Současná úprava nezpůsobilého pokusu a přípravy tedy podle mého názoru trpí několika poměrně výraznými vadami, které mohou posuzování takovýchto případů značně komplikovat. Celou situaci ztěžuje i skutečnost, že závěry nauky a judikatury z období před rokem 2010 se dají vzhledem k přechodu k formálnímu pojetí trestného činu použít jen omezeně. Bylo to právě

³²⁴ EYSSEL, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 144-147

³²⁵ EYSSEL, Eduard. *K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů...* s. 147

odstranění znaku společenské nebezpečnosti, které způsobilo, že jsou podle současné právní úpravy *a priori* trestné všechny případy nezpůsobilých pokusů a příprav včetně těch, které by s ohledem na účely trestního práva trestány být neměly. Je sice pravda, že praxe si zpravidla „najde svou cestu“ navzdory nedokonalostem textu zákona, ovšem, jak praví Eysselt, zákonodárce, který vyřešení důležitých problémů přenechává nauce a praxi, se tímto „vyhýbá úkolu, který přísluší splniti jemu“, a praxi přikazuje „úkol, který jí nepatří, neboť má zákona jen užívat a za tímto účelem pátrat po zákonodárcově vůli, nemá však zákon tvořit“.³²⁶ Stejně jako Eysselt zastávám názor, že v zájmu právní jistoty, v zájmu plného naplnění zásady *nullum crimen sine lege* a v zájmu zachování dělby moci by právnímu řádu podrobnější úprava nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy, která by řešila výše nastíněné sporné otázky (inspirací by mohly být již výše zmíněné *Přípravné osnovy z roku 1926*), jen prospěla.

³²⁶ EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin...* s. 102-103

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

Monografie, učebnice, komentáře apod.

DELAQUIS, Ernst. *Der untaugliche Versuch: Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung*. Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1904. Abhandlungen des kriminalistischen Seminars and der Universität Berlin, 3.

EYSSELT, Eduard. *Pokus o trestný čin*. V Praze: Nákladem Právnického knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1947. Sbíрка právních pojednání.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Fünfte verbesserte Auflage. Giessen: Druck und Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1812.

JELÍNEK, Jiří, Katarína TEJNSKÁ, Jana TLAPÁK NAVRÁTILOVÁ, Vladimír PELC, Jiří ŘÍHA a Vojtěch STEJSKAL. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017. Student. ISBN 978-80-7502-236-3.

JESCHECK, Hans-Heinrich a Thomas WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*. 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. ISBN 3-428-08348-2.

KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské: (Část obecná i zvláštní)*. Praha: Melantrich, 1935. Vysokoškolské rukověti. Řada spisů právnických a hospodářských.

KRATOCHVÍL, Vladimír. *Kurs trestního práva: trestní právo hmotné: obecná část*. Praha: C.H. Beck, 2009. Právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-042-3.

KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Beckovy právnické učebnice. ISBN 978-807-1790-822.

LAFAVE, Wayne R. *Criminal Law*. 6th Revised edition. St. Paul (Minnesota): West Academic, 2017. ISBN 9781640201484.

MARAUCH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL, Dieter ZIPF, Dieter DÖLLING, Christian LAUE a Joachim RENZIKOWSKI. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tb 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. 8., völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2014. ISBN 978-3-8114-5032-5.

MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné: část obecná i zvláštní*. Praha: Všehrd, 1934. Publikace Všehrdu.

NEZKUSIL, Jiří. *Studie o pokusu v československém trestním právu: Očerki o pokušení v čechoslovačkom ugolovnom prave = Studien über den Versuch nach tschechoslowakischem Strafrecht*. Praha: Univ. Karlova, 1959.

NOVOTNÝ, František a Josef SOUČEK. *Trestní právo hmotné*. 3. rozš. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2010. ISBN 978-80-7380-291-2.

PRUŠÁK, Josef. *Rakouské právo trestní*. Díl všeobecný. Praha: Všehrd, 1912.

PRUŠÁK, Josef. *Kriminální noetika*. Praha: Bursík a Kohout, 1904. Knihovna Sborníku věd právních a státních. A, Řada právovědecká.

RÁLIŠ, Antonín. *Pojem a trestnosť pokusu: štúdia o základných otázkach náuky o pokuse*. Bratislava: nákladom Právnickej fakulty slovenskej univerzity v Bratislavě, 1939. Knížnica Právnickej fakulty slovenskej univerzity v Bratislavě. Nový rad.

SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972. Systém československého trestního práva.

SOLNAŘ, Vladimír, Jaroslav FENYK, Dagmar CÍSAŘOVÁ a Marie VANDUCHOVÁ. *Systém českého trestního práva*. Praha: Novatrix, 2009. ISBN 978-80-254-4033-9.

SOLNAŘ, Vladimír, Jaroslav FENYK a Dagmar CÍSAŘOVÁ. *Základy trestní odpovědnosti: podstatně přepracované a doplněné vydání*. Praha: Orac, 2003. Systém českého trestního práva. ISBN 80-86199-74-6.

STOČESOVÁ, Simona. *Omyl v českém a zahraničním trestním právu*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013. ISBN 978-80-7380-418-3.

STRAHORN, John S. The Effect of Impossibility on Criminal Attempts. *University of Pennsylvania Law Review*. 1930, **78**(8), 962-998. ISSN 0041-9907.

ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5.

ŠÁMAL, Pavel, František PÚRY a Stanislav RIZMAN. *Trestní zákon: komentář*. Díl 1. 6. dopl. a přeprac. vyd. Praha: Beck, 2004. Beckova edice komentované zákony. ISBN 80-7179-896-7.

ŠÁMAL, Pavel, Oto NOVOTNÝ, Tomáš GŘIVNA, Jiří HERCZEG, Marie VANDUCHOVÁ a Rudolf VOKOUN. *Trestní právo hmotné*. 8., přepracované vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-358-7.

TOFAHRN, Sabine. *Strafrecht Allgemeiner Teil II: Unterlassungsdelikt, Versuch, Täterschaft und Teilnahme, Konkurrenzen*. 3., völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2013. ISBN 978-3-8114-7075-0.

VERNER, David. *Příprava k trestnému činu* [online]. 2017 [cit. 2017-12-21]. Dostupné z: <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/detail/181127>. Vedoucí práce Jiří Jelínek

VYBÍRAL, Boris. *Pojem a význam objektu trestného činu v československém socialistickém trestním právu*. Praha: Československá akademie věd, 1956. Knihovna "Všehrdu".

Odborné články, příspěvky ve sbornících

EYSSELT, Eduard. K trestnosti t. zv. pověrečných pokusů. *Právník*. 1943, **82** (7), 97-102, 140-147. ISSN 0231-6625.

EYSSELT, Eduard. O vztahu mezi trestněprávním omylem a pokusem o trestný čin. *Právník*. 1945, **84** (10), 325-336. ISSN 0231-6625.

FILIPOVSKÝ, Jan. Několik poznámek k problému t. zv. nezpůsobilého pokusu. *Právník*. 1957, **96** (3), 251-252. ISSN 0231-6625.

HASCH, Karel a Ladislav ČERVENKA. K řešení některých zvláštních případů pozitivního skutkového omylu (zejména z hlediska trestní odpovědnosti osoby vyslychané jako svědek před zahájením trestního stíhání, ač nešlo o neodkladný nebo neopakovatelný úkon). *Trestní právo*. 1998, **3**(6), příloha, s. I-IV. ISSN 1211-2860.

JÍRA, Jaroslav. Poznámky k úvahám o kriminálně-politické závažnosti stíhání t. zv. nezpůsobilého pokusu. *Právník*. 1944, **83** (2), 67-69. ISSN 0231-6625.

KLAPAL, Vít. Negativní skutkový omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost. *Trestněprávní revue*. 2012, **11**(5), 112-116. ISSN 1213-5313.

KUČERA, Jiří. Naplnění znaků skutkové podstaty trestného činu vraždy novorozeného dítěte matkou. *Trestněprávní revue*. 2003, **2** (5), 139-144. ISSN 1213-5313.

KUČERA, Pavel. Objektivní teorie, subjektivní teorie a pokus trestného činu - 1. část. *Trestněprávní revue*. 2009, **8**(1), 1-9. ISSN 1213-5313.

KUČERA, Pavel. Objektivní teorie, subjektivní teorie a pokus trestného činu - 2. část. *Trestněprávní revue*. 2009, **8**(2), 36-41. ISSN 1213-5313.

KUČERA, Pavel. Pokus trestného činu: Nástin historického vývoje. *Trestní právo*. 2008, **12**(6), 32-42. ISSN 1211-2860.

KUČERA, Pavel. Trestné činy, jež nemohou být spáchány ve formě pokusu. *Bulletin advokacie*. 2008, **2008** (7-8), 45-52. ISSN 1210-6348.

KUČERA, Pavel. Nový trestní zákon a pokus trestného činu. *Trestní právo*. 2009, **13**(11), 13-28. ISSN 1214-3758.

KUČERA, Pavel. Nezpůsobilý pokus. Pokus nezpůsobilého subjektu. *Trestněprávní revue*. 2008, **7**(5), 144-149. ISSN 1213-5313.

KUČERA, Pavel. Odlišení pokusu trestného činu od jeho přípravy za platnosti trestního kodexu z roku 1852. *Státní zastupitelství*. 2006, **14**(4), 8-18. ISSN 1214-3758

MIŘIČKA, August. Pokus nezpůsobilý a formy viny v osnově trestního zákoníku z r. 1937. *Právník*. 1937. **76** (7), 389-407. ISSN 0231-6625.

NEZKUSIL, Jiří. K problému tz. v. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku. *Právník*. 1956, **95** (9), 852-865. ISSN 0231-6625.

POLÁČEK, František. Pokus a vina. *Právník*. 1943, **82** (7), s. 200-213. ISSN 0231-6625.

POLÁČEK, František. K otázce tzv. nespôsobilého pokusu. *Právní obzor*. 1956, **39**(1), 53-54. ISSN 0032-6984 .

PRÍBELSKÝ, Patrik. Vybrané otázky trestnosti nespôsobilého pokusu. *Trestněprávní revue*. 2006, **5**(8), 236-245. ISSN 1213-5313.

RÁLIŠ, Antonín. Pojmové vyloučení pokusu. In: *Sborník prací k počtě 60. narozenin Jaroslava Kallaba*. Praha: Orbis, 1939.

SOLNAŘ, Vladimír. Poznámky k diskuzi o t. zv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku. *Právník*. 1957, **96** (6), 565-567. ISSN 0231-6625.

ŠÁMAL, Pavel. Judikatura k omylu v trestním právu. *Soudní rozhledy*. 1998, **4**(10), 253-256. ISSN 1211-4405.

ŠÁMAL, Pavel. Výběr ze soudních rozhodnutí z oblasti trestněprávní. *Soudní rozhledy*. 1998, **4**(9), 247-249. ISSN 1211-4405.

TIBITANZL, Karel. K otázce t. zv. pokusu na nezpůsobilém předmětu útoku. *Právník*. 1957, **96** (3), 252-256. ISSN 0231-6625

TIBITANZL, Karel. K otázce t. zv. nezpůsobilého pokusu. *Socialistická zákonnost*. 1956, **4** (8), 468-479. ISSN 0037-8305.

2. Seznam použitých internetových zdrojů

Soud: Devět let vězení pro bývalého vojáka, který plánoval znásilnění dětí. *Česká televize* [online]. 27. 6. 2013 [cit. 2018-02-04]. Dostupné z: <http://www.ceskatelevize.cz/ct24/archiv/1104342-soud-devet-let-vezeni-pro-byvaleho-vojaka-ktery-planoval-znasilneni-deti>

Veterán obžalovaný ze zneužití mimina není pedofil. Toužil po dobrodružství. *iDNES.cz* [online]. 18. 4. 2013 [cit. 2018-02-04]. Dostupné z: https://brno.idnes.cz/byvaly-vojak-zneužil-novorozene-presto-podle-znakyn-neni-pedofil-104-/brno-zpravy.aspx?c=A130418_114549_brno-zpravy_taz

Zavraždila novorozeně a spálila ho v krbu, odsedí si 14 let. *LIDOVKY.cz* [online] 16. 9. 2011 [cit. 2018-02-04]. Dostupné z: https://www.lidovky.cz/zavraždila-novorozene-a-spalila-ho-v-krbu-odsedi-si-14-let-pkb-/zpravy-domov.aspx?c=A110916_101846_ln_domov_ape

Vraždu novorozeně potrestal soud 14 roky vězení. *Česká televize* [online]. 16. 9. 2011 [cit. 2018-02-04]. Dostupné z: <http://www.ceskatelevize.cz/ct24/domaci/1242645-vrazdu-novorozenete-potrestal-soud-14-roky-vezeni>

3. Seznam použitých právních předpisů

Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník

Zákon č. 218/2003 Sb., o odpovědnosti mládeže za protiprávní činy a o soudnictví ve věcech mládeže a o změně některých zákonů (zákon o soudnictví ve věcech mládeže)

Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon

Zákon č. 86/1950 Sb., trestní zákon

Zákon č. 117/1852 Sb., o zločinech, přečinech a přestupcích

Zákon č. 134/1885 ř. z., o opatřeních proti obecně nebezpečnému užívání třaskavin a obecně nebezpečnému zacházení s nimi

Zákon č. 50/1923 Sb. z. a n., na ochranu republiky

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

Zákon č. 175/1990 Sb., kterým se mění a doplňuje trestní zákon

4. Seznam použité judikatury

Rozhodnutí Nejvyššího soudu

rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 26. 6. 1920, sp. zn. Kr II 24/20

rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 22. 3. 1930, sp. zn. Zm I 45/30

rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. 12. 1978, sp. zn. 1 Tzf 4/78

usnesení Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 10. 7. 1990, sp. zn. 3 To 20/1990
(publikováno jako č. 12/1991 Sb. rozh. tr.)

rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 1. 1997, sp. zn. 2 Tzn 159/1996

rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 8. 2000, sp. zn. 4 Tz 141/2000

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2005, sp. zn. 11 Tdo 229/2004 (publikováno jako
č. 24/2006 Sb. rozh. tr.)

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 12. 2005, sp. zn. 7 Tdo 1442/2005

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 6. 9. 2006, sp. zn. 5 Tdo 1027/2006

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 9. 2006, sp. zn. 5 Tdo 1116/2006

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 10. 2006, sp. zn. 6 Tdo 890/2006

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 8. 2008, sp. zn. 8 Tdo 672/2008

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 2. 2010, sp. zn. 4 Tz 2/2010

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2010, sp. zn. 8 Tdo 614/2010

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 10. 2011, sp. zn. 8 Tdo 1296/2011

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 4. 2012, sp. zn. 3 Tdo 367/2012

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 1. 2013, sp. zn. 3 Tdo 1353/2012

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 4. 2013, sp. zn. 5 Tdo 1392/2012

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12. 2. 2014, sp. zn. 3 Tdo 999/2014

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2014, sp. zn. 8 Tdo 550/2014 (publikováno jako
č. 24/2015 Sb. rozh. tr.)

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 7. 2014, sp. zn. 7 Tdo 708/2014

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 10. 12. 2014, sp. zn. 6 Tdo 1112/2014

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 12. 2014, sp. zn. 3 Tdo 1243/2014

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. 1. 2015, sp. zn. 8 Tdo 1171/2014 (publikováno jako č. 42/2015 Sb. rozh. tr.)

č. 114/1952 Sb. rozh. tr.

č. 57/1955 Sb. rozh. čs. soudů

č. 14/1965 Sb. rozh. tr.

č. 52/1970 Sb. rozh. tr.

č. 21/1972-II Sb. rozh. tr.

č. 10/1977 Sb. rozh. tr.

č. 12/1981 Sb. rozh. tr.

č. 47/2011 Sb. rozh. tr.

Ostatní rozhodnutí

rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 9. 2011, sp. zn. 2 To 54/2011

5. Seznam ostatních zdrojů

Důvodová zpráva k vládnímu návrhu trestního zákoníku. Sněmovní tisk 410/0, Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky 2006–2010. [online]. Praha. [cit. 2017-12-12]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=410&CT1=0>

Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového. Sv. 1, Osnovy. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1926.

Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového. Sv. 2, Odůvodnění osnov. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1926.

Osnova trestního zákona z roku 1937. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1937.

Criminal Attempts Act 1981 (c 47). Citováno z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/47>

Model Penal Code - Official Draft and Explanatory Notes: Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia, PA: The American Law Institute, 1985.

Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974. Citováno z: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553), Citováno z: <http://kodeks-karny.org/czesc-ogolna/formy-popelniania-przestepstwa>

Nezpůsobilá příprava a nezpůsobilý pokus trestného činu

Abstrakt

Problematika nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy patří mezi jednu z nejdiskutovanějších a přitom nejméně jasných oblastí trestního práva hmotného. Ačkoliv bylo tomuto tématu (především v minulosti) věnováno množství prací, dodnes se nepodařilo uspokojivě odpovědět na všechny otázky, které jsou s nezpůsobilým pokusem a nezpůsobilou přípravou spojené. Ke složitosti problému přispívá i skutečnost, že v právních předpisech bývají často upraveny jen dílčí aspekty nezpůsobilé přípravy a pokusu (např. v současném trestním zákoníku se nezpůsobilé přípravě a nezpůsobilému pokusu výslovně věnuje jen ustanovení § 46 odst. 3). Cílem diplomové práce bylo podat komplexní výklad o nezpůsobilém pokusu a přípravě v nauce, právních předpisech a judikatuře a navrhnout řešení některých problémů současné právní úpravy.

Nezpůsobilý pokus a nezpůsobilou přípravu trestného činu můžeme chápat jako zvláštní případy pokusu a přípravy trestného činu - od „normálního“, způsobilého pokusu/přípravy se nezpůsobilá příprava a nezpůsobilý pokus odlišují tím, že pro absenci některého ze znaků skutkové podstaty trestného činu nemohou vést k dokonání. Příčinou nezpůsobilosti přípravy či pokusu je vždy omyl pachatele, a to zpravidla pozitivní skutkový omyl. Nezpůsobilou přípravu a nezpůsobilý pokus můžeme dělit podle několika kritérií, nejvýznamnější je dělení na absolutně a relativně nezpůsobilé pokusy/přípravy, pokusy/přípravy na nezpůsobilém předmětu útoku, pokusy/přípravy nezpůsobilými prostředky a pokusy/přípravy nezpůsobilým subjektem. Pro trestní odpovědnost pachatele je pak klíčové, jednal-li pachatel v ontologickém nebo nomologickém omylu.

Práce je rozdělena na pět částí. První část pojednává o různých teoretických přístupech k nezpůsobilému pokusu. Druhá část se zabývá pojetím nezpůsobilého pokusu a nezpůsobilé přípravy, a to jak v historii, tak i v současnosti, zatímco třetí a čtvrtá část jsou věnovány jednotlivým druhům nezpůsobilé přípravy a nezpůsobilého pokusu. Poslední část práce je zaměřena na trestání nezpůsobilé přípravy a pokusu a je rovněž nabídnut krátký exkurs do několika zahraničních úprav. V závěru práce jsou pak zdůrazněny jednotlivé problémy, s nimiž se současná právní úprava potýká, a jsou nastíněny návrhy jejich řešení.

Klíčová slova: nezpůsobilý pokus a nezpůsobilá příprava trestného činu, subjektivní a objektivní teorie, omyl pachatele

The Unfit Preparation and Attempt of Criminal Offence

Abstract

The question of unfit preparation and attempt is one of the most discussed as well as most unclear areas of substantive criminal law. Even though a lot of theoretical works have been dedicated to this topic (particularly in the past), a considerable amount of questions connected to unfit preparation and attempt still remains unanswered. The fact, that the written law itself usually governs only certain aspects of the problem (e.g. the current Czech Criminal Code specifically mentions the unfit preparation and attempt in just one provision of - section 46, par. 3). The aim of this thesis was to provide a comprehensive account of the unfit preparation and attempt in the legal theory, legal acts and case law and offer solutions to several problems of current legislation.

Unfit attempt and preparation of criminal offence can be understood as specific types of attempt and preparation of criminal offence - the major difference between “regular” fit attempt/preparation and unfit attempt/preparation being the fact that unfit attempt/preparation cannot result in a completed crime, due to the absence of one of the substantial elements of criminal offence. The impossibility of preparation or attempt is caused by an error of the perpetrator, usually in the form of a positive error in fact. Unfit preparation and attempt can be divided using several criteria, among the most significant are the distinction between relative and absolute impossibility and the differentiation of attempt/preparation on an unfit object, attempt/preparation by unfit means, and attempt/preparation of an unfit subject. The question, whether the error was ontological or nomological, is crucial for determining the perpetrator’s criminal liability.

The body of the thesis is divided into five parts. The first part discusses several different theoretical approaches to the unfit attempt. The second part deals with the concept of unfit preparation and attempt, both in the past and in the present, while the third and fourth part are dedicated to the various types of unfit preparation and attempt. The last part of the thesis is dedicated to penalisation of the unfit preparation and attempt and a short summary of several foreign legislations is given as well. The conclusion of the thesis highlights several problems of the current legislation and offers a few suggestions for their solution.

Key words: unfit preparation and attempt of criminal offence, subjective and objective theory, error of the perpetrator