

Osnova trestního zákona z roku 1937 ve světle normativního pojetí viny.

Robert Steiner.

I.

Sledujeme-li ohlas, s nímž se setkává osnova trestního zákona z roku 1937 v odborné literatuře, vidíme, že se jí mnohdy vyčítá přílišná konservativnost a zdrženlivost vůči požadavkům právnické vědy.¹⁾ Odůvodnění osnovy samotné zdůrazňuje (str. 162, 163), že jde především o dílo unifikační, že však hleděla i k vývoji vědy a nerozpakovala se jíti novými cestami, kde toho bylo zapotřebí, zvláště když nutno uznati, že oba platné trestní zákony v různých směrech zůstaly hodně pozadu za vývojem vědy. Zajisté lze jen plně schvalovati, že se osnova vyhýbá přílišným skokům, že hledí podle možnosti navázati na dosavadní vývoj našeho trestního zákonodárství a že uskutečňuje jen takové nové myšlenky, jejichž schopnost života se již osvědčila.

Že si však osnova v tomto rámci daném střízlivou syntésí vědy a praktického života plně váží vymožeností novější nauky, lze dobře poznati zkoumáním otázky, do jaké míry došlo v osnově výrazu *normativní pojetí trestněprávní viny*. Doporučuje se voliti jako příklad tuto otázku, jednak proto, že právě zde přinesla novější nauka nové cenné poznatky, jednak z toho důvodu, poněvadž otázka viny byla právem nazvána osudovou otázkou trestního práva.²⁾ Při tom nemůžeme se ovšem obejít bez všeobecně teoretického rozboru zmíněné otázky. Pak teprve můžeme zkoumati, do jaké míry se osnova drží poznatků vědy.

Je dnes všeobecně uznáno, že pojem trestněprávní viny nemůžeme posouditi ryze deskriptivně podle pouhého psychologického vztahu mezi pachatelem a činem a že se tento pojem nevyčerpává

¹⁾ Viz na př. Keperť, Nová osnova tr. zákona, Všeřrd XVIII, str. 386, Pecelt, Rozdělení trestných činů v osnovách nového tr. zákona, S. I. 1937, str. 203, částečně i Miříčka, Pokus nezpůsobilý a formy viny v osnově tr. zák. z. 1937, Právník, 1937, sešit 7.

²⁾ Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechtes, Allgemeiner Teil, 1926, S. 92.

v tom, co vinník chtěl a si představil, zvláště když podstata nevědomé nedbalosti spočívá právě v nedostatku takového vztahu a když by takto ryze psychologické pojmání viny vedlo k tomu, že bychom nedbalost a úmysl nemohli podřadit pod společný nadřazený právní pojem. Bylo uznáno, že pojem viny v sobě zahrnuje psychický moment kausálně psychologického dění a zároveň i jeho normativní vztah k právnímu řádu a že bez tohoto druhého vztahu ono psychologické dění by vůbec nemělo trestněprávního významu, že by bylo právně indiferentní. Vina se tedy nevyčerpává v tom, co se děje v nitru pachatele, nýbrž je též odkázána na to, jak onen psychologický děj posuzuje v jeho vztahu k právnímu řádu třetí autoritativní pozorovatel (soudce). Otázka ta má ostatně i procesní význam, neboť vnitřní dění spadá jako každá složka kausálního světa do oboru otázky skutkové, kdežto jeho právní aplikace, t. j. v tomto případě jeho normativní přičítání vině patří do sféry právní.³⁾

Jde tu o výsledek dlouhého právního vývoje, o poznatek, který se jen poněkud vytvářel. V prvních dobách lidské kultury mohla se trestněprávní reakce uspokojit s pouhou protinormností činu. Ano, je myslitelná úprava, která abstrahuje dokonce od fyzické souvislosti mezi činem a stíhaným subjektem. Ráliš⁴⁾ poukazuje tu vhodně na decimaci nebo na zákoník Hamurabiho: „Spadne-li dům a zabije dceru vlastníka, budiž usmrcena dcera stavitelova.“ Původní krevní msta jako nejprimitivnější forma trestněprávní politiky se neobrací jen proti pachateli, nýbrž proti celému příbuzenskému svazku, jemuž přísluší (Sippe).⁵⁾ Požadavek fyzického, příčinného vztahu mezi činem a objektem trestu je již značný pokrok. Nestačí již protinormní čin, hledá se zločinec, při čemž však podle původních sakrálních právních řádů (na př. v starém Římě) ještě i jen nahodilé porušení práva vzbuzuje hněv bohů a vyžaduje odplaty stejně jako úmyslné bezpráví.⁶⁾ Další vývoj dospěl pak k požadavku psychického pouť mezi činem a zločincem, totiž viny. Naše platné právo je částečně ještě za tímto bodem vývoje, máť ještě značné zbytky pověstné odpovědnosti za objektivní výsledek ve formě t. zv. deliktů praeterintencionálních.⁷⁾ Připomeňme si jen objektivní odpovědnost pa-

³⁾ Srov. Kallab, Tr. pr. hm., str. 52.

⁴⁾ Hmotněprávní podmínky a překážky trestnosti v Poctě Miříčky, str. 212.

⁵⁾ Viz Hentig, Die Strafe, 1932, str. 29.

⁶⁾ Liszt—Schmidt, Lehrbuch, 1932, str. 235.

⁷⁾ Viz Miloš, učebnice obojího tr. práva str. 24. Srov. také ostrou kritiku Mezgera o odpovědnosti za výsledek, Strafrecht 1932, str. 264.

chatele za těžší výsledek nebo dokonce dolus indirectus jako zastaralé residuum kanonické doktriny o trestném versari in re illicita.

Dlouho se ustálilo pojmání tohoto vztahu na povaze ryze psychologické. Neplodný spor mezi teorií vůle a teorií představy se pohyboval úplně na poli ryze psychologickém, ačkoli takové výlučně psychologické posouzení viny nemůže vůbec vysvětliti její stupňovatelnost. Zásady o výměře trestu byly použity intuitivně a visely vlastně ve vzduchu. Bylo vyhrazeno novější nauce ukázati, že psychické dění (vůle a představa) patří samo o sobě do oblasti kausální noetiky a postrádá vztahu k právnímu řádu. Bylo přezíráno, že nejen objektivní stránka zločinu vyžaduje normativního vztahu k právnímu řádu, záležejícího v neshodě jednání pachatele s normou, nýbrž že i psychologický proces v pachateli, tedy vedle vnější události i vnitřní dění musí býti protinormním, protiprávním, aby mohlo býti promítnuto do roviny trestněprávní viny. Někteří autoři — zejména říšskoněmečtí, — kteří dospěli k tomuto poznatku, zatemňovali jej zároveň do jisté míry, vnášejíce do tohoto normativního pojetí viny prvky právnímu řádu cizí. Tak vidíme u Franka⁸⁾, že hodnotí průvodní okolnosti, za nichž pachatel jedná, s hlediska etického. Ještě více vyniká etický moment u Freudenthala⁹⁾, jenž v právu spatřuje etické minimum¹⁰⁾ a který proto jak do úmyslu, tak do nedbalosti vkládá etický prvek. Naproti tomu klade Liszt-Schmid¹¹⁾ důraz na to, zda a do jaké míry se osobnost a povaha pachatele dostala do rozporu se zásadami společenského, sociálního spoluzití. Zachycuje tedy problém viny s hlediska sociologického. Odpovídá jen těmto začátkům, dospěla-li německá nauka — podobně ostatně jako v oblasti objektivní protiprávnosti k doktríně o hodnocení statků (Güterabwägungstheorie)¹²⁾ — v oboru subjektivní viny k thesi o mimozákonném stavu nouze (übergesetzlicher Notstand).¹³⁾ Vyvrcholením tohoto vývoje jeví se směr národně-socialistického práva v Německu, pokud rozhoduje — samozřejmě

⁸⁾ Über den Aufbau des Schuldbegriffes, 1907, viz o tom Olšar, příspěvek k nauce o vině, str. 31 násl.

⁹⁾ Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922, viz o tom najmě Olšar, l. c. str. 54 a násl.

¹⁰⁾ Podobně ovšem i Prušák, krim. noetika, str. 151.

¹¹⁾ Lehrbuch, 1932, str. 230.

¹²⁾ Viz Mezger, Strafrecht, str. 200 násl., 239 násl.

¹³⁾ Viz proti tomu Foltin, der Gedanke der Zumutbarkeit, str. 15, Steiner, Richterzeitung 1933, S. 232, 233.

a dokonce hlavně i při posouzení viny, — zda je jednání pachatelovo ve shodě „se zdravým nazíráním lidu“. Je zvláštní zásluhou naší trestněprávní literatury,¹⁴⁾ že zdůrazňuje i ohledně viny soběstačnost a svrchovanost práva vůči jiným souborům norem (etiky, politiky, sociologie)¹⁵⁾, odmítajíc takto i v oblasti trestněprávní viny jakékoli měřítko praeter legem.¹⁶⁾ Měřítka, podle něhož posuzujeme normativní vztah mezi vnitřním děním v pachateli a právním řádem, může nám podati jediné norma trestního práva samotného. Porovnávat vztah onoho dění s normami trestního práva podle měřítka shledaného mimo tento soubor norem bylo by prohřešení proti právní metodologii, což by svého významu nepozbývalo tím, že bychom si cítěli namluviti, jako by bylo ono cizí (na př. etické nebo sociologické) měřítko. přece jen jaksi immanentním čili spíše mystickým prvkem právního řádu samotného. Takovou všeobecnou immanentnost mimozákonného kulturního světa v právním řádu — a co by se tu chtělo často skrývatí pod pláštíkem kultury! — musíme odmítnouti. Něco jiného platí jen, pokud zákon tu a tam recipuje kulturní normy, na př. užíváním širokých t. zv. normativních pojmů („wertausfüllende Formeln“, viz na př. pojem necudný v §§ 322, 346 osn.), nebo kde otvírá zvláštní, ale vždy jen podpůrnou bránu jiným způsobem (viz na př. § 7 obč. zák.).

Bylo-li takto uznáno, že i při zkoumání pojmu trestněprávní viny můžeme vycházeti jen s hlediska právních norem a nikoli z nějaké právu prý immanentní, ale ve skutečnosti od souboru právních norem zcela odlišné ideologie, tážeme se pak, v čem záleží onen vztah duševního dění k právnímu řádu, jenž je promítá do roviny trestněprávní viny. Poznali jsme, že neshoda mezi činem a normou tvoří pojem o b j e k t i v n í p r o t i p r á v n o s t i. Norma se nám tu vyskytuje jako norma hodnotící (Bewertungsnorm).¹⁷⁾ Norma nám v této formě a funkci praví, co má a co nemá býti. Naproti tomu vyžaduje pojem viny úsudek o tom, že neodpovídá normě onen p s y c h i c k ý p r o c e s, na jehož základě došlo k úmyslu nebo nedbalosti.

¹⁴⁾ Viz zejména Kallab, Trestní právo hmotné, str. 53, Olšar, příspěvek k nauce o vině str. 137 násl. a na jiných místech.

¹⁵⁾ Viz Kelsen, ryzí nauka právní, podobně Kaufmann, Die philosophischen Grundprobleme von der Strafrechtsschuld, 1929, Tesar, Die Überwindung des Naturrechtes in der Dogmatik des Strafrechtes 1928.

¹⁶⁾ Do jisté míry odchylně Milota, jenž přihlíží k „vyššímu hledisku sociální bezpečnosti“ (Normativní pojetí viny a přípravná osnova čl. tr. zákona v „Poctě Miříčky“, str. 193).

¹⁷⁾ Viz Liszt—Schmidt, Lehrbuch, 1932, str. 223.

Tu zkoumáme, proč nedosáhla žádoucího vlivu na motivaci pachatele norma ve své funkci určující čili determinující (Bestimmungsnorm). Nelze sice souhlasit s Goldschmidtem, jenž staví vedle sebe právní normu a samostatnou povinnostní normu¹⁸⁾, nýbrž vidíme tu jen dvojí funkci téže právní normy, pokud jednak jen hodnotí, vymezujíc takto právo a bezpráví v objektivním činu, jednak hledí lidské jednání determinovati, obračejíc se na vnitřní dění v pachateli. V této formě působnosti nepraví norma, jaký čin má či nemá býti, nýbrž jak si má pachatel duševně počínati, aby došlo k jednání, jež hová právnímu řádu. Jde tu o otázku protinormnosti psychického dění a nikoli snad jen jeho konečného emočního výsledku. Vinu můžeme tedy označiti jako protiprávnost motivačního procesu. Hledí tudíž objektivní protiprávnost k zločinu a vina k osobě pachatele, takže pro pojem trestnosti platí tripartiční nazírání čili se nám tu vyskytuje trojúhelník: právní norma — zločin (protinormnost činu) — zločinec (protinormnost motivačního procesu). Je sice správné, že pojem objektivní protiprávnosti činu nelze úplně odpoutati od psychologického děje a že je často protiprávnost činu závislá na tom, v jakém úmyslu pachatel jednal. Mechanismus a zápas lidských zájmů je příliš komplikovaný, než aby mohla linie vymezující právo a bezpráví býti vedena bez zřetele k vnitřním prvkům. Mluvíme tu, jak známo, o subjektivních prvcích bezpráví (subjektive Unrechtselemente).¹⁹⁾ Tak jedná protiprávně padělatel peněz jen tehdy, činí-li tak v úmyslu, aby peníze byly udány jako pravé, nebo ten, kdo vyzvídá vojenské tajemství, směřuje-li jeho úmysl k vyzaření tajemství. Často jsou tedy skutkové podstaty konstruovány tak, že norma hodnotí určitý děj negativně, jen hledíc k určitému úmyslu pachatele. Ale tímto bezbarvým poukazem k úmyslu ještě není nic řečeno o vině. Zmíněné subjektivní prvky protiprávnosti činu jsou sice zároveň psychologickými prvky viny, ale vina není tím vyčerpána,²⁰⁾ neboť vyžaduje nadto, aby právní řád hodnotil nepříznivě nejen čin, nýbrž i zlo-

¹⁸⁾ Der Notstand, ein Schuldproblem v ÖZ StR, 1913, str. 129—196, a „Normativer Schuldbegriff“ ve Frankfestgabe str. 428—468, najmě str. 433.

¹⁹⁾ Mezger, Strafrecht, str. 169, 170, opačně na př. Foltin, Grundzüge des ösl. Strafrechtes, str. 37.

²⁰⁾ Systematicky neutěšená skutečnost, že tytéž prvky spadají často jak do oblasti protiprávnosti činu, tak do oblasti viny, vedla na př. v Webera dokonce k tomu, že tyto subjektivní momenty úplně posunuje na pole popisu protiprávního jednání, s čímž ovšem nelze souhlasit (viz Deutsche Jur.-Zeitung, 1931, str. 667).

čince, hledíc k protiprávnosti čili vyčítatelnosti jeho motivačního procesu. Pro pojem protiprávnosti činu stačí po stránce vnitřní jsoucnost subjektivního děje čili projevu vůle (Willensakt). Naproti tomu vyžaduje vina neshodu mezi procesem, jímž se subjektivní děj vyvinul, a normou. Klade tedy důraz na protiprávnost tohoto motivačního procesu (Willensbildung).

Tím dospíváme k otázce, kdy pokládá právní řád motivační proces za právně pochybený, za protiprávní. Samozřejmě aspoň teoreticky nikoli již na základě pouhé okolnosti, že zvítězily motivy pudící k zločinu, neboť pak by se protinormnost vnitřního dění bezvýjimečně kryla s objektivní protinormností zločinu a pak bychom protikladu mezi protiprávností činu a vinou jakožto protiprávností motivačního procesu odňali půdu. Tážeme se tedy, zda a proč jsou naopak možné případy, kdy se pachatel nemotivoval ve směru právním řádem chtěným a přece trestní sankce pomíjí.

Při tom vycházíme vždy z předpokladu, že jde o člověka psychicky schopného k správnému motivačnímu procesu, t. j. o člověka přičetného, neboť přičetnost je předpokladem a nikoli prvkem viny. Právě proto neznáme stupně přičetnosti a odmítáme pojem z menší než přičetnosti. Známe tu jen ano či ne, bytí či nebytí jistého stavu²¹⁾ a ne snad podobně jako mezi zdravím a nemocí jakousi indisposici přičetnosti. To, co mnozí hodljají řešiti na habituálním poli přičetnosti, odkazujeme na aktuální pole možnosti konkrétního přičítání, neboť přičetnost je jaksi půda, na níž můžeme teprve vinu konstruovati, a nikoli měřítko, jímž hodnotíme stupeň viny. Pojem přičetnosti omezuje tedy prostě kruh adresátů trestní normy, takže tu běží o ryzě personální pojem pro určení subjektů trestných činů.²²⁾ Odtud pravíme, že přičetnost není schopna stupňování.²³⁾

Schopnost stupňování přiznáváme jen samotnému normativnímu prvku viny, neboť tu nejde o pouhý její předpoklad, nýbrž o její immanentní součástku záležející v tom, že pachatel odpořoval právní normě v její determinující funkci tím, že nezařídil svoje chtění a svoje představy podle právních norem. Skutečnost, že chtěl, co je protiprávné, vztažmo že si nepředstavil výsledek, nebo doufal, že nenastane, týče se jednak psychologické stránky („chtěl, představil, doufal“), jednak objektivní protiprávnosti

²¹⁾ Průšák, krim. noetika, str. 127, Janka, Strafrecht, 4. vyd., str. 78.

²²⁾ Viz Kohlrausch, Schw. Z. StR., XXXIV, str. 157. Jinak ovšem Mezger, Strafrecht, str. 268, 269.

²³⁾ Jinak na př. Foltin, Der Gedanke der Zumutbarkeit, str. 48, 61.

(„co je protiprávné“, „výsledek“), kdežto pro otázku viny záleží vedle zmíněných psychologických prvků na tom, že je protiprávní ono samotné chtění, pokud se týče nedostatek určité představy, totiž o možnosti nebo jistotě, že výsledek nastane. Záleží tedy na př. u úmyslných deliktů na protinormnostním chtění („Nicht sein sollendes Wollen“ a nejen „Wollen des nicht sein Sollenden“).²⁴⁾ Jde tudíž o to, že právní řád neschvaluje konkrétní průběh motivačního procesu a že mu vytýká, že se pachatel nedal řídití váhou určující normy a představou zapovězeného výsledku, nýbrž motivy k zločinu pudícími. Leč ultra posse nemo tenetur. A proto je vina pojmově možná jen za předpokladu, že právní řád — nehledíc k předpokladu přičetnosti — může na pachateli slušně žádati, aby se určitým způsobem motivoval. Ono „posse“ nelze ovšem pojímati ve smyslu psychofysickém, nýbrž ve smyslu omezeném tím, že norma jako norma určovací se svými nároky a požadavky se obrací na standardní typ průměrného člověka, tedy na člověka ani příliš heroického, ani příliš slabého, nebo jak to vyjadřuje Kallab,^{24a)} člověka ne sice ideálního, ale průměrného, své závislosti na společenském celku vědomého. Záleží v podstatě pospolitého lidského života, že pravidla tento život upravující musí býti usměrněna podle měřítka takového průměrného povinnostního subjektu, byť i na př. etika může po případě vycházeti z vyšších požadavků a ukládati dokonce heroické sebezapření. Etika za to také reaguje jen nehodnotným soudem, s nímž nejsou spojeny další následky. Podobně se má věc ohledně společenské kritiky, kde ostatně nehodnotný soud může již míti hmatatelné následky. Naproti tomu musí se trestní právo reagující trestní sankcí často dost těžkou a citelnou spokojiti s mírou odolnosti typického průměrného člověka. Jako ostatně každý úsek právního řádu vyrovnává i trestní právo protichůdné zájmy občanů jen podle jejich průměru.

Vyžaduje-li tedy pojem viny, aby právní řád mohl od pachatele slušně očekávati jiný průběh motivačního procesu, pokud se týče že s hlediska právního řádu možno pachateli vytýkati, že se nemotivoval jinak, dospíváme nezbytně k pojmu možnosti přičítání (Zumutbarkeit) a k vyloučení této možnosti, kde pachatel nemohl jinak chtíti nebo nemohl si výsledek představit, při čemž tuto možnost posuzujeme podle měřítka vpředu

²⁴⁾ Goldschmidt, Der Notstand, str. 13. Olšar, příspěvek k nauce o vině, str. 46, 54.

^{24a)} Pohnutky nízké a nečestné ve Věd. ročence práv. fak. v Brně 1923, str. 52.

naznačeného.²⁵⁾ Uznáním tohoto pojmu možnosti přičítání jakožto esenciálního, a to normativního prvku viny jest ovšem též řečeno, že tento prvek musí společným býti všem formám viny, jinak bychom je nemohli označiti jako druhy jednotného pojmu viny.

Kulposní delikty nejsou charakterisovány tím, co pachatel chtěl a si představil, nýbrž tím, co měl podle povinnosti chtít a si představiti.²⁶⁾ Povinnostní normu o zachování určité péče a opatrnosti dodává právní řád částečně sám vlastní tvůrčí činností (viz na př. § 139 násl. obč. zák.), částečně recipováním norem z jiných oblastí, najmě i z empirie denního pospolitého života lidského.^{26a)} „Zkušenost ta se ztělesnila v nesčetná pravidla, zvyklosti a mravy, v přecetná opatření ochranná při provozování různých řemesel a živností, ve zvyky rádných obchodníků, v pravidla různých věd, jakož i v četné předpisy správní a policejní.“²⁷⁾ Odtud pocházejí normy, podle nichž si pachatel výsledek (nebezpečí) představiti měl, a pokud sdílíme názor o subjektivním měřítku nedbalosti, též představiti m o h l.²⁸⁾ Na porušení této povinnosti uložené buď přímo právním řádem nebo nepřímými normami právním řádem recipovanými spočívá n o r m a t i v n í p r v e k n e d b a l o s t i. Při tom podotýkáme, že zmíněné subjektivní hledisko nedbalosti²⁹⁾ samozřejmě nesmí znamenati neomezený zřetel k individualitě pachatele. Naopak hledíme i při tomto měřítku k typu průměrného člověka, ale se zřetelem na to, jak by tento jednal za okolností, za nichž jednal v konkrétním případě pachatel. Tážeme se na příklad, jak by průměrný člověk byl jednal ve stavu takové únavy, již byl nezaviněně stížen pachatel. Všechna tato hlediska zdůrazňuje již de lege lata § 335 trz, dovolává se nejen norem právních, nýbrž i norem jiných životních poměrů, a podmiňuje přičitatelnost nejen povinností, nýbrž i (průměrnou) možností nebezpečí si uvědomiti a jednati s nutnou pozorností. Podle ustálené judikatury záleží na tom, zda si pachatel nebezpečí představiti m ě l a m o h l, což posuzujeme podle měřítko člověka průměrné soudnosti a průměrných schopností, člověka normálně myslícího a chápacího,

²⁵⁾ Srov. Kallab, Tr. pr. hm., str. 51, Olšar, příspěvek k nauce o vině, str. 121 násl.

²⁶⁾ Kallab, Tr. pr. hm., str. 51.

^{26a)} Olšar, příspěvek, str. 104, 105.

²⁷⁾ Prušák, krim. noetika, str. 186, podle Merkela.

²⁸⁾ Olšar, příspěvek, str. 113.

²⁹⁾ Protí němu na př. Miříčka, o formách tr. viny, str. 131, Kallab, Tr. pr. hm., str. 50, Miříčka, Trestní právo hmotné, str. 58.

pokud se týče člověka normálního vzdělání a rozhledu (viz rozh. č. 2804, 2666, 3622, 4105, 4772 Sb. n. s.).³⁰⁾

Vidíme tedy, že u nedbalostních deliktů došlo stanovisko možnosti přičítání již de lege lata výslovného zákonného uznání. Proto nemůžeme ani souhlasiti s názorem, že důvody viny vylučující jako nauce platí i v oboru nedbalosti, neboť tam, kde podle uvedeného měřítká nemůže právní řád na pachateli žádati, aby se jinak motivoval, schází již předpoklad, že se totiž pachatel nezachoval s žádoucí čili náležitou opatrností, již zachovati mohl. Proto netrestáme otce, který z úzkostlivosti nedal na nemocném dítěti nebezpečnou operaci předsevzítí,³¹⁾ ani — na rozdíl od etického posouzení — manžela, který souloží snad dokonce na její popud s manželkou, ačkoli ví, že otěhotnění může ji hledíc k jejímu zdravotnímu stavu ohroziti na životě. Normativní prvek viny, prvek přičitatelnosti je již podle zákonné struktury skutkové podstaty kulposních deliktů v samé skutkové podstatě založen a nejsme tedy na zvláštní důvody přičítání vylučující odkázáni,³²⁾ jinak museli bychom v uvedených případech pachatele trestati, neboť pojem nouze, jak se na něm judikatura ustálila, na ně jistě nedopadá. Najmě při nevědomé nedbalosti je operování se stavem nouze již pojmově vyloučeno. Leč relativní pojem nedbalosti dovoluje nám již sám o sobě zkoumati na příklad, jestli můžeme na manželích žádati absolutní zdrženlivost.³³⁾ Záleží arciť i zde na větší či menší přimosti nebezpečí, takže by něco jiného samozřejmě platilo při bezprostředním nebezpečí nákazy pohlavní nemocí. Zkrátka, co zástupce generální prokuratury v případě rozh. č. 434 vid. sb. uvedl s ohledem na ustanovení § 2 g trz., platí hledíc k jeho relativnosti i pro pojem nedbalosti, aňž bychom se tu museli dovolávati neodolatelného donucení. Míjíme výstižná slova: „Nur auf soviel Widerstandskraft darf die Strafrechtspflege Anspruch erheben, als im gewöhnlichen Leben ein Durchschnittsmensch vom anderen voraussetzen kann, und sie muss fordern, dass eintretendenfalls diese Kraft bis zum äussersten erschöpft wird.“ Kde tato síla nestačí, můžeme sice přece ještě mluvit o úmyslném jednání (ve smyslu deskriptivně-psychologickém), leč nikoliv o nedbalosti, o nezachování náležité opa-

³⁰⁾ Viz Olšar, příspěvek, str. 152, 153.

³¹⁾ Viz judikaturu něm. ř. soudu u Mezgera, Strafrecht, str. 372.

³²⁾ Jiného názoru Foltin, Der Gedanke der Zumutbarkeit, str. 56. (Viz ale k tomu i moje vývody v Richterzeitung XV, str. 154 a 181.)

³³⁾ Steiner, Zur Frage des Notstandes, Richterz., 1933, S 153.

trnosti, kterýžto pojem není myslitelný bez relace k požadavkům právního řádu.

Jak se má pak věc u úmyslu? Podle toho, co předesláno, musíme teoreticky čili zásadně vycházeti i zde z toho, že vina předpokládá možnost přičítání, měřenou s hlediska průměrného člověka, člověka do průměrné odolnosti proti motivům k zločinu pudícím. „Was der Fahrlässigkeit recht ist, sollte dem Vor-satze nicht unbillig sein,“ praví Freudenthal.³⁴⁾ Důvodně praví proto i Kallaß,³⁵⁾ že tam, kde není možnosti jinak chtítí, není úmyslu, čili že i při úmyslu musíme psychickou stránku hodnotiti normou. I zde platí známé Goldschmidtovo slovo „Máš, neboť můžeš“, což má ovšem v zápětí, že trestní sankce pomíjí, kde pachatel ani při posouzení podle uvedeného měřítka odolati nemůže. Spatřujeme tedy i normativní prvek úmyslu jako druhu viny v neschvalování toho, že se vůle pachatelova nedala představou výsledku zdržeti od toho, aby přivodil výsledek normou zakázaný.³⁶⁾ Právě důvody přičítání u úmyslných deliktů v jednotlivých případech vylučující (§ 2 g, 216 trz. a j.) poukazují i při úmyslu k pozitivní existenci normativního prvku ve formě možnosti přičítání.³⁷⁾ Přes to odmítáme proti názoru říšskoněmecké literatury v šeo-be-c-ný důvod omluvný, podle něhož by soudce mohl, ba musel v každém jednotlivém případě úmyslného deliktu zkoumati, zda je čin přičítatelný (zumutbar); neboť opačné stanovisko znamenalo by ohromnou volnost soudce, aby hodnotil vinu a nevinu pachatele „podle celkové situace také s hlediska mravního a sociálního, pokud v právním řádu by došly svého výrazu“.³⁸⁾ Pojem viny v úmyslu by byl úplně zrelativisován, rozhodovaly by povahové vlastnosti soudcovy a volnému jeho uvažování by byly dveře otevřeny dokořán.³⁹⁾ Uznáváme-li normativní prvek i v úmyslu, nemůžeme ovšem vyloučení všeobecného důvodu omluvného ve smyslu právě naznačeném vysvětliti tím, že při úmyslu na rozdíl od nedbalosti schází jaksi další norma, že tu typisovaná skutková podstata již nutně v sobě zahrnuje normu, která psychickou činnost pachatele neschvaluje, a že proto již samo porušení povinnosti normy (na př. nemáš chtítí křivě svědčiti) ležící v právní

³⁴⁾ Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922, str. 15.

³⁵⁾ Trestní právo hmotné, str. 51.

³⁶⁾ Olšar, normativní stránka úmyslu v Poctě Miloty, str. 245

³⁷⁾ T. zv. Grenzwerttheorie, Mezger, Strafrecht, str. 273.

³⁸⁾ Olšar v Poctě Miloty, str. 242.

³⁹⁾ Olšar, příspěvek, str. 139.

normě (nemáš křivě svědčiti) znamená eo ipso odpovědnost. Tomu brání okolnost, že máme přece jisté případy, kde i u deliktů úmyslných pachatele omlouváme a proto netrestáme (nedolatelné donucení podle § 2 g trz., § 216 trz., § 9 zák. čís. 134/1885 ř. z., § 6 zák. čís. 269/19 Sb. z. a n., § 12 zák. na ochranu republiky, § 38 zák. proti nekalé soutěži, § 14 zák. čís. 7/1924 Sb. z. a n.). Nemůžeme si ovšem pomoci ani vysvětlením v literatuře rovněž někdy zastávaným, že právní řád nestíhá případy nouze jen pro jejich atypičnost. Nehledíc k tomu, že máme, jak právě uvedeno, celou řadu speciálních ustanovení, kde z podobných úvah protiprávní čin rovněž omlouváme, dokazuje zákonodárce právě typisováním omluvného důvodu stavu nouze, že takové činy nepokládá za atypické. Atypičností můžeme vysvětliti jen nedostatek konkrétního ustanovení.

Leč tím, že i při úmyslu uznáváme zásady o možnosti a nemožnosti přičítání, ještě není nic řečeno o tom, jak to zákonodárce v pozitivním zákoně upravuje čili do jaké míry připouští u úmyslných deliktů omluvitelnost. A tu musíme z důvodů svrchu uvedených plně doporučiti, aby zákonodárce nepřipustil obecný důvod omluvný, aby tedy možnost přičítání u úmyslných deliktů nevyvratitelně presumoval a nemožnost přičítání přiznal jen výjimkou v typisovaných případech zvlášť ustanovených. Zákon má tedy předpokládati — a činí tak i platný zákon — že skutkové podstaty úmyslných deliktů jsou tak zařízeny, že se každý příčetný člověk může podle příkazu normy motivovati, ledaže by byly opodstatněny ony zvláštní důvody omluvné zákonem zavedené a typisované. Pro pozitivní zákonodárství přimlouváme se tedy jen za typisované důvody omluvné, což má za následek, že tam, kde není takového typisovaného důvodu omluvného, nastává nevyvratitelná presumpce možnosti přičítání.

Pokračování.