

# Problematika totožnosti skutku

prof. JUDr. DAGMAR ČÍSAŘOVÁ, DrSc., Policejní akademie ČR v Praze

JUDr. JAROMÍR HOŘÁK, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy

**Abstrakt:** Článek se zabývá trestněprávním pojmem skutku, zásadou zachování totožnosti skutku v trestním řízení a otázkami pokračování v trestném činu. Podává analýzu odborných názorů, jež se uplatňovaly v československé právní nauce od konce 50. let 20. století. Zejména se zabývá diskusí mezi Antonínem Růžkem, Vladimírem Solnařem, Vojtěchem Přichystalem a Aloisem Burdou. Pojem skutku je zásadní i pro otázku pokračujících deliktů, jejichž dílčí útoky prohlašuje § 12 odst. 12 trestního řádu, zákon č. 141/1961 Sb., za samostatné skutky. Z hledisek hmotněprávních jde o trestný čin jediný. Autoři poukazují na proměny názorů teorie a rozhodovací praxe v sousedním Německu a Rakousku, kde byla koncepce pokračujícího trestného činu v nedávné době opuštěna.

**Abstrakt:** The article deals with the criminal-law concept of an act, the principle of preserving the identity of an act in criminal proceedings, and the issue of continued criminal offence. It provides an analysis of the expert opinions applied in the Czechoslovak legal doctrine from the late 1950s. The article namely focuses on the discussion among Antonín Růžek, Vladimír Solnař, Vojtěch Přichystal, and Alois Burda. The concept of an act is essential also with respect to continuing torts, the partial attacks of which are deemed individual acts according to Section 12(12) of Act No. 141/1961 Coll., the Code of Criminal Procedure. From the perspective of substantive law, the same constitutes a single criminal offence. The authors point to the changing views in theoretical and decision-making practice in neighbouring Germany and Austria where the concept of a continuing criminal offence was recently abandoned.

**Klíčová slova:** trestný čin, skutek, totožnost skutku, pokračování v trestném činu, obžalovací zásada, *ne bis in idem*

**Key words:** criminal offence, facts of a criminal case, count of indictment, continued criminal offence, accusatorial principle, *ne bis in idem* doctrine, double jeopardy

V souvislosti s diskusemi o podobě nového trestního řádu se často mluví o tom, že je třeba naše trestní řízení urychlit. Není to jen otázka zefektivnění práce justice, ale také zákonné úpravy trestního procesu. Při úvahách o zrychlení trestního řízení se ukazuje, že je třeba uvažovat i o vzájemných souvislostech právní úpravy nejen trestního řádu, ale i trestního zákona. Jde tedy i o eventuelní úpravu trestního práva hmotného ve vztahu k trestnímu procesu.

Některé problémy postihu trestných činů je možno nazvat „věčnými otázkami“ trestního řádu. Vyplynají totiž z našeho pojetí trestního procesu, z toho, co nazýváme kontinentálním procesem.

Necháme-li stranou zásady konkrétní trestní politiky státu, pokud jde o to, které činy je třeba stíhat (bez ohledu na to, zda se uplatňuje formální nebo materiální pojetí, respektive kombinace těchto principů), objevuje se nutnost upřesnění určitých pojmů v trestním řádu.

Jedním z nich, a to velmi podstatným, je to, jak chápeme trestný čin, a jak pojem skutek v trestním řízení. Ne každý skutek, tj. jednání, které má určitý následek, je trestným činem. Může jít o jednání zcela nezavadné, případně o delikt ve smyslu správního práva, práva občanského aj.

V trestním řízení posuzujeme událost, která se stala již dříve. Musíme jít tedy do minulosti, zjišťovat co se stalo, a během tohoto zjišťování (převážně při dokazování) se ukáže, že se posuzovaný čin během činnosti těch, kdo zjišťují, jak k němu došlo, jaké byly jeho okolnosti,

mění díky tomu, jak se upřesňují naše informace. Jde nejen o nové okolnosti skutkové, ale také o upřesňování právního posouzení. Tedy o to, zda je zde rozdíl proti našemu původnímu názoru nebo ne, a kdy již jde o jiný trestný čin (právní kvalifikace se může měnit), a kdy tento posuzovaný skutek je ještě tím, co jsme začali posuzovat, nebo zda jde již o skutek jiný.

Je tak zřejmé, že:

- 1) musíme rozlišovat pojmy **trestný čin a skutek**, a
- 2) u pojmu skutek je třeba vymezit, kdy jde ještě o **týž** skutek a co se může změnit proti původním informacím a co ne, abychom mohli říci, že byla zachována totožnost skutku.

Tyto otázky byly u nás v teorii trestního procesu padesátých let předmětem zájmu dr. Antonína Růžka, který tehdy přišel z Ministerstva spravedlnosti na Právnickou fakultu Univerzity Karlovy v Praze, a jako bývalý pracovník legislativního odboru považoval tuto otázku za velmi důležitou.

Při úvahách o rekonstrukci trestního řádu, a tím také o změnách zejména předsoudního stadia trestního řízení, jsme si uvědomili význam této tematiky. Zjistili jsme také, že diskuse z doby přípravy dnes účinného trestního řádu nejsou již známé, ačkoliv jde o významné teoretické otázky, které mají důležitý dopad v praxi.

Při svém studiu těchto diskusí jsme dále zjistili, že materiály a prameny k této problematice jsou těžko dostupné.

K této problematice se z hlediska významu pro praxi vyjádřil v roce 1986 soudce tehdejšího Nejvyššího soudu

ČSSR L. Fajstavr.<sup>1</sup> I když jde již v příkladech, které uvádí, o případy z hlediska tehdejší judikatury více méně historické, považujeme za vhodné na tento článek upozornit, protože ukazuje význam pojmu „totožnost skutku“ a jeho složitost, a to nejen pro teorii, ale právě pro praxi soudů. V citované stati L. Fajstavr uvádí:

„Podle § 220 odst. 1 tr. ř. soud může rozhodovat jen o skutku, který je uveden v žalobním návrhu. Stejně tak i obžaloba může být podána jen pro skutek, pro který bylo vznešeno nebo sděleno obvinění (§ 176 odst. 2 tr. ř.). Pojem „skutek“ je užíván i v celé řadě dalších ustanovení trestního řádu v souvislosti s předmětem trestního stíhání a rozhodování [např. § 11 odst. 1 písm. f, § 89 odst. 1, § 172, § 226 aj.]. Proto výklad pojmu „skutek“ je jednou z rozhodujících otázek trestního procesu. Trestní řád sám totiž tento pojem nikde nedefinuje.

Na počátku šedesátých let v naší právní teorii i praxi proběhla o problematice skutku, jeho totožnosti a jednotě diskuse. Stalo se tak po vydání monografie A. Růžka *Právní Moc a vykonatelnost rozhodnutí v trestních věcech* (ČSAV, Praha 1958), ve které se autor touto problematikou podrobně zabýval. Na stránkách odborného časopisu *Právník v roce 1960 a 1961 zaujal k Růžkovu řešení velmi kritické stanovisko A. Burda, kterému ve stejném časopise v roce 1961 odpověděli a podle mého názoru ukázali přesvědčivě nesprávnost jeho přístupu A. Růžek, V. Přichystal a V. Solnař. A. Růžek pak své názory podrobněji rozvedl a upřesnil v návaznosti na tuto diskusi v monografii *Obžalovací zásada v československém socialistickém trestním řízení* (ČSAV, Praha 1964).“*

Názory A. Růžka byly a jsou pro chápání pojmu „skutek“ a „totožnost skutku“ zcela běžně přijímány, jak o tom svědčí současné učebnice trestního procesu u nás, ale i na Slovensku.<sup>2</sup>

A. Růžek vydal v roce 1958 v nakladatelství ČSAV monografii,<sup>3</sup> kterou pak předložil k obhajobě k získání titulu CSc. (kandidát věd) v roce 1961 na Právnické fakultě UK v Praze. Jeho oponenty byli V. Solnař a V. Přichystal, pracovník Ministerstva spravedlnosti, kteří již aktivně vystupovali při obsáhlých diskusích o pojmu „skutek“ a obsahu termínu „totožnost“, který vedli A. Růžek a A. Burda na stránkách časopisu *Právník* koncem 50. a počátkem 60. let.

O co se jednalo, co rozuměl A. Růžek pod těmito pojmy? Skutek podle něj znamená jednání a jeho následek. Jedno jednání – jeden skutek – tvoří všechny ty projevy vůle pachatele navenek, které jsou pro daný následek kauzální, pokud jsou zahrnuty zaviněním. Přitom

totožnost skutku neznamená naprostou shodu mezi skutkovými okolnostmi, které byly předmětem přípravného řízení, a skutkovým dějem, který je předmětem řízení před soudem. Za základní kritérium pro určení totožnosti skutku považuje A. Růžek totožnost jednání a totožnost následku. K zachování totožnosti není podle jeho názoru třeba, aby tu byla totožnost v obou směrech, nýbrž stačí, jestliže je zachována alespoň ve směru jednom.<sup>4</sup>

Proti tomuto pojetí, které A. Růžek velmi podrobně zdůvodnil, vystoupil významný činitel praxe, soudce A. Burda.<sup>5</sup> A. Burda zdůrazňuje význam této otázky, protože podle něj má podstatný význam pro celou řadu dalších procesních otázek a není bez důležitosti ani z hlediska hmotněprávního. Týká se totiž především poměru obžaloby a rozhodnutí o ní, čímž je určován i rozsah tohoto rozhodnutí z hlediska jednání obžalovaného, o němž se rozhoduje. Tím je pak podle A. Burdy určován i dosah právní moci rozhodnutí soudu, popřípadě prokurátora, pokud rozhoduje meritorně o jednání obviněného zastavením trestního stíhání. To je pak určující pro dosah zásady „*ne bis in idem*“, což je opět rozhodující pro otázku, o kterém jednání obviněného, o němž již bylo pravomocně rozhodnuto, lze jednat bez podmínek obnovy řízení. Z hlediska procesního má podle A. Burdy otázka totožnosti skutku význam i pro to, o kterých z více žalovaných jednání je nutno (uzná-li soud obžalovaného vinným jen zčásti) rozhodnout v rozsudku zprošťujícím výrokem. Dále má podle něj totožnost skutku význam pro otázku souběhu a započtení vazby nebo trestu, neboť vazbu nebo trest uložený soudem nebo jiným orgánem lze započítat pouze tehdy, týká-li se téhož skutku. S tím lze samozřejmě souhlasit. Složitější je ale jeho další názor.

A. Burda zdůrazňuje ve své stati zejména to, že soud je vázán i právní kvalifikací (nejen tedy skutkem jako takovým), která je uvedena v žalobním návrhu. Tuto otázku rozpracoval podrobně v další stati, ve které ztotožňuje fakticky pojem skutku a trestného činu.<sup>6</sup>

Zdůrazňuje především **cíl** jednání pachatele pro chápání totožnosti skutku. U nedbalostních deliktů nevidí možnost považovat skutky označené jako úmyslné (tedy s určitým cílem jednání) za totožné s nedbalostním jednáním, a proto by musel obžalovaného zprostit, například tehdy, kdyby byl jeho čin, označený v obžalobě za vraždu, pouze nedbalostním usmrcením. Podle jeho názoru (s. 455 citovaného článku) by nebylo vyloučeno nové stíhání i bez podmínek obnovy řízení. Totéž podle A. Burdy platí o všech obdobných trestných činech (například úmyslné nebo nedbalostní ublížení na zdraví apod.).

<sup>1</sup> FAJSTAVR, L. K problematice totožnosti a jednoty skutku v praxi soudů. *Socialistická zákonost*, Praha: Ministerstvo spravedlnosti (1977–1990), č. 5, 1986, s. 255–262.

<sup>2</sup> Viz například nejnovější učebnice prof. Jelínka a prof. Fenyka, v SR práce prof. Ivora a prof. Záhory.

<sup>3</sup> RŮŽEK, A. *Právní moc a vykonatelnost rozhodnutí v trestních věcech*. 1. vyd. Praha: Nakladatelství Československé akademie věd, 1958, 163 s.

<sup>4</sup> Dnes se často spíše vyžaduje alespoň částečná totožnost v obou případech. Judikatura je v tomto směru nejednotná.

<sup>5</sup> BURDA, A. K otázce tzv. totožnosti skutku v trestním právu. *Právník*, č. 8, 1960, s. 719 a násled.

<sup>6</sup> BURDA, A. K otázce totožnosti skutku u deliktů nedbalostních. *Právník*, č. 5, 1961, s. 452 a násled.

K této problematice se vyjádřil i V. Solnař.<sup>7</sup> Pro význam uvádíme část jeho stati nazvané **K otázce totožnosti skutku**.

„Článek Dr. Burdy „K otázce totožnosti skutku u deliktů nedbalostních“ v Právniku č. 5 z r. 1961 str. 452 a násl. četl jsem – stejně jako jeho dřívější pojednání v Právniku č. 8 z r. 1960 – sice se zájmem, ale zároveň s nesouhlasem. Nemíním se zabývat těmito projevy v celém jejich rozsahu. Na to by stručná poznámka nestačila. Nemíním se šířit ani o praktických důsledcích, k nimž by uplatnění Burdových názorů vedlo. Na ty snad upozorní pracovníci praxe. Chtěl bych se omezit na dvě spíše teoretické otázky, jichž se Burda v obou pojednáních dotýká. Je to jednak politický význam nauky o totožnosti skutku, jednak význam „cíle“ jednání pro vymezení totožnosti skutku.

Nauka o totožnosti skutku je významná pro poměr mezi obžalobou a rozsudkem ve smyslu zásady obžalovací; soud nesmí ve směru skutkovém obžalobu překročit a musí ji vyčerpat. To má význam jednak pro obranu obžalovaného, jednak pro účinné uplatňování obžaloby. Totožnost skutku je rozhodná dále pro určení dosahu právní moci rozhodnutí (rozsudku), aby odsouzený nebyl vystavován nebezpečí nového stíhání pro skutek, o němž již bylo rozhodnuto. Požadavek naprosté totožnosti skutku by ohrožoval v poměru rozsudku k obžalobě účinné stíhání a vedl by k značným průtahům. Takový požadavek by ani nechránil dostatečně odsouzeného proti novému stíhání za skutek nepodstatně odchylný od toho, o němž již bylo pravomocně rozhodnuto. Přípustnost podstatných odchylek mezi skutkem zažalovaným a odsouzeným by naopak znesnadňovala obhajobu obžalovaného, v souvislosti s právní mocí rozsudku by však naopak ohrožovala zájmy účinného stíhání činů nebezpečných pro společnost. Určit správně míru, kdy přes menší rozdíly mezi oběma „skutky“ je přece jen totožnost skutku ještě zachována znamená stanovit tuto míru tak, aby co nejlépe hověla všem těmto zájmům, tj., stručně řečeno, jak zájmu na obhajobě, tak i zájmu na stíhání. Tato politická úvaha musí být základem řešení otázky, nikoli analýza pojmu jednání. Tedy úvaha o tom, jaké rozdíly mezi původní podobou skutku (jak byl zažalován nebo odsouzen) a podobou skutku, o němž se rozhoduje, nebo která se objevila po pravomocném rozhodnutí, jsou slučitelné s účinnou obhajobou a zároveň potřebné v zájmu účinné ochrany společnosti.“

Dále V. Solnař rozebírá i problematiku cíle, který tak A. Burda zdůrazňuje, a vysvětluje Burdův omyl při zdůrazňování cíle.

Na straně 704 téhož časopisu vysvětluje nežádoucí důsledky Burdových závěrů významný právník

V. Přichystal, který na konkrétních příkladech ukazuje nevhodnost Burdových názorů pro praxi.<sup>8</sup>

Na tyto statě reagoval v témže časopise A. Růžek, který vyslovil názory publikované ve své další monografii.<sup>9</sup>

Zdálo by se, že po vydání druhé monografie A. Růžka<sup>10</sup> je problematika totožnosti skutku vyřešená. Elektronický internetový deník EPRAVO.CZ uveřejnil v roce 2003 přehlednou informativní stať autorky H. Slavíkové,<sup>11</sup> která svědčí o dobré znalosti problematiky totožnosti skutku.

Zná ale tyto problémy a jejich řešení i naše současná praxe? Běžně se totiž tvrdí, že k zachování totožnosti skutku je třeba alespoň částečně totožný následek a alespoň částečně totožné jednání. A. Růžek ale tvrdí, že stačí alespoň jedno, **bud'** – **nebo**.

Naštěstí dnes nikdo už netvrdí nic o totožnosti cílů a o kvalifikaci u nedbalostních deliktů při změně původní kvalifikace skutku.

Dalším důležitým problémem kvalifikace skutku jsou rozdíly mezi pokračováním a opakováním trestného činu. Již v učebnici *Trestní právo hmotné* z roku 1947<sup>12</sup> upozorňuje V. Solnař na to, že od pokračování je třeba odlišit souběh a opakování, což není vždy jednoduché. Také je třeba rozlišit tyto delikty od trvajících deliktů. Také ve svém Systému věnuje V. Solnař pokračování značnou pozornost.<sup>13</sup> Podobně upozorňují na problematiku pokračování i další učebnice trestního práva.

I když se v trestním zákoně (TZ) objevila již v roce 1993 definice pokračování, došlo v nynějším trestním zákoníku ještě k dalšímu upřesnění, což je třeba kladně hodnotit. Ustanovení § 116 zák. č. 40/2009 Sb.: „Pokračováním v trestném činu se rozumí takové jednání, jehož jednotlivé dílčí útoky vedené jednotným záměrem naplňují, byť i v souhrnu, skutkovou podstatu stejného trestného činu, jsou spojeny stejným nebo podobným způsobem provedení a blízkou souvislostí časovou a souvislostí v předmětu útoku.“

Důvodová zpráva k tomuto zákonu upozorňuje na zajímavou judikaturu Nejvyššího soudu České republiky: NS ČR-R47/1967, NS ČR-R3/1972, NS ČR-R29/1977, NS ČR R-17/1982. K otázce jednoty skutku a pokračujícího trestného činu viz NS ČR R-17/1983.

<sup>8</sup> PŘICHYSTAL, V. Omyly kolem skutku a jeho totožnosti. *Právnick*, 1961, s. 704 a násl.

<sup>9</sup> RŮŽEK, A. Několik poznámek do diskuse o otázce skutku a totožnosti skutku. *Právnick*, 1961, s. 919–925.

<sup>10</sup> RŮŽEK, A. *Obžalovací zásada v československém socialistickém trestním řízení*. 1. vyd. Praha: Nakladatelství Československé akademie věd, 1964, 218 s.

<sup>11</sup> SLAVÍKOVÁ, H. *Literatura k identitě a totožnosti skutku (Aplikace zásady ne bis in idem)*. Dostupné z <http://www.epravo.cz/top/clanky/literatura-k-identite-a-totoznosti-skutku-aplikace-zasady-ne-bis-in-idem-21756.html>.

<sup>12</sup> SOLNAŘ, V. *Trestní právo hmotné – obecná část*. Praha: Knihovna sborníku věd právních a státních, 1947, s. 117.

<sup>13</sup> SOLNAŘ, V. a kol. *Systém českého trestního práva*. Praha: Novatrix, 2009.

<sup>7</sup> SOLNAŘ, V. K otázce totožnosti skutku. *Právnick*, 1961, s. 703 a násl.

J. Fenyk a kol. uvádějí ve své práci na straně 463: „Zákonodárce zpřesňuje definici pokračování tak, že do původní definice (§ 89 odst. 3 předchozího kodexu) včleňuje slovní spojení „byť i v souhrnu“, čímž zdůrazňuje to, že i dílčí útok, v němž pachatel způsobil nižší škodu, než je škoda nikoliv nepatrná, bude trestným činem, pokud na něj budou navazovat jako pokračující další útoky a celková škoda dosáhne hranice škody vyšší než nepatrné.“<sup>14</sup>

V praxi se ale objevují názory, že by mohlo být užitečné, kdyby v zákoně byla i **definice trvajících deliktů a deliktů hromadných**.

Dalším důležitým problémem kvalifikace skutku jsou procesní ustanovení. Je to ustanovení § 12 odst. 12 trestního řádu (tr. ř.).<sup>15</sup> Jde o důležitou změnu proti původní úpravě, kdy bylo možné u pokračujících deliktů obnovit řízení, pokud se objevil nový útok. Současné znění § 12 odst. 12 tr. ř. je daleko rozumnější řešení. Ale přece jen, podíváme-li se na to, jak se dnes upravuje postup v případech, kdy se u hlavního líčení objeví nové útoky při pokračujícím deliktu, vidíme, že situace není jednoduchá. Obtížné je rozhodování soudů podle ustanovení § 45 TZ,<sup>16</sup> které je sice velmi rozumné a návodné, ale klade na soudy značné požadavky. Zejména v případech komplikovaných hospodářských kauz, které jsou mnohdy velmi časově náročné.

Podobně upozorňují na problematiku pokračování i další učebnice trestního práva.<sup>17</sup> Procesní problematiku rozebírá již 1. vydání komentáře P. Šámala a kol. i jeho další vydání.<sup>18</sup> Nejnověji jsou tyto otázky hodnoceny ve druhém díle Komentáře k trestnímu řádu A. Draštík a kol., kde je i nejnovější judikatura.<sup>19</sup>

Všechny tyto publikace upozorňují na rozdíly pokračování, souběhu a trvajících deliktů.

Tady se ukazuje, že ti, kteří prosazovali, aby byly zároveň rekonstruovány obě normy – trestní zákoník i trestní řád, měli zřejmě pravdu. Při té příležitosti by si jistě legislativa všimla, že jsme právní úpravou **opakování x pokračování** příliš pod vlivem historického řešení. Ve většině zemí Evropy existuje dnes jen opakování, nikoliv pokračování. Domníváme se, že budeme muset zvážit současnou právní úpravu opakování a pokračování v trestním právu hmotném.

Rozhodli jsme se podívat na současné řešení v Rakousku a v Německu. O německé právní úpravě se mluví jako o vzoru naší trestněprávní legislativy, a to zejména z hlediska trestního práva hmotného.

Německé učebnice zmiňují skutečnost, že některé trestní zákony menších německých států v 19. století znaly výslovnou úpravu postihu jednání, jež odpovídá modernímu pojetí pokračování. Po sjednocení Německa však trestní zákoník z roku 1871 takovou úpravu nepřevzal.<sup>20</sup> Pojem pokračování v trestném činu (Die Fortsetzungstat, fortgesetztes Delikt, fortgesetzte Handlung atp.) byl však celých sto let používán v rozhodovací praxi a přijímán i většinou nauky. Teprve rozhodnutí Spolkového soudního dvora z roku 1994 přineslo obrat a poté byla konstrukce pokračování opuštěna.

Starší německá nauka zdůrazňovala odlišnost případů pouhé souvislosti útoků v pokračování (Fortsetzungszusammenhang) a „přirozené jednoty skutku“, který může být rovněž složen z dílčích aktů (natürliche Handlungseinheit). Jako typické příklady pokračování se ve starší nauce uvádělo: „*sluha, který svému pánovi pravidelně krade doutníky, služebná, která si pokaždé ponechá některý kus prádla, podvodník, který obchází dům od domu a vybírá peníze se lživým tvrzením, že se tak děje na Červený kříž.*“<sup>21</sup>

V judikatuře bylo vždy odkazováno na rozsudek uveřejněný ve svazku 70 rozhodnutí Říšského soudu v trestních věcech.<sup>22</sup> V tomto rozhodnutí Říšský soud připustil ukládání celkového „úhrnného“ trestu (Gesamtstrafe) za pokračování – výslovně stanovil, že není třeba podle tehdy platného § 74 StGB ukládat za každý z dílčích útoků samostatný trest a posléze na jejich základě uložit trest úhrnný, nýbrž lze rovnou ukládat tento trest za celé pokračování.<sup>23</sup>

Znaky pokračování byly německou judikaturou a naukou vymezeny obdobně jako u nás, a to na základě kombinace objektivních a subjektivních prvků. Východiskem byl pojem „díličího aktu“ (Teilakt). Jednotlivé dílčí akty mají porušovat stejný chráněný zájem (Einheit des Erfolgsunrechts), i když nemusejí nutně naplňovat tutéž skutkovou podstatu (například se může jednat o různě závažné formy krádeže). Někdy se objevuje tvrzení, že každý dílčí útok má být **per se** trestným činem.<sup>24</sup> Z možnosti pokračování bývají vylučovány trestné činy, které napadají „vysoce osobní, nepřenosné hodnoty“ (höchstpersönlichen Lebensgüter), tzn., že nelze pokračovat například ve vraždách, znásilnění, ublížení na zdraví, zbláznění osobní svobody, urážce na cti atd.,

<sup>14</sup> FENYK, J. a kol. *Trestní zákoník a trestní řád: průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou*. Praha: Linde, 2010.

<sup>15</sup> Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád).

<sup>16</sup> Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

<sup>17</sup> Srov. např. JELÍNEK, J., NOVOTNÝ, O., DOLENSKÝ, A., VANDUCHOVÁ, M. *Trestní právo hmotné*. 4., přeprac. vyd. Praha: ASPI, 2003, s. 84 a násl. ISBN 80-8639573-1, dále i ŠÁMAL, P., NOVOTNÝ, O., GRIVNA, T., HERCZEG, J., VANDUCHOVÁ, M., VOKOUN, R. *Trestní právo hmotné*. 7., přeprac. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 106 a násl.

<sup>18</sup> ŠÁMAL, P., KRÁL, V., BAXA, J., PÚRY, F. *Trestní řád: komentář*. Praha: C. H. Beck. Komentované zákony, 1995.

<sup>19</sup> DRAŠTÍK, A., FENYK, J. a kol. *Trestní řád: komentář*. Praha: Wolters Kluwer. Komentáře (Wolters Kluwer ČR), 2017.

<sup>20</sup> ROXIN, C. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck, 2003, s. 873.

<sup>21</sup> SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1970, s. 582.

<sup>22</sup> Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, RGSt, sv. 70, s. 243, 244.

<sup>23</sup> Op. cit. SCHMIDHÄUSER, E., s. 582.

<sup>24</sup> Op. cit. SCHMIDHÄUSER, E., s. 583.

pokud jsou předmětem útoku různé osoby.<sup>25</sup> Vyžadoval se dále obdobný způsob provedení (gleichartiger Tathergang, gleichartige Begehungsweise), časová a místní souvislost a konečně **Gesamtvorsatz** – tedy zhruba náš „jednotný záměr“. Ten měl zahrnovat představu pachatele o vzájemné souvislosti dílčích aktů. Například si pachatel představuje, že během příštích týdnů provede několik vloupání nebo odcizí několik jízdních kol. Německá nauka zdůrazňovala zaměření úmyslu pachatele na spáchání pokud možno **co nejvyššího** počtu trestných činů určitého druhu (möglichst viele), například podvodů.<sup>26</sup>

Pojetí pokračování v trestném činu bylo naukou kritizováno – zejména z procesních hledisek, kdy hrozilo, že soud uzná pachatele vinným i nedostatečně prokazanými útoky a trest bude ukládán na základě pouhého podezření (Verdachtsstrafe). Další kritika poukazovala na to, že pokračování nemá žádnou oporu v německém trestním zákoníku. Jiným kritikům vadila skutečnost, že pachatelé pokračování jsou privilegováni oproti pachatelům většího počtu deliktů ve vícečinném souběhu, neboť na ukládání trestu za pokračování se nevztahují pravidla o zostření trestu při větším počtu trestných činů.<sup>27</sup> Podobně nebylo možné pachateli pokračování uložit tzv. Sicherungsverwahrung, jako některým recidivistům. Dále se i v SRN uplatňoval princip **ne bis in idem**, pokud část pokračování vyšla najevo teprve dodatečně.<sup>28</sup> Kritizován byl i sám pojem „jednotného záměru“, neboť prý se v případech pokračování většinou jedná o sérii samostatných dílčích rozhodnutí, kterými pachatelé toliko reagují na obdobnou situaci.

S ohledem na výše uvedené výhrady vydal Velký trestní senát Spolkového soudního dvora (Großer Strafsenat in Strafsachen) dne 3. 5. 1994 stanovisko, v němž konstrukci pokračování nadále nedoporučil používat.<sup>29</sup> Nadále se mají uplatnit pravidla pro postih vícečinného souběhu.<sup>30</sup> Jak uvádí Roxin,<sup>31</sup> bylo od té doby pokračování praxí zcela opuštěno. Od pokračování je třeba odlišovat případy, kdy sama skutková podstata předpokládá jednání, jež se většinou skládá z dílčích aktů – například případy týrání svěřené osoby.

Zdá se tedy, že konečné vyřešení problematiky v Německu odpovídá i naší situaci, protože jde zřejmě o stejné námitky, které se uvádějí vůči pokračování u nás.

Jaká je situace v Rakousku? Jde o zemi, jejíž právní úprava ještě v roce 1947, kdy vydal svoji učebnici V. Solnař, platila fakticky bez větších změn i u nás.

Pokračující trestný čin (**das fortgesetzte Verbrechen, fortgesetztes Delikt**) je v Rakousku teoretickou kategorií známou nauce a rozhodovací praxi. Rakouské chápání tohoto trestněprávního pojmu je v některých detailech odlišné od německého a má blíže k pojetí českému za účinnosti trestního zákona z roku 1961, respektive v době před velkou novelou trestního řádu z roku 2001.<sup>32</sup>

Základní rozdíl mezi rakouským a německým pojetím pokračování je dán historicky a vyplývá z odlišností při ukládání trestů za tzv. stejnorodý vícečinný souběh, respektive za trestný čin spáchaný opakovaně (delictum iteratum). Před unifikací německého trestního práva zákoníkem z roku 1871 se v partikulárním právu jednotlivých německých států běžně uplatňoval princip **kumulace** trestů za jednotlivé delikty spáchané v poměru reálné konkurence („Quod delicta tot poenae“, „Strafhäufung“). V § 53 až 54 německý trestní zákoník posléze přešel k trestání vícečinného souběhu (Tatmehrheit) spíše podle zásady **asperační** (asi ve smyslu našeho nynějšího ustanovení § 43 odst. 1 TZ věta za středníkem, které umožňuje přísnější postih za „vícečinný souběh většího počtu trestných činů“). Soud však musí nejprve vyměřit trest za každý sbíhající se trestný čin zvlášť a teprve na základě těchto dílčích trestů se ukládá úhrnný trest – **Gesamtstrafe**, který musí být přísnější než trest uložený za nejzávažnější ze všech sbíhajících se deliktů.<sup>33</sup> Prostřednictvím konstrukce pokračování jako zdánlivého souběhu a tedy jediného trestného činu se německá rozhodovací praxe snažila omezit příliš tvrdé důsledky asperační zásady v případech trestání za sérii drobných útoků proti majetku. Zároveň měla být v těchto případech soudci ulehčena práce tím, že odpadla povinnost vyměřovat zvláštní tresty za každý jednotlivý dílčí útok.

Popsané problémy se v Rakousku neprojevovaly, neboť zde se od počátku moderního vývoje uplatňoval princip absorpční („Poena maior absorbet minorem“), kdy opakování téhož zločinu nebo spáchání různých zločinů je toliko obecnou přitěžující okolností a trest se ukládá za delikt nejpřísněji trestný.<sup>34</sup>

Pokud jde o fenomén tzv. zdánlivé konkurence, **Theresiana** v čl. 14 § 2 stanoví, že pachatel, který „v některém přečinění, kupř. v cizoložství, častěji hřeší“, má být (zpravidla) potrestán za jediný trestný čin („pro uno facto habendum est“). Obrat „**pokračování v trestném jednání delší dobu**“ („die Fortsetzung der strafbaren Handlung durch längere Zeit“) užívalo německé znění rakouského trestního zákona z roku 1852 výslovně v rámci přitěžujících okolností u přestupků a přečinů [§ 263 písm. a)]; český text hovoří o tom, že „pachatel pokračuje v trestném činu delší dobu“.

Zásadní otázku právní kvalifikace dle **výše škody způsobené pokračováním** řešil trestní zákon z roku 1852

<sup>25</sup> JESCHECK, H., WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*. 5., vollst. Neubearb. und erw. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, s. 716. Op. cit. SCHMIDHÄUSER, E., s. 583.

<sup>26</sup> Op. cit. JESCHECK, H., WEIGEND, T., s. 717.

<sup>27</sup> Srov. naše ustanovení § 43 TZ.

<sup>28</sup> Op. cit. ROXIN, C., s. 873.

<sup>29</sup> BGHSt. Sv. 40, s. 138–168.

<sup>30</sup> Tatmehrheit, srov. Op. cit. JESCHECK, H., WEIGEND, T., s. 715.

<sup>31</sup> Op. cit. ROXIN, C., s. 874–875.

<sup>32</sup> Zákon č. 265/2001 Sb.

<sup>33</sup> Viz § 54 odst. 4 StGB – Bildung der Gesamtstrafe.

<sup>34</sup> § 44 rak. tr. zák. z roku 1852, srov. již článek 14 § 3 Constitutio Criminalis Theresiana.

výslovně u krádeže (§ 173), a to zcela v nynějším duchu: „*Podle částky stává se krádež zločinem, činí-li tato částka nebo cena toho, co bylo ukradeno, více než šest set korun. Při tom nečiní rozdílu, zda tato částka nebo cena pochází z jednoho nebo několika, současných nebo opakovaných útoků, zda byla odňata jednomu nebo několika majitelům, zda krádež vykonána na jedné věci nebo na věcech rozličných.*“

Na tomto pozitivně právním základě vybuodovala pak rakouská trestněprávní nauka a rozhodovací praxe pojem pokračování, který posléze přešel i do trestního práva československého a dnes jej odráží § 116 TZ.<sup>35</sup> V nyní platném rakouském trestním zákoně (1974) dopadá na případy pokračování i vícečinného souběhu § 28 odst. 1, který odpovídá zhruba ustanovením našeho trestního zákona z roku 1961 o úhrnném trestu (Zusammentreffen strafbarer Handlungen):

„*Hat jemand durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere strafbare Handlungen derselben oder verschiedener Art begangen und wird über diese strafbaren Handlungen gleichzeitig erkannt, so ist, wenn die zusammentreffenden Gesetze nur Freiheitsstrafen oder nur Geldstrafen vorsehen, auf eine einzige Freiheitsstrafe oder Geldstrafe zu erkennen. Diese Strafe ist nach dem Gesetz zu bestimmen, das die höchste Strafe androht. Von der außerordentlichen Strafmilderung abgesehen, darf jedoch keine geringere Strafe als die höchste der in den zusammentreffenden Gesetzen vorgesehenen Mindeststrafen verhängt werden.*“

Není tedy rozlišováno mezi vícečinným souběhem a pokračováním. Podobně i v následujícím ustanovení, jež se týká souhrnu způsobené škody, kde se počítá škoda způsobená dílčími útoky (§ 29 – Zusammenrechnung der Werte und Schadensbeträge).

„*Hängt die Höhe der Strafandrohung von dem ziffernmäßig bestimmten Wert einer Sache, gegen die sich die Handlung richtet, oder von der ziffernmäßig bestimmten Höhe des Schadens ab, den sie verursacht oder auf den sich der Vorsatz des Täters erstreckt, so ist, wenn der Täter mehrere Taten derselben Art begangen hat, die Summe der Werte oder Schadensbeträge maßgebend.*“

Z důvodů výše naznačených je v rakouských učebnicích a příručkách věnován fenoménu pokračování jen nevelký prostor ve srovnání s Německem. Materie bývá řešena dosti zkrátka v rámci výkladu o tzv. zdánlivé konkurenci trestných činů, tedy zejména v souvislosti s trestnými činy trvajících (Dauerdelikte, das fortdauernde Verbrechen), případy soustavného páchaní trestné činnosti „po živnostensku“ (tzv. Kollektivdelikt, jako je například kuplířství, potulka atp.) a otázkou trestných činů obsahujících z povahy věci množství dílčích faktických

jednání (pachatel vloupání se zmocní řady různých věcí, které v objektu nalezl).<sup>36</sup>

Výklad rakouských autorů klade vždy důraz na pokračování jako jediný trestný čin (einheitliche Straftat). Kritéria jsou formulována obdobně jako u nás s tím, že se v teorii tradičně dělí na objektivní a subjektivní. K objektivním kritériím patří obdobný způsob provedení (Gleichartigkeit der Begehungsweise, Ähnlichkeit des Tathergangs), „porušení téhož právního statku“ (Verletzung desselben Rechtsguts) a místní a časová blízkost (zeitliche und räumliche Nähe). Naplnění všech objektivních kritérií není nezbytné – zejména je (podobně jako u nás) zpochybňována nutnost místní a časové souvislosti. Oproti českému pojetí však rakouská nauka požaduje, aby každý dílčí útok naplňoval základní skutkovou podstatu příslušného trestného činu – nepatří tedy zásada naplnění skutkové podstaty „byť i v souhrnu“. Tento rozdíl je však relativizován již zmíněnými pravidly ohledně majetkových trestných činů, kde se rovněž vychází ze součtu škody způsobené všemi dílčími útoky. Pokračování je dle rakouské nauky i praxe zachováno i tehdy, pokud pachatel střídavě naplňuje znaky těžce skutkové podstaty v základní, kvalifikované či privilegované formě. Rovněž je možné pokračování mezi dílčími útoky dokonanými a ve stadiu pokusu. Oproti dřívější německé nauce v Rakousku není vyloučeno pokračování ani tehdy, pokud jsou některé útoky spáchány konáním a jiné opomenutím.

Rakouské pojetí ovšem vylučuje pokračování, jehož dílčí útoky by nabývaly forem různých obohacovacích deliktů (krádež, zpronevěra, podvod), jak se někdy připouští v SRN s odkazem na „gleiche Schutzrichtung der Tatbestände“. V Německu je rovněž volnější požadavek subjektivní souvislosti. V Rakousku se pro pokračování vyžaduje v zásadě předem pojatý jednotný záměr (vornherein gefaßter, einheitlicher Willensentschluß), i když se připouští, že pachatel může svůj plán postupně měnit a rozšiřovat. Oproti tomu se německá nauka spokojila s tím, že se pokračování toliko navenek jeví jako uskutečňování jediného záměru, přestože se de facto jedná o sérii dílčích rozhodnutí.

V Rakousku se jako pokračování posuzují i případy, které v SRN bývají označovány jako „natürliche Handlungseinheit“ – například pokud otec opakovaně pohlavně zneužívá dceru, pokud úředník bere pravidelně „dárky“ od určité osoby nebo pokud daňový subjekt opakovaně nepřiznává určitý druh příjmu. Dále je třeba si uvědomit terminologické rozdíly, kdy například pojem „gleichartige Verbrechensmenge“ bývá v Rakousku používán ve významu vícečinného souběhu stejnorodého, zatímco v SRN ve významu našeho pokračování.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Srov. dříve § 89 odst. 3 TZ.

<sup>36</sup> Srov. STOOSS, C. *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*. s. 124–129. Wien und Leipzig: Verlag Franz Deuticke, 1910. RITTLER, T. *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*. Erster Band, Allgemeiner Teil. 2. Auflage, s. 345–348. Wien: Springer Verlag, 1954.

<sup>37</sup> Viz SCHMOLLER, K. *Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom „beweglichen System“*. Wien: Manz, 1988, s. 22.

Důležité je, že **po stránce procesní** situace v Rakousku odpovídá stavu u nás před 1. lednem 2002. Trestní řízení se vede o celém pokračujícím trestném činu jako jediném skutku. Odsouzení pro pokračující trestný čin představuje překážku věci rozsouzené vzhledem k dílčím útokům, které by vyšly najevo dodatečně. Soud ostatně nemusí v rozsudku popisovat všechny dílčí útoky; stačí např. uvést přibližné časové rozmezí a přibližný počet útoků. Rakouský soudce nepotřebuje znát ani přesnou škodu způsobenou jednotlivými útoky, protože není nucen ukládat za každý z nich tzv. Einzelstrafe, jako je tomu v Německu. Navíc se v trestním řízení uplatní princip oportunitý, kdy podle § 34 odst. 2 rakouského StPO státní zástupce nemusí stíhat všechny sériově spáchané trestné činy téhož pachatele, pokud se to nejeví jako účelné.

Podle novějšího komentáře došlo i v rakouské judikatuře v poslední době k pozvolnému opouštění kategorie (Rechtsfigur) pokračujícího trestného činu, a to zřejmě pod vlivem vývoje v Německu. Odmítnutí pojmu pokračujícího trestného činu je spatřováno v nálezu rakouského Nejvyššího soudu (OGH) z roku 2007.<sup>38</sup> V teorii se na místo pojmu „fortgesetztes Delikt“ prosazuje širší pojem „tatbestandliche Handlungseinheit“, kam se ovšem zahrnují i další rozličné případy zdánlivého souběhu. Kromě případů, kdy je trestný čin uskutečňován v několika postupných fázích, sem spadá i případ opakovaného naplnění téže skutkové podstaty v rychlé časové návaznosti.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Verst. Senat SSt 2007/27- EvBl 2007/114.

<sup>39</sup> FABRIZY, E. *Strafgesetzbuch: StGB: samt ausgewählten Nebengesetzen: Kurzkommentar*. 10. vyd. Wien: Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 2010.

Zdá se tedy, že složitá právní úprava pokračování je dnes v rámci kontinentálního práva svým způsobem překonána, a to jak v rámci hmotného práva trestního, tak i v procesních důsledcích. Úprava stíhání pokračování prošla postupnými změnami. Od novely trestního řádu, zákon č. 265/2001 Sb., jde o podstatné zlepšení s důsledky pro zahájení trestního stíhání. Je třeba vždy po zjištění nového útoku při pokračování zahájit trestní stíhání a tam, kde se naopak zjistí, že tento dílčí skutek nelze dokázat, řízení ohledně tohoto dílčího útoku zastavit. Podobná situace nastává také při předběžném projednání obžaloby. Složitější situace však nastává v hlavním líčení, jestliže tento dílčí skutek v pokračování nelze prokázat, dochází ke zproštění. Objeví-li se však v hlavním líčení nový útok pokračujícího deliktu, jde procesně o nový skutek. Pak je třeba postupovat podle § 221 odst. 2 tr. ř.: „*Soud vrátí věc státnímu zástupci k došetření také tehdy, ukazují-li výsledky hlavního líčení, že se obžalovaný dopustil ještě dalšího skutku, který je trestným činem, a státní zástupce o vrácení věci požádá vzhledem k potřebě společného projednání.*“

Domníváme se proto, že by se mělo uvažovat o zjednodušení. Není však možné upravit zjednodušeně jen procesní právo bez změny hmotného práva trestního.

Protože jde o důležitou problematiku, která má nejen teoretický, ale zejména praktický dosah, domníváme se, že by bylo vhodné, aby se o ní diskutovalo. A to nejen na bázi teorie, ale především i spolu s praktiky.