

## Od materiálního pojetí k formálnímu pojetí trestného činu

Vladimír Kratochvíl\*

### ÚVODEM

Parlament České republiky, jak známo, projednává v současné době vládní návrh zákona – trestního zákoníku – (*Sněmovní tisk č. 744, 2. čtení – obecná rozprava, dále jen „osnova“*). Zdůrazňovat na stránkách *„Časopisu pro právní vědu a praxi“*, že jde o legislativní osnovu zcela zásadního významu, by bylo nošením dříví do lesa. Na druhé straně, právě s ohledem na váhu a složitost problematiky, kterou osnova nabízí, je dobré a potřebné přece jenom přiblížit některé její klíčové body. Důležité to může být nejen pro ty čtenáře, kteří jsou zaměřeni na trestněprávní problematiku.

Jedním z takových klíčových bodů je, jak se pravi už ve stanovisku Legislativní rady vlády z 25. 3. 2004, opuštění *materiálního* pojetí trestného činu ve prospěch *formálního* pojetí se zachováním materiálních východisek při určení toho, co má být trestným činem a při vymezení typové závažnosti jednotlivých trestných činů. Již tato formulace sama o sobě vyžaduje jistý „překlad“ do jazyka, jemuž by porozuměli nejen právníci, kteří se pohybují v trestněprávní oblasti, nýbrž i ostatní, trestním právem neoslovení, potažmo

snad i osoby ex professo nezabývající se právem vůbec. Malým pokusem o toto je následující text.

### POJETÍ TRESTNÉHO ČINU DE LEGE LATA

Doposud platné materiální pojetí trestného činu, lépe řečeno pojetí materiálně-formální, vyplývá z ustanovení § 3 odst. 1, 2 a 4<sup>1</sup> zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „tr. zák.“). Toto pojetí ve své podstatě znamená, že orgán činný v trestním řízení (dále jen „OTŘ“), např. státní zástupce, který se opírá o citované ustanovení při řešení konkrétního trestního případu, musí brát v úvahu nejen ono „formální“, tedy samotné naplnění znaků příslušné skutkové podstaty trestného činu, kterou chce aplikovat, nýbrž i „materiální“ obsah této skutkové podstaty, tedy míru společenské nebezpečnosti (její charakter a stupeň), s jakou byly zmíněné znaky konkrétně dány v jednání pachatele posuzovaného činu.

V praxi se ovšem vyskytuje též jakési volné chá-

\* Doc. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc., Katedra trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno, autor je bývalý člen Rekodifikační komise MS ČR, na jejíž půdě osnova vznikala.

<sup>1</sup> § 3 – Trestný čin:

- (1) Trestným činem je pro společnost nebezpečný čin, jehož znaky jsou uvedeny v tomto zákoně.
- (2) Čin, jehož stupeň nebezpečnosti pro společnost je nepatrný, není trestným činem, i když jinak vykazuje znaky trestného činu.
- (4) Stupeň nebezpečnosti činu pro společnost je určován zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou.

pání vztahu „formálního“ a „materiálního“. To spočívá v tom, že OTR bere v potaz při hledání odpovědi na otázku stran viny pachatele z hlediska materiální stránky tzv. „všechny okolnosti případu“ (viz dále). Pokud by došel k závěru, že konkrétní stupeň a charakter společenské nebezpečnosti spáchaného činu je pouze „nepatrný“ (což platí pro dospělé, pro mladistvé pachatele je rozhodující stupeň „malý“)<sup>2</sup>, i když tento čin jinak vykazuje všechny znaky skutkové podstaty trestného činu, nejde podle trestního zákona o trestný čin, resp. provinění. V takovém případě odpadá důvod pro trestní stíhání osoby, která je z něj podezřelá a její věc se odkládá,<sup>3</sup> popř. stíhání proti ní již zahájené se zastaví.<sup>4</sup> Uplatní se tu, jaksi „naruby“, trestně procesní zásada *legality*, podle níž je státní zástupce povinen stíhat všechny trestné činy, o nichž se dozví ...<sup>5</sup> „Dověděl-li“ se takto, že o trestný čin podle hmotného práva naopak nejde, tedy pro jeho nedostatečnou materiální stránku, stíhání se v té návaznosti nekoná.

Stručně popsáním postupem tak reaguje OTR na konkrétní, zejména hraniční případy, kdy jsou jednáním pachatele sice naplněny formální znaky příslušné skutkové podstaty, nicméně chybí její zákonem požadovaný minimální stupeň; např. hoch den po svých patnáctých narozeninách měl pohlavní styk se svojí dívkou v den, před jejími patnáctými narozeninami. Po formální stránce jde o trestný čin pohlavního zneužívání podle § 242 odst. 1 tr. zák. Ovšem po stránce materiální, tedy z toho hlediska, jak byly konkrétně naplněny posuzovaným jednáním znaky „kdo“ (hoch měl pohlavní styk den po svých patnáctinách), „vykoná soulož“ s „osobou mladší než patnáct let“ (dívka měla pohlavní styk den před svými patnáctinami), by bylo namísto uzavřít, že jde o čin „malého stupně společenské nebezpečnosti“ (viz odkaz č. 2, § 6 odst. 2 zák. č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, dále jen „ZSVM“). V takovém případě o provinění mladistvého nepůjde a jeho věc by se odložila, popř., trestní stíhání již proti němu zahájené by se zastavilo (viz výše).

### POJETÍ TRESTNÉHO ČINU DE LEGE FERENDA

V návrhu trestního zákoníku předpokládané **formální** pojetí trestného činu plyne z ustanovení § 13 odst. 1, v němž se uvádí:

*Trestným činem je protiprávní čin, který zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně.*

Ve své podstatě by toto pojetí naopak v budoucnu znamenalo, že OTR, např. již zmíněný státní zástupce, který vychází z citovaného ustanovení, řeší-li konkrétní trestní případ, musí a může brát v úvahu jenom ono „formální“, tedy samotné naplnění znaků příslušné skutkové podstaty trestného činu, kterou chce aplikovat. V žádném případě by nemohl z hlediska hmotného práva hodnotit i „materiální“ obsah této skutkové podstaty, tedy míru společenské nebezpečnosti, s jakou byly zmíněné znaky konkrétně naplněny jednáním pachatele, resp. jak v tomto směru působily „všechny okolnosti případu“. Pokud by přesto došel k závěru, že konkrétní stupeň a charakter společenské nebezpečnosti spáchaného činu je takový, že postih nebude z tohoto důvodu namístě (v případech tzv. bagatelních deliktů), půjde podle *trestního zákona* stále o trestný čin, který ale nebude státní zástupce ve smyslu *trestního řádu* stíhat. V takovém případě se totiž uplatní procesní zásada *oportunitity* (zjednodušeně vyjádřeno: zásada přizpůsobení; od trestního stíhání se upouští, není-li to ve veřejném zájmu nebo je-li neúčelné). Z ní vyplývá, že příslušný OTR již zahájené trestní stíhání může zpravidla pro nedostatek veřejného zájmu na něm zastavit, nebo věc vůbec odložit, před zahájením tohoto stíhání.

### POZITIVA A NEGATIVA PLATNÉHO I BUDOUCÍHO ŘEŠENÍ

Na rozdíl od platné právní úpravy, vycházející z *materiálního* (materiálně-formálního) pojetí trestného činu, doplněného v trestním řízení zásadou *legality*, se nově navrhané řešení, tedy *formální* pojetí trestného činu, musí opírat o procesní zásadu *oportunitity*.

Zmíněné tvrdosti v praxi, viz příklad mladistvého jako pachatele trestného činu pohlavního zneužívání, se řeší dnes v rámci trestního zákona. Z toho hlediska se konstatuje, že pro nedostatek materiální stránky nejde o trestný čin. Procesně se vyjádří tato skutečnost odložením věci nebo zastavením trestního stíhání.

Naproti tomu tytéž situace formální pojetí trestného činu v prostředí hmotného práva schopno řešit není. Proto si musí brát na pomoc, jaksi „z gruntu“ fungující zmíněnou procesní oportunitu. Jinými slovy řečeno, problém hmotného práva, tedy otázka, zda byl, nebo nebyl spáchan trestný čin, zda tu je trestní odpovědnost, nebo neodpovědnost konkrétní osoby ve zmíněných případech, se přesouvá zcela do trestního práva procesního (do trestního řádu), ačkoliv systé-

<sup>2</sup> Srov. § 6 odst. 2 zákona č. 218/2003 Sb. o soudnictví ve věcech mládeže.

(2) Čin, jehož znaky jsou uvedeny v trestním zákoně, není proviněním, jestliže je spáchan mladistvým a stupeň jeho nebezpečnosti pro společnost je malý.

<sup>3</sup> Srov. § 159a odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „tr. ř.“.

<sup>4</sup> Srov. § 172 odst. 1 písm. b) tr. ř.

<sup>5</sup> Srov. § 2 odst. 3 tr. ř.

mově paří jinam, tedy do trestního práva hmotného (do trestního zákona).

Takové řešení, kromě jeho systémového nedostatku, je poněkud nelogické, méně jasné a tudíž i ne zcela přesvědčivé pro adresáty trestněprávních norem, i když jeho zastánci odkazují na právní stav a praxi v jiných západoevropských zemích. Jaksi „úporně“ se zde trvá na existenci trestného činu v konkrétním případě i tam, kde to materiálně není přiléhavé pro jeho bagatelní význam, přičemž nutná reakce na tento stav je svěřena zcela a výlučně jen trestnímu procesu, taková věc se tedy odkládá, nebo se trestní stíhání již zahájené zastavuje, jak již řečeno.

Bylo by ovšem nesprávné upírat formálnímu pojetí trestného činu i některé nepochybně kladné stránky. Toto pojetí vede totiž ke snaze formulovat cestou skutkových podstat (typů) trestných činů podmínky trestní odpovědnosti co nejpřesněji. To je velice žádoucí z hlediska právní jistoty a předvídatelnosti právní úpravy, resp. trestnosti činů. Na druhé straně tu vzniká riziko příliš obsáhlých, protože kasuistických skutkových podstat. Hrozí tu ještě jeden paradoxní jev: jakási „neprůstřelnost“ kasuistických skutkových podstat, eliminujících mezery v trestním zákoně, je jen zdánlivá. Právě naopak, detailní skutková podstata může někdy přímo vybízet k hledání právě oněch mezer, jimiž by pachatel mohl uniknout z dosahu trestního zákona.

Naopak materiální pojetí mohlo a mnohdy svádělo zákonodárce k tomu, že předpoklady odpovědnosti vymezil spíše obecněji, přičemž spoléhal na materiální korektiv formální trestnosti činu vyjádřené znaky skutkových podstat. Docházelo-li v praxi OTŘ a jako že i dnes dochází k určitému nadužívání materiální stránky na úkor formálních znaků skutkové podstaty, byl a je to jev nežádoucí, kterému by mělo být novou kodifikací trestního práva hmotného bráněno. Cesta ovšem, zdá se, nemusí spočívat jen ve formálním pojetí trestného činu.

## MOŽNÁ VÝCHODISKA

Jedná se o to, že i v případě přijetí formálního pojetí, resp. jeho promítnutí do osnovy projednávané Parlamentem ČR, se naznačeným rizikům pro právní jistotu a předvídatelnost právní úpravy, pramenícím z materiálního pojetí, tak jako tak nevyhne. I formální pojetí trestného činu musí reagovat na zmíněné tvrdomy, i ono se nevyhne posuzování materiální stránky spáchaného deliktu, akorát že úvahy na toto téma, jimiž se zabývá např. vzpomínaný státní zástupce, přesouvá z „hájemství“ trestního práva hmotného do oblasti trestního práva procesního.

Bez jakýchkoliv „staromilských“ reminiscencí

a bez snahy lpět tvrdošijně na dosavadním řešení, tedy na materiálním pojetí trestného činu, je proto zapotřebí zdůraznit, že ani čistě materiální, ale ani čistě formální pojetí s jejich pozitivy i negativy objektivně prostě nepomůže. Řešení by ovšem bylo možné hledat v pojetí trestného činu tzv. *kombinovaném*.

Pracovně je můžeme nazvat *formálně-materiálním* pojetím trestného činu<sup>6</sup>, tedy pojetím, o které by se OTŘ, stejně jako ve výše uvedených případech, opíral při řešení konkrétní věci, při hledání odpovědi na otázku viny konkrétní osoby určitým trestným činem.

Jeho podstata, stručně vyjádřeno, spočívá v tom, že kupř. uváděný státní zástupce bude posuzovat i nadále jak stránku formální (tj. naplnění znaků skutkové podstaty uvedené v zákoně), tak i stránku materiální (konkrétní závažnost, nebezpečnost činu), ovšem bude tak činit *vylučně v prostředí hmotného práva a pouze tak, že konkrétní materiální stránku bude poměřovat jen znaky skutkové podstaty*. Jinak řečeno, konkrétní stupeň materiální stránky významný pro vinu bude moci být odvozován pouze z (konkrétních) skutečností, které je možné subsumovat pod konkrétní znaky aplikované skutkové podstaty trestného činu. Tím se vyloučí „ze hry“ míra materiální stránky, hodnocená „podle všech okolností konkrétního případu“, ale zároveň se nevyloučí zcela, nýbrž se podrobí určité kontrole (limitaci) právě prostřednictvím znaků skutkové podstaty uvedené v zákoně. Použijeme-li výše uvedený příklad s dnešním § 242 odst. 1 tr. zák., materiálně významnou skutečností v rámci znaků zde popsané skutkové podstaty je nepochybně konkrétní věk jak pachatele („kdo“), tak osoby poškozené („osoba mladší než patnáct let“), jakož i konkrétní „způsob pohlavního zneužití“. Naproti tomu pro vinu pachatele uvedeným trestným činem nebude mít právní význam např. to, z jaké rodiny pochází, protože tu již nejde o právně významný znak pachatele z hlediska zákona, ale o skutečnost, která by mohla ovlivnit za jiných skutkových okolností, šlo-li by o zmíněný trestný čin, úvahy soudu o trestu.

Hodnocení konkrétní materiální stránky spáchaného trestného činu výše naznačeným způsobem není ničím cizím v praxi OTŘ. Pouze by se musely, při respektování formálně-materiálního pojetí oprostit od tendencí k příliš volnému posuzování této stránky, tedy jaksi nezávisle na znacích skutkové podstaty. V trestním zákoníku by bylo možno jak obecně tak i speciálně vymezit kritéria konkrétního stupně materiální stránky. V jeho obecné části něco na způsob nynějšího § 3 odst. 4 tr. zák., ale na podstatně vyšší úrovni, v části zvláštní pak formulací znaků skutkových podstat trestných činů, maximálně (nebo alespoň optimálně) určitě vystihujících typovou míru materiální stránky zde popsaných typů deliktů.

<sup>6</sup> KRATOCHVÍL, V. a kol.: Trestní právo hmotné. Obecná část. 3. vyd. Brno: MU v Brně, 2002, str. 36 n., 153 až 157. *Týž* Od formálního pojetí trestného činu k formálnímu pojetí trestného činu? In: KRAUSOVÁ, I. (red.): Ve službách práva. Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C. H. Beck v Praze. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, str. 239 n.

Bude-li akceptováno formální pojetí trestného činu ve spojení s procesní zásadou oportunity, je tu jisté nebezpečí spočívající v tom, že materiální korektiv formální trestnosti činu bude působit jaksi „nadvoko“. V hmotném trestním právu nebude totiž nijak podchyten, protože při úvahách OTR o možné vině bude tomuto korektivu „vstup zakázán“. V trestním právu procesním budou v podstatě materiálně právní podmínky oportunity vymezeny spíše obecněji; příslušné návrhy novely trestního řádu, doprovázející osnovu trestního zákoníku, jakož i návrh věcného záměru nového trestního řádu to dokumentují. Žádoucí určitost a předvídatelnost nové právní úpravy by se tak mohly oslabovat, ne-li vytrácet.

Nezanedbatelné je také hledisko závaznosti při postupu a hodnocení materiální stránky spáchaného trestného činu. Formálně–materiální pojetí by v tomto směru znamenalo, stejně jako dnes praktikované i volné materiální pojetí trestného činu, povinnost OTR konstatovat, že nejde o trestný čin, klesne-li jeho konkrétní materiální stránka pod práh stanovený zákonem (viz cit. § 3 odst. 2 tr. zák.); tuto skutečnost by pak musel OTR realizovat procesně. Pojetí formální, závislé na procesní oportunitě, ji však používá zpravidla jen fakultativně („...státní zástupce, soud může ...“).

V té souvislosti zazněla na semináři k osnově, uspořádaném 18. 1. 2005 na půdě ústavně právního výboru PS Parlamentu ČR, nepochybně zajímavá a dosti zásadní myšlenka<sup>7</sup>: „Podle mého názoru (píše citovaný autor) neznámá formální pojetí trestného činu formální aplikaci trestněprávních norem. I při formálním pojetí je nutná náležitá interpretace trestněprávních norem umožňující poznání jejich smyslu a správnou aplikaci. Ze zásady subsidiarity trestní represe plyne, že trestněprávní řešení představuje 'ultima ratio' pro zákonodárce, ale i pro soudce, státní zástupce a policii. Postulát 'ultima ratio' má nepochybně význam i pro interpretaci trestněprávních norem a plyne z něho, že trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protispolečenských jednání. Při tomto přístupu má hledisko nebezpečnosti či škodlivosti činu pro chráněné právní hodnoty povahu významného interpretačního principu umožňujícího vyložit zákonnou skutkovou podstatu a její jednotlivé znaky podle jejich smys-

lu a trestněprávní normu v souladu s jejím účelem. Nejde tedy o pouhý materiální korektiv, neboť korektiv pouze koriguje, pouze upřesňuje. De lege ferenda by bylo možné tento interpretační princip formulovat v novém trestním kodexu výslovně, a to jak v relaci k zákonným skutkovým podstatám, tak i v relaci k okolnostem vylučujícím protiprávnost.“

K preferovanému procesnímu řešení bagatelní kriminality (viz výše) citovaný autor poznamenává: „Domnívám se, že problém by měl být řešen již v hmotném právu, nikoliv až v právu procesním.“<sup>8</sup>

## ZÁVĚREM

Novým věcem je zapotřebí na svět spíše pomáhat, než je od samého počátku kritizovat, popř. zcela odmítat. Nicméně na druhé straně to nezabývá povinností upozornit na jejich určitá rizika, spojená s jejich zamýšlenou právní úpravou, zejména jde-li o instituty tak zásadní povahy, jakým pojetí trestného činu jakožto základu trestní odpovědnosti nepochybně je.

Na omezené ploše tohoto sdělení nebylo pochopitelně dost dobře možné podat vyčerpávající analýzu celého problému, včetně nezbytné komparace se zahraničními právními úpravami. V tomto směru lze proto zájemce odkázat na další odbornou literaturu.<sup>9</sup>

Jak patrně z uvedeného textu, osobně jsem k navrhovanému formálnímu pojetí trestného činu, nutně doplněnému procesním principem oportunity, spíše skeptický. I když novému pojetí trestného činu budeme říkat „formální“, ve skutečnosti bude opět kombinací formálního a materiálního. A to nejen z hlediska připravované úpravy (*de lege ferenda*, co je třeba kriminalizovat), což koneckonců nepopírá ani např. citované usnesení Legislativní rady vlády, nýbrž i z hlediska úpravy posléze přijaté a používané (*de lege lata*, co je kriminalizováno a co je třeba aplikovat). V obou případech je myšleno, jak již bylo opakovaně zdůrazněno, hledisko viny. Z pohledu trestů a jejich ukládání se i osnova opírá o kombinované pojetí, tj. nejen o (formálně) spáchaný trestný čin, ale i o jeho závažnost, jakož i o další kritéria.

<sup>7</sup> NOVOTNÝ, O.: Znovu k návrhu nového trestního kodexu. *Trestní právo*, č. 3/2005, str. 2.

<sup>8</sup> Tamtéž. Dále srov. KRATOCHVÍL, V.: Cesty individualizace trestní odpovědnosti, či konstatování trestní neodpovědnosti: hmotné právní nebo procesně právní problém? *Právní obzor*, č. 1/2005, str. 22 až 26.

<sup>9</sup> Viz např. NOVOTNÝ, O., DOLENSKÝ, A., JELÍNEK, J., VANDUCHOVÁ, M.: *Trestní právo hmotné – I. Obecná část*. 4. přeprac. vyd., Praha: Aspi Publishing, 2003; NOVOTNÝ, O. Na okraj rekodifikace trestního práva hmotného. *Trestní právo* č. 10/2004; SOLNÁŘ, V., FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D.: *Systém českého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Orac, 2003; MATHERN, V.: Aké budú nové trestnoprávne kodexy? (Úvahy nad návrhmi nového Trestného zákona a Trestného poriadku), 1. časť, *Justičná revue*, č. 11/2003; MATHERN, V. dtto 2. časť, *Justičná revue* č. 12/2003; ŠÁMAL, P., KARABEC, Z. Ke koncepcii rekodifikace trestního práva hmotného – 1. časť, *Justičná revue*, č. 4/2000; PIPEK, J. Formální pojetí trestného činu a princip oportunity. *Trestněprávní revue* č. 11/2004; KRATOCHVÍL, V. Trestný čin v československé a české trestněprávní vědě a trestním zákonodárství. Brno: MU v Brně, 1995; KRATOCHVÍL, V. Rekodifikace trestního práva hmotného v České a Slovenské republice. *Justičná revue* č. 8–9/2004 a tam uvedená další literatura.