

POZNÁMKY K OBECNÉ ČÁSTI ZÁKONÍKU MARIE TEREZIE CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA

Karel Malý

Vydáním trestního zákoníku Marie Terezie byl naplněn úmysl panovnice ukončit stav, kdy v jednotlivých zemích monarchie platily různé trestněprávní předpisy, kdy se za stejné trestné činy ukládaly různé tresty, kdy soudci byli často v rozpacích jaké vlastně tresty uložit.¹

Tato snaha po sjednocení trestní politiky a odstranění její roztržičnosti však nebyla jediným důvodem kodifikace. Nesmíme zapomínat na to, že potřeba jednotného zákonodárství, jak ostatně také ukazují nezdařené přípravy tereziánského kodexu, souvisela s unifikačním úsilím postihujícím celou monarchii, počínaje správou, jazykovými předpisy, unifikací školského vzdělání, reformami poddanskými apod., které měly odstranit zemský partikularismus a vytvořit jednotný stát, posílit úlohu jediného panovníka, vládnoucího z boží milosti, nezávislého na zemských privilegích.²

Tak se právě *Constitutio criminalis Theresiana* (dále jen CCT) stala jedním z posledních projevů deigraciálního pojetí státu, který se pak josefinismus snažil nahradit v podstatě přirozenoprávní teorií, vycházející z představ o úloze panovníka jako záruky spravedlivého řádu a záruky ochrany práv obyvatel státu.

Do vydání CCT tedy v jednotlivých zemích mocnářství platil v Tyrolsku řád Maxmiliána I., vydaný v roce 1499 a později inkorporovaný do zemských zřízení vydaných v roce 1526, 1532, 1573. Ve Štýrsku platil soudní řád arcivévodky Karla z roku 1574, v Dolním Rakousku soudní řád Maxmiliána I. z roku 1514, Ferdinanda I. z roku 1540, trestně procesní řád Ferdinanda III. z roku 1656. V Korutanech byl soudní řád vydán arcivévodou Karlem v roce 1577 a v Krajině pak platil malefiční řád Maxmiliána I. z roku 1514 a soudní řád Ferdinanda I. z r. 1535, v Dolním Rakousku *Constitutio Criminalis Ferdinanda* (1656) a v Horním Rakousku Leopoldina (1675).³

Podobně tomu bylo v českých zemích, kde pro království české platilo Obnovené zřízení zemské z roku 1627 Ferdinanda II. a Deklaratorie a Novelly z roku 1640 Ferdinanda III., které platily i v markrabství moravském (OZZ od roku 1628) a v Čechách dále Práva městská království českého, která byla později zavedena i na Moravě. Od roku 1707 platil pro všechny země České koruny hrdelní řád Josefa I., který se stal spolu s trestním soudním řádem Ferdinanda III. pro Dolní Rakousy z roku 1656 základem a inspirací pro tereziánskou kodifikaci.

¹ Srov. MALÝ, Karel: *Tři studie o trestním právu v českých zemích v 17. a v první polovině 18. století*. Praha: Univerzita Karlova, nakl. Karolinum, 2016.

² Srov. OGRIS, Werner: *Zwischen Absolutismus und Rechtsstaat*, in: *Österreich im Europa der Aufklärung*. Wien: Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1985, Band I., s. 365–376.

³ Srov. rozsáhlou studii věnovanou okolnostem vzniku a uplatňování tereziánského zákoníku KWIATKOWSKI, E. v.: *Die Constitutio Criminalis Theresiana, Ein Beitrag zur Theresianischen Reich und Rechts Geschichte*. Innsbruck, 1903, dále PRUŠÁK, Jos.: *Rakouské právo trestní*. Praha, 1912, zvl. s. 11–12.

Přes relativně krátkou dobu platnosti tereziánského zákoníku, neboť již roce 1787 jej nahradil Všeobecný zákoník o zločinech a trestech na ně a v roce 1789 pak nový Hrdelní řád, inspirované již osvícenskými idejemi a vypracované pod přímým vlivem Josefa II., má tereziánská kodifikace význam nejen v tom, že je jakýmsi pomníkem feudálních trestně právních koncepcí, jejich epilogem, ale že především zahájila období, kdy definitivně skončila éra zemského právního partikularismu, a zvitězilo celofíšské zákonodárství. Proto i obecné koncepce tereziánské kodifikace mají svou váhu, svůj význam, neboť nehledě na ona residua starší doby tvoří nepochybně předstupeň dalšího vývoje trestního práva. Právě tato skutečnost je dobrým důvodem k tomu, abychom se pokusili analyzovat podobu teoretických východisek autorů kodifikace, tak jak se zvláště promítají do ustanovení, které tvoří obecnou část zákoníku.

Současně je nutno ovšem upozornit, že zákoník nebyl přijat se všeobecným souhlasem a nadšením, a to ani v nejbližším okolí císařovny, jak to dokazují zachované kritické názory následníka trůnu Josefa II.⁴

Možná však, že právě tyto kritické výhrady k tomuto zákoníku se staly východiskem k jeho nahrazení trestním zákonodárstvím Josefa II., které je již oprávněně možno považovat za otevření cesty k modernímu trestnímu právu v našich zemích. Přes zásadní rozdíly v pojetí trestní politiky, obsahu a formy tereziánské kodifikace a josefínských trestních kodexů, přece jen, jak se ještě pokusíme ukázat, je možno v nich nalézt převzetí některých institutů a koncepcí. To je také důvodem toho, že předmětem této právně historické úvahy jsou především některé otázky související s obecnou částí zákoníku, zejména pojem trestného činu, trestní odpovědnosti, viny a zavinění, trestu a jeho účelu včetně jednotlivých druhů trestů.⁵

⁴ Srov. např. dobré zdání Josefa II. z 12. srpna 1775: „Ich muss bekennen, dass ich in meiner Ueberzeugung die Aufhebung der Tortur nicht allein für ein billiges und unschädliches, sondern als ein nothwendiges Mittel ansehe. Ich wäre also ohne Scheu mit Auslöschung derselben aus der Nemesis Theresiana vorzugehen eivestanden. Ich muss aber zugleich eine andere mit diese nothendig verbundene Handlung anzeigen, nämlich dass zugleich die Todesstrafe vielmehr restringirt werde...“ Srov. WENDINSKY, J.: *Kaiser Josef II.*, 1880, s. 61 nebo obšírné vyjádření kancléře Kaunitze v dobrém zdání adresovaném státnímu ministru knížeti von Starhenberg 22. února 1769, kde uvádí šest výhrad vůči této kodifikaci, včetně přílišných a častých trestů smrti, vypalování cejchů, trestu vyhnanství. O deliktu čarodějnictví pak říká že „v našich osvícených časech slouží spíše posměchu...“ a s odkazem na Anglii říká, že by barbarské užívání tortury mělo být zrušeno nebo přinejmenším co možná omezeno, in: MAASBURG, M. F.: *Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung*, 1880, Beil. 2, s. 59–60, rovněž KWIATKOWSKI, E. v., *op. cit.*, s. 28.

⁵ Vycházíme z české verze tereziánského zákoníku vydaného roku 1769 ve Vídni v tiskárně Jana Tomáše z Trattneru pod názvem *Constitutio criminalis Theresiana* aneb římské císařské v Uhrách a v Čechách etc. královské apoštolské Milosti Marie Terezie arcikněžny rakouské, etc. Hrdelní Právní Řád. Zákoník je rozdělen do dvou dílů, z nichž první nese název „o hrdelním pokračování“, obsahuje na 155 stranách 54 článků, rozdělených na paragrafy a pět příloh. Díl druhý pod názvem „O hrdelních přečiněních obzvláště, a o jejich trestech“ pak na 159 stranách ve 20 článcích, rozdělených do paragrafů, uvádí jednotlivé druhy trestných činů a jejich tresty. Pokud někde upravujeme text pro větší srozumitelnost, dáváme novodobý ekvivalent do závorky. K podobě českého překladu viz KINDL, VI.: *Kdy byl vytištěn český překlad zákoníku Marie Terezie? Právněhistorické studie*, 39, Praha 2007, s. 355–358. Týž. Ještě jednou k problému, kdy byl vydán trestní zákoník Marie Terezie v českém jazyce, in: *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*, usp. M. Vandrochová, T. Grívna. Praha, 2008, str. 108–113. Postup kodifikačních prací, diskuse v komparační komisi o jednotlivých problematických otázkách a přehled právnických osobností, které se na práci podílely, podal ve své práci věnované vzniku zákoníku MAASBURG, M. F. von, *op. cit.*, a KWIATKOWSKI, E. v., *op. cit.* Srov. též WAHLBERG, W. E.: *Gesammelte kleinere Schriften und Breichstücke über Strafrecht, Strafprozesse, Gefängniskunde, Literatur und Dogmengeschichte der Rechtslehre in Oesterreich*, II. díl, Die Revision der Theresiana und Genesis des Josephinischen Strafgesetzbuches, s. 117.

§ 1. Pojem trestného činu v CCT

Vymezení pojmu trestného činu – v dikci CCT „přečinění“ je podáno v prvním článku kodexu pod nadpisem O přečinění vesměs. V § 1 (str. 1) je trestný čin definován tak, že „Přečinění jest, když od někoho vědomě, a svévolně buďto něco, co skrze zákony zapovězeno jest, se předsebere (provede), aneb to, co skrze zákony přikázáno jest, se opomene. Není tedy přečinění nic jiného nežli zákonu protivné činění, aneb opuštění, následovně skrze dočinění, aneb opomenutí se páchá.“

CCT tu tedy především jako definici trestného činu uvádí jeho bezprávnost, skutečnost, že jednání pachatele je v rozporu se zákonem. Dalším znakem je vůle pachatele, tedy jinak řečeno, bez vůle pachatele čin spáchat nemá jeho jednání znaky trestného činu. Ostatně CCT se k této otázce v další podrobně vrací v art. 3, § 4 – „Kde ani zlý úmysl, ani vina se nevyskytuje, tu také žádné přečinění, následně žádný trest není“ (str. 2). Pokud se vůle neprojevila jednáním pachatele, nemůže být trestná. Tak tedy v CCT nalézáme zásadu, kterou sice již vyslovili římsští právníci – cogitationis poenam nemo patitur, ale teprve v moderních zákonících trestního práva našla své plné uplatnění. V rakouském trestním právu to výslovně zakotvil trestní zákoník Josefa II. Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung z roku 1787, v § 2, kde se praví, že „Zu einem Kriminalverbrechen gehöret böser Vorsatz, und freyer Wille...“

Zásada obsažená ve výše uvedených ustanoveních byla ovšem v CCT prolomena v ustanovení II. části zákoníku v art. 55, § 1, odst. 9 (str. 161), kde se konstatuje, že „Jsou tak značené výtržnosti, stydkosti a zločinnosti, které sice jmenovitě vyslovené nejsou, však vysloveným téměř se přirovnávají a pro jejich obzvláštní zlosynnost a pohoršlivost hrdelně vyšetřované veřejným trestem potkané býti zasluhují“. Podobně se k zásadě trestání sine lege vyjádřil i další článek CCT – II. díl, 104, § 1 (str. 281). V něm se výslovně ukládá stíhat i taková jednání, která v zákoníku sice uvedena nejsou, ale přece „... podle své zlosynnosti s hrdelním kázněním a trestáním potkán dobře zasloužil...“. Rozsudky v takových případech měly být postoupeny vrchnímu právu k „vyššímu rozeznání...“, aby se případně umožnilo taková jednání za trestná prohlásit ve všech „Našich dědičných zemích“.

Porovnáme-li tuto právní úpravu se starší, nalézáme pochopitelně značné rozdíly. V Právech městských, které sice obsahují obecné úvahy o trestání, o okolnostech přitěžujících a polehčujících, o okolnostech vylučujících odpovědnost pachatele za spáchaný čin, o presumpci nevinny a družích zavinění, nenalezneme však obecnou definici trestného činu a vytváří ho vlastně jen definováním jednotlivých skutkových podstat.⁶

Také v Hrdelním řádu Josefa I. nenalezneme obecnou definici trestného činu, resp. jen v souvislosti s definováním příslušnosti inkvizičních soudů se prohlašuje, že jim náleží vše, co je „... proti právu přestoupení, proti kterému v právích buď jistá vysazená aneb soudci podle povahy a uznalosti volná pokuta se nachází...“⁷

Jak je zřejmé, je tu za určující znak trestného jednání uvedena jeho protiprávnost, porušení právního zákazu jednání nebo jednání, které je rozhodnutím soudce za protiprávní uznáno, tedy sine lege.

⁶ Srov. MALÝ, K.: *Trestní právo a proces před městskými soudy, Komentář k trestněprávním ustanovením zákoníku Práva městská království českého z roku 1579*, s. 623–683.

⁷ Hrdelní řád, art. I., § 3, s. 2

Obecnou definicí trestného činu se nezabývá ani Obnovené zřízení zemské a spokojuje se s definováním jednotlivých skutkových podstat trestných činů. V tomto ohledu tedy tereziánský zákoník představuje jistý pokrok směrem k položení teoretických či alespoň obecných základů trestního práva.

Trestné činy – „přečinění“ – dělí zákoník na veřejné a soukromé. Za veřejné jsou považovány trestné činy, které buď přímo či nepřímo „ruší veřejný pokoj“ a za které se také ukládá veřejný trest, k „obecnému zadostiučinění“ (4l. 1, § 2, str. 1). Za soukromé jsou pak považovány delikty, kterými je způsobena napadenému škoda, jejíž napravení je právem umožněno. Zákodárce si ovšem uvědomoval, že takto přesně nelze jednotlivé druhy trestné činnosti rozdělit a uvádí⁸ jako příklad loupež či krádež, které nejen poškozují okradeného, ale současně i „obecné dobré a veřejný pokoj“. Proto je také zahrnuje pod pojem veřejné delinkvence, což má své důsledky procesní i legislativní: jen veřejné trestné činy jsou souzeny hrdelními soudy, zatímco delikty soukromé „soudy městskými“ a jen delikty veřejné a „smíšené“ jsou předmětem úpravy v tereziánském zákoníku – „pročež v tomto všeobecném hrdelním právním řádu toliko o veřejně zmíněných prvnějších, o poslednějších ale jenom tak daleko v svém rozdílném smyslu do veřejných přečinění vbíhají se jedná“⁹.

V čl. 2, § 2 (str. 2) se znovu zdůrazňuje, že za veřejné delikty mohou být považovány jen ty, které ruší veřejný pokoj a které jsou jako takové v druhém dílu zákoníku uvedeny nebo se na ně vztahuje článek 104, který připouští ono výše uvedené trestání *sine lege*.

Nakonec se tereziánský zákoník zabývá rozdělením veřejných trestných činů podle jejich závažnosti na přetěžké, těžké a lehké. Rozdíly mezi nimi definuje podle trestů, kterými je trestá – přetěžké má stihnout „zostřený hrdelní trest“, těžké pak šibenice nebo stětí či trest podobný a ostatní bez trestu na životě. Toto dělení, resp. východiska pro posouzení, kam jednotlivé skutkové podstaty patří, je nepochybně poplatné starší právní úpravě, jak ji nalzáme např. v Hrdelním řádu Josefa I.¹⁰

Jak je zřejmé, nejde tedy o stanovení závažnosti společenské nebezpečnosti jednání pachatele, ale o předem určené zařazení deliktu podle zákonem stanoveného trestu, který ho postihuje. To pak, jak známo, vede k tomu, že tereziánský zákoník nerespektuje zásadu přiměřenosti a ukládá i nejpřísnější tresty za jednání, která se i současníkům, jak jsme výše uvedli, zdají spíše směšné než zločinné.

§ 2. Formy zavinění a podmínky trestní odpovědnosti

V tereziánském trestním zákoníku je problematice zavinění věnována poměrně malá pozornost a jeho text je v tomto ohledu skutečně stručný. V článku 3. se pod nadpisem „Kterak, od toho, aneb proti komu zločinnost se páchá?“ se v obsahu rozděleném do šesti paragrafů uvádí, že „přečinění děje se ze zlého úmyslu, aneb viny“, a dále, že „zámysl, a zlá vůle může prostředlivě aneb neprospědlivě (rozuměj – přímo nebo nepřímo) na skutek zřízena býti“, či jak je dále uvedeno v marginální poznámce na str. 3 – „Animus, et voluntas delinquendi directa, vel indirecta est“. V dalším textu tohoto ustanovení pak

⁸ Tamtéž, § 3

⁹ Tamtéž, art. 1, § 5, s. 2.

¹⁰ Srov. art. XIX., s. 55 a násl.

čteme, že „Vina nemá se tak trestati, jako zlý úmysl“ a „Co bez úmyslu a viny, nýbrž toliko z příhody se děje není žádné přečinění“.

Tento strohý popis je pak v dalším rozveden na str. 3 v několika paragrafech. Především se tu konstatuje, že trestný čin je „svévolné předsebírání toho, co zapovězeno, aneb svévolné opominutí toho, co přikázáno jest. Jedno i druhé děje se ze zlého aumyslu někomu křivdu, ublížení, aneb škodu způsobiti, aneb z pouhé viny nešení.“

Jak je zřejmé, právní pojetí v CCT hlásí k dělení trestných činů na komisivní a omisivní¹¹ a rozlišuje mezi zlým úmyslem a nedbalostí (dolus a culpa – srov. marginální poznámku na str. 3 – Dolus et culpa quoad poenam differunt) a v § 2 pak uvádí pro názornost příklad o přímém a nepřímém úmyslu pachatele. Bez zlého úmyslu a viny nejde o trestný čin a nemůže být uložen žádný trest.¹²

Pro odpovědnost za trestné jednání vyžaduje zákoník schopnost „požívání svého rozumu a svobodnou vůlí“, přičemž se tu text § 5 odvolává na čl. 11 v případech, kdy by stáří, opilství, spánek, nevědomost či omyl apod. vedly ke snížení trestní odpovědnosti. V tomto článku,¹³ věnovaném polehčujícím okolnostem se ukládá soudcům, aby dbali nejen na okolnosti, které pachateli přitěžují, ale i na ty, které mluví v jeho prospěch. V této souvislosti se má hledět na to, zda není zjištěna u obviněného „nějaká vada a schodek na rozumu a smyslech“.¹⁴

Zjištěné šílenství vylučuje právní odpovědnost a obviněný „nemůže dokona... trestán býti“¹⁵ a snížená přičetnost – v § 4 se mluví o „hlouposti, mdlobě smyslů, sprostnosti, s níž úplné rozumu zbavení není“, dále o hluchých a němých, může vést ke snížení trestu, ale vyžaduje se k tomu lékařský posudek. Pozornost je věnována i opilství, kde se vylučují případy zaviněného opilství a vyloučení trestní odpovědnosti přichází v úvahu jen tehdy, když prokazatelně obviněný si své opilství a ztrátu přičetnosti sám nepřivodil.¹⁶

Podrobně je také upravena trestní odpovědnost mladistvých, a to poměrně složitým a komplikovaným způsobem, což nám připomíná i naše současné diskuse o potřebě nově upravit trestní odpovědnost mladistvých v našem trestním právu.

Zákoník vychází z toho, že do sedmi let nejsou děti trestněprávně odpovědny, resp. že ve věku od sedmi do 14 let „hrdelní tresty místa nemají“. To však neznamená, že by se vyhnuly trestní odpovědnosti. Zákoník připouští v případech, kdy se dopustily zločinu a kdy prokazatelně si byly vědomy protiprávnosti svého jednání – zákoník mluví o případech „zlých dětí, když znamení zlolestné zlosynnosti a dosti dobré pochopení spáchané zločinnosti se při nich shledá“ – aby takové děti byly potrestány „dětským způsobem“, metlou, a to buď jejich rodiči, nebo „právem“ – úřady.

Za zletilé se považují děti od čtrnácti let – „zletilé osoby obojího pohlaví, které totiž čtrnáct let věku svého teprv doplnily“ a trestní odpovědnost se týká i těch nezletilých dětí, „jenž bližší čtrnáctému než k sedmému roku jsou“. Ty jsou pak v případě odsouzení za přetěžké zločiny, „kdy zlosynnost věk přemáhá“, trestány stětim, popř. i tresty dále zůstávajícími.

¹¹ K tomu srov. Jos. Prušák, Rakouské právo trestní, s. 56.

¹² Tamtéž, § 4, s. 3.

¹³ Tamtéž, s. 20–24.

¹⁴ Tamtéž, článek 17, § 2, s. 20.

¹⁵ Tamtéž, § 3.

¹⁶ Tamtéž, s. 21, § 5.

Právní odpovědnost se nemění ani po dosažení dalších dvou let života, šestnácti let věku, kdy se ale podle formulace článku 4., § 2 má při ukládání trestu hledět na možnost „budoucího polepšení“.

Zákoník se tedy snaží uvést důvody vylučující přičetnost jako podmínku trestní odpovědnosti a je pozoruhodné, že tato tereziánská koncepce ovlivnila i moderní právní úpravu v rakouském trestním právu jak konstatoval kriticky Jos. Prušák ve své učebnici „Rakouské právo trestní, díl všeobecný“, Praha 1912, str. 72–81, kde uvádí, že vychází z josefínského trestního zákoníku, kde je upravena § 5 pod nadpisem „Der Abhang des freyen Willens spricht von der Anschuldigung eines Kriminalsverbrechens in folgenden Fällen los“.¹⁷

Tereziánský trestní zákoník rovněž nerozlišuje trestní odpovědnost žen a mužů, jak to ještě nalézáme v Právech městských a josefínském hrdelním řádu, kde se za polehčující okolnost považuje u mužů věk do osmnácti a u žen do patnácti let.

Avšak nejen nedostatek věku, ale i stáří, resp. „způsobnost těla a rozumu“ měla být posuzována při ukládání trestů tělesných, „neduživost“ mohla být důvodem ke zmírnění tělesných trestů, nebránila však vykonání poprav. „Vada na síle mysli“, tedy psychická, duševní porucha byla pak důvodem k prominutí trestu. Jinými slovy, zákonodárce tu stanoví, že přičetnost je subjektivní způsobností ke zločinu, k vině.

Za okolnosti, které měly být uvažovány při rozhodování o polehčujících okolnostech, pak zákoník uvádí v čl. 11, § 8 prudké pohnutí mysli, násilí, nouzi a bázeň, jednání na příkaz představených a vrchností s tím, že čím je větší jejich moc a postavení, tím více to polehčuje obžalovanému. Zřejmě se tu vychází z představy, že právě závislost projevující se především ve formě feudální podřízenosti (poddaný, vrchnost apod.) je omezena svobodná vůle jednajícíchho.

Konečně podle článku 11, § 9 vylučuje trestnost jednání nedostatek úmyslu a vůle obžalovaného. Proto zákoník vylučuje právní odpovědnost náměsíčníkům, kteří by se dopustili trestního jednání ve spánku. Důvodem k vyloučení trestní odpovědnosti je dále omyl – „omyl zprošťuje ode všeho trestu“. Ovšem v případě, že omyl byl součástí pachatelova zavinění, že spáchal jiný čin, než původně zamýšlel, může to být důvod k ulehčení trestu, pokud ovšem jeho jednáním nebyl spáchán zločin stejně či více trestný, než původně zamýšlel.

V této souvislosti nelze také nezmínit otázku trestnosti pokusu či přípravy trestného činu, tak jak se jí zabývá zákoník v čl. 13, §§ 1–8. Obecným východiskem dle § 5 je zjištění, zda k vykonání trestného činu nedošlo pro „vlastní, nepřetvářenou lítost pachatele, a nikoliv pro jiné, na pachateli nezávislé okolnosti“. V prvním případě se dává soudci možnost, aby v případech, že šlo o „lehké přečinění“, trest prominul nebo ho nahradil přísným napomenutím, peněžitou pokutou nebo menším trestem. V případech, že pachatel připravoval tzv. těžký a přetěžký zločin, pak má být trest uložen podle úvahy soudce, při respektování „rozšafné rovnoměrnosti a vyrovnání trestu“ s přípravou zločinu.

¹⁷ Josefínský zákoník z r. 1787 tu uvádí celkem šest případů vylučujících trestní odpovědnost pro nedostatek svobodné vůle: „(a) Wenn der Thäter unsinnig, des Gebrauchs der Vernunft gänzlich beraubt ist, (b) Wenn bei abwechselnder Sinnverrückung die That in der Zeit beegangen worden da die Verrückung dauerte, (c) Wenn die Uebelthat in einer Berausung, die sich zufällig, ohne eine auf das Verbrechen gerichtete Absicht zugezogen worden, oder sonst in einer Sinnverwirrung verübet worden, in welcher der Thäter seiner Handlung sich nicht bewusst gewesen, (d) Im Kinderalter, das ist vor Erfüllung des zwölften Jahres, (e) Wenn bei der gesetzwidrigen Unternehmung ein Zwang, eine unwiderstehliche Gewalt vorhanden ist, (f) Wenn in Irrthum mitunterlaufen ist, wobei dem Irrenden wegen der Irrung selbst keine Schuld beigemessen werden kann, und er ohne Dazwischenkunft des Irrthums auf erlaubte Art gehandelt haben würde.“

Pokud ke spáchání zločinu nedošlo pro překážku na pachateli nezávislou, nezprošťuje to sice pachatele trestu, ale soudce má uložit pachateli trest s přihlédnutím k tomu, jak jeho přípravné jednání pokročilo (§ 7). Výjimkou jsou případy přípravy tzv. „přetěžkých přečinů“, které se přiblížily k vlastní realizaci skutku (§ 8).

§ 3. Okolnosti polehčující a přitěžující

Okolnosti polehčující pak zákoník dále uvádí v článku 11, § 10, a to v celé řadě případů. Především je polehčující okolností nedostatek důkazů, že obviněný čin spáchal či že v případě, že obviněný se k činu přiznává, skutek vůbec nastal.

Dále obžalovanému polehčuje neúměrná a život ohrožující vyšetřující vazba, a předpokládá se, že ti, kteří to zavinili, mají být kázeňsky postiženi. Obžalovanému polehčují i vady v řízení a to v případech že je obviněn z menších trestných činů. Naopak, jde-li o těžké delikty, mají se jen napravit nedostatky v řízení.

Obviněnému polehčuje i vlastní přiznání, dále upuštění od dokonání trestného činu. Soudci měli také přihlédnout k dosavadnímu spořádanému životu obviněného, kupř., že udal své spolupachatele, udání dítěte otcem. Podobně jako v Josefském hrdelním řádu je tu panovníkovi vyhrazeno právo zmírnění trestu osobám, které se zasloužily o vlast, byly šlechtického původu, měly „vzácné přátele“, vynikaly v umění, poškozený jim odpustil apod.¹⁸

Okolnostem přitěžujícím je pak věnován článek 12,¹⁹ podle kterého přitěžuje pachateli (a soudce k tomu musí vždy přihlédnout) jedenáct okolností, za kterých byl čin spáchán.

Bylo to v případě, když spáchaný čin způsobil příliš velké pohoršení a výtržnost nebo byl mnohonásobně opakován. Text příslušného paragrafu výmluvně podotýká, že zostření trestu má sloužit „k většímu strachu“.

Když šlo o recidivistu, který byl již „jednou, dvakrát, neb vícekrát potrestán aneb od nás předešle omilostněn byl“.

Pokud šlo o příbuzné pachatele, jeho vrchnost, kteří mohli trestnou činnost překazit, ale neučinili tak.

Pachateli přitěžoval i objekt útoku – např. pokud napadl osobu vyžadující slitování nebo naopak osobu „vznešenou nebo představenou“ či pokud jeho útok byl namířen proti „vlasti“ či vrchnosti.

Přitěžující okolností bylo jednání proti osobám svěřeným, nabádání osob mladistvých k trestnému jednání nebo jednání pachatele vyznačující se zvláštní zločinností.

Pachateli přitěžovalo i jednání spáchané jako součást spiknutí, spolupachatelství a rovněž pokud k činu došlo na místech požívajících zvláštní ochranu – kupř. na místech „posvátných“, v přítomnosti svých představených či vznešených osob.

Podobně jako v právech městských i tu je za přísněji trestné považováno jednání (kupř. krádež) spáchané v noci za mimořádných okolností jako při moru, povodních či požárech. Jde tu o stanoviska, která nalezneme v právu městském již v 16. století a do tereziánské kodifikace byla zřejmě převzata.

¹⁸ Čl. 11, § 11, s. 23.

¹⁹ Tamtéž, s. 24–25.

Stanovisko k posuzování okolností polehčujících či přitěžujících je pak shrnuto v článku 12, § 7,²⁰ kde se soudcům ukládá, aby při rozhodování přihlédl k povaze trestného činu, osobě pachatele nebo poškozeného, k úmyslu a přípravě trestného činu, jeho místa, času a způsobu vykonání. Jak je zřejmé, zákoník tu poskytoval soudcům široký prostor pro jejich volnou úvahu a rozhodnutí.

V souvislosti s okolnostmi polehčujícími a přitěžujícími se zákoník zabývá i otázkou trestnosti pokusu, resp. intenzitou trestu v případech, kdy pachatel od trestného jednání, nebo od přípravy trestného činu upustil a to buď z vlastní iniciativy či pro na něm nezávislou překážku.

Východiskem je tu opakované konstatování, že „pouhá myšlení, která skrze zevnitřní znamení na světlo nevycházejí“ trestná nejsou, tedy zákonodárce opakuje již uvedené ustanovení čl. 3, § 15, ve kterém se praví, že „pouhé myšlení, a vnitřní zlé předsevzetí obyčejně mezi přečinění nepatřejí“ a současně se tu dodává, že trestný bude pokus jen v případě, kdy by došlo „k usilování, a zkoušení skutku ke skutečnému vykonání přečinění se chystal...“, tedy k přípravě zločinu. V čl. 13, §§ 1–8 se pak definuje právní podstata pokusu jako zamýšleného jednání, od kterého pachatel upustil z důvodů na něm závislých či překážkách nepředvídaných nebo „náhodou“. Také tu nalezneme souvislost s pozdější právní úpravou trestnosti pokusu v trestním zákoníku Josefa II., v § 9.

Podle toho také stanovil tereziánský zákoník buď možnost prominutí trestu (u menších provinění), pokud pachatel sám od trestného úmyslu upustil, nebo uložení trestu mírnějšího v případech, že šlo o úmysl spáchat těžký zločin nebo jednání pachatele se již přiblížilo realizaci úmyslu. V případech, že však šlo o „přetěžká přečinění“ a pachatel neučinil sám nic k překážení svého trestného úmyslu, měl mu být vyměřen trest bez jeho zmírnění.

§ 4. Tresty a jejich účel

Ukládání trestů se věnuje také článek 14 tereziánského zákoníku, který řeší problém souběhu trestných činů. V § 1 se tu deklaruje nezbytnost trestat opakovanou delikvenci a právní úprava vychází z toho, že opakování zločinu stejného druhu má být trestáno jako jeden a není v takovém případě důvod k zostření trestu. To nastává jen tehdy, když jeden pachatel spáchal více druhů deliktů. V takovém případě mu má být uložen ten trest, který zákon stanoví na delikt nejpřísněji trestný. Toto jednoduché pravidlo se však muselo vypořádat se symbolikou trestů a s jejich různými druhy.

Jako příklad se v čl. 14, § 3 uvádí souběh deliktu krádeže a vraždy. Pachateli měl být uložen trest za vraždu, tj. lámání kolem, ale aby se neztratilo provinění krádeže, mělo být nad kolem umístěno znamení šibenice, tedy trestu, který by mu za pouhou krádež hrozil. Nadto se dává soudcům možnost, aby při souběhu tzv. přetěžkého a těžkého zločinu nebo v případě dvou přetěžkých zločinů mohli uložit zostřující tresty, jako kupř. utětí ruky, štípání kleštěmi, smýkání na popravčí místo, vytržení jazyka, řezání řemenů z kůže odsouzeného, vystrčení hlavy nebo vyvěšení údů popraveného na veřejném místě. Až ironicky tu vyznívá nabádání soudců, aby v takových případech postupovali se „zdravým uvážením...“²¹

²⁰ Tamtéž, s. 25.

²¹ Tamtéž, § 4.

V zásadě se ale doporučuje, aby v případě že pachatel může být potrestán na hrdle a tělesným trestem, má být uložen „jen“ trest smrti.²²

Jinak u trestů tělesných, které by hrozily pachateli několikanásobně, se doporučuje uložit tresty zneuctující, jako vystavení na pranýři, trestání metlami, vypovězení dědičných zemí, vypálení cejchu apod.²³

To pak dále rozvádí i § 7, který kromě prohlášení za nečestného umožňuje i trest zbavení služby či prohlášení za neschopného služby.

Zvláštní ustanovení u promlčení trestu jsou obsažena v art. 17, §§ 1–9.²⁴

Zpravidla se v dosavadní literatuře vycházelo při úvaze o pojetí trestu a jeho účelu v Tereziánském zákoníku z neobyčejné přísnosti a nepřiměřenosti trestání, z toho, že v pojetí zákoníku je trest vlastně především pomstou, jeho ukládání má za účel odstrašení, že si zákonodárce nikde nekladl za cíl převýchovu pachatele. Tento názor je v mnohém oprávněn, ale není zcela přesný, a jak se pokusíme ukázat, najdeme i příklady, které jsou odlišné a v zákoníku samém pak ustanovení, která se hlásí k jiným cílům trestní politiky.

Vlastní definici trestu zákoník nepřináší a to přesto, že v I. díle o hrdelním pokračování – tj. o trestním řízení – se trestání a trestům věnuje mimořádná pozornost.

Hned v prvním článku²⁵ se praví, že veřejný trest se ukládá k obecnému zadostiučinění, neboť spácháním zločinu se ruší obecný pokoj – pořádek. V prvním dílu zákoníku se pak pojednává o trestech v čl. 4 až 10 a to počínaje obecnými otázkami, výkladem o hrdelních trestech, trestech tělesných, o trestech mimořádných a těch, které záleží na úvaze soudce, tedy mají arbitrární povahu, o trestech peněžitých a konfiskaci jmění a nakonec o ztrátě cti.

V úvodním ustanovení čl. 4,²⁶ § 1 se pak prohlašuje, že trest je nezbytnou součástí hrdelního deliktu a že nezáleží na tom, zda je výslovně stanoven či zda zákon jím jenom hrozí a ponechává jeho uložení na úvaze soudce. A v dalším ustanovení, v § 2,²⁷ se jako účel uložení trestu prohlašuje polepšení zločince a zadostiučinění „uraženému“ právnímu řádu a současně také aby „takové potrestání v lidi příklad a strach od podobných zcestných jednání vzbudilo“. Tedy účelem trestu má být jak polepšení pachatele, tak odstrašení. Současně se ovšem dodává, že se to týká jen případů, kdy není uložen trest smrti, tj. pro polepšení pachatele a naopak, že uložení trestu smrti sleduje odstrašení veřejnosti.

Ačkoliv v řadě případů CCT umožňuje trestání *sine lege*, přece jen při ukládání trestu zavazuje soudce, aby dodržoval „předpis tohoto hrdelního řádu“ a „podřízení soudcové pod těžkým odpovídáním opovážiti, ani levněji, ani ostřeji, než zákon zní pokračovati, tím méně ale k újmě Naší Zemo-Knížecí Vyzdviženosti vysazený trest v jiný změnití“.²⁸

Podobnou formulaci pak nalzáme téměř doslovně i v Zákoníku o zločinech a trestech Josefa II.²⁹

Výslovně se povoluje, aby se soudci od ustanovených trestů odchýlili jen v případech uvedených v článku 11 a 12,³⁰ kterým jsme se věnovali již výše.

²² Tamtéž, § 5.

²³ Tamtéž, § 6.

²⁴ Srov. s. 29–30.

²⁵ Tamtéž, s. 1.

²⁶ Tamtéž s. 5.

²⁷ Tamtéž, s. 6.

²⁸ Tamtéž, § 5, s. 6.

²⁹ Viz § 13.

³⁰ Viz Tereziánský zákoník, s. 20–25.

Ostatně problematice trestu a trestání je v tereziánské kodifikaci věnována mimořádná pozornost. Jak jsme již výše upozornili, počíná tato úprava článkem 4³¹ a pokračuje až do čl. 16, který je věnován promlčení trestu³² a teprve počínaje čl. 17³³ se text zákoníku zabývá vlastním trestním řízením.

Podle ustanovení zákoníku je tedy soudce vázán při ukládání trestu zákonem³⁴ a toliko podle ustanovení čl. 6 s odkazem na čl. 11 a 12 se mu dává možnost zmírnění trestu při uplatnění polehčujících okolností. Uplatňuje se tu také zásada o uplatnění zákona platného v místě, kde byl delikt spáchán³⁵. Soudce má v případech, kdy mu zákon umožňuje, aby si vybral mezi více tresty, právo volby.³⁶

Celý článek 4³⁷ je tak v podstatě kasuistickým popsáním pravidel ukládání trestů a zakotvuje pravidlo o možnosti uložení trestu i v případech, kdy zákon výslovně trest neuvádí, resp. kdy jím toliko obecně hrozí. V takové situaci „určení trestu rozumnému rozvážení soudce se zanechává“³⁸ a otevírá se možnost uplatnit zásadu trestání mimo ustanovení zákona. V § 7 téhož článku se umožňuje ukládání tělesných trestů namísto peněžitých nemajetným cizincům.

V § 3 čl. 4 se uvádí, že tresty jsou rozdílné podle druhu spáchaného zločinu a „vztahují se“ na život a hrdlo, čest a statek a jsou buď zákonem stanoveny či ponechány na vůli soudcům. V § 4 se pak stanoví, že trestem nemohou být postiženi příbuzní, žena a děti pachatele. To ovšem neplatí v případech, kdy šlo o trest peněžitý – tehdy, jak to ostatně zákoník potvrzuje i na jiných místech jsou dědici povinni nahradit zločinem způsobené škody. Podle § 10³⁹ se při opakování deliktu musí dbát na to, aby zostření trestu následovalo jen v případě, že za předešlé jednání byl již pachatel odsouzen. Za takové odsouzení se ovšem podle § 11 nepovažují případy nelegálního prominutí trestu – jsou jen přitěžující okolností.

Zákoník ukládá soudu povinnost stanovit délku trestu nucených prací, avšak současně připouští, aby pro „zarputilost, zatvrzelost, ... neb nešlechtné živobyť“ byl trest stanoven na neurčitý čas, a to s tím, že každého půl roku má vrchní právo dostávat zprávy o tom, zda a jak se odsouzený polepšuje.⁴⁰

Zákoník také stanoví pravidla pro uplatňování trestní pravomoci. Jen soudy nadané „krevní pravomocností“ dle § 13⁴¹ jsou oprávněny ukládat tresty stanovené v tereziánskému zákoníku. Ostatní soudy – vrchnostenské a městske – mohou trestat měšťany a městske obyvatele a poddané krátkodobým vězením, zbavením úřadů či peněžitou pokoutou. Ostatní pachatelé, kteří nejsou měšťany, mohou být trestáni „několika švihami holí, aneb bejkovcem“ a „nevázaná mládež“ metlou. Současně se výslovně zakazuje ukládání takových trestů jako vyhnanství, konfiskace majetku, ztráta cti, veřejné vystavení na pranýři.

Trest jednou uložený vylučuje nové trestání,⁴² ovšem v případě nápravy vadného rozhodnutí může vrchní soud uložit trest další, resp. trest nový, a změnit rozhodnutí soudu

³¹ Tamtéž, s. 5.

³² Tamtéž, s. 29.

³³ Tamtéž s. 30.

³⁴ Srov. čl. 4, § 5.

³⁵ Srov. čl. 4, § 8, s. 6, podobně to stanoví Zákoník o zločinech a trestech z r. 1803 v § 12.

³⁶ Srov. tamtéž, § 9.

³⁷ Tamtéž, s. 5–8.

³⁸ Tamtéž, čl. 4, § 1, s. 5.

³⁹ Srov. čl. 4, s. 6.

⁴⁰ Tamtéž, § 12, s. 7.

⁴¹ Tamtéž, s. 7.

⁴² Tamtéž, § 14, s. 7.

první instance, zejména pokud ten uložil trest mírnější. Účelem má být aby „ mezi přečiněním a potrestáním slušná rovnost se dosáhla“. Je to mimochodem jedno z mála míst zákoníku, kde se o přiměřenosti mezi závažností provinění a míře trestu vůbec mluví. A přísnost a krutost trestů, jak o ní budeme ještě mluvit, vypovídá nejen o porušení této zásady, ale i o vnitřním přesvědčení zákonodárce o závažnosti a společenské nebezpečnosti trestných jednání, za které neváhal stanovit tresty i v době vzniku kodifikace opravdu brutální.

§ 5. Druhy trestů

Teprve počínaje článkem pátým se zákoník věnuje výčtu jednotlivých druhů trestů a rozhodným způsobem se přihlašuje k zásadě odplaty a zásadě odstrašení.⁴³

Výčet trestů hrdelních (čl. 5) a trestů tělesných (čl. 6) je skutečným obrazem, stále ještě poplatným tvrdosti zákona a právem proto vyvolal, jak jsme již uvedli, oprávněnou kritiku.⁴⁴

Zákoník uvádí, že v „dědičných“ zemích se užívají jednak tresty tvrdší a jednak tresty mírnější („levnější“). Prvý druh trestů pak má být uložen na „přetěžká“ a mírnější na „těžká“ přečinění.

Podle čl. 5, § 2 spočívají tyto tvrdší tresty v upálení za živa (s možností „zmírnění“ trestu předchozím stětím), čtvrcením, lámáním kolem shora dolů nebo zdola nahoru. V těchto případech se vyžaduje zpráva vrchnímu právu a jeho rozhodnutí, zda bude odsouzenému trest zmírněn. Další dva paragrafy – 3 a 4 naopak uvádějí možnosti těchto krutých trestů ještě zostřit – smýkáním koňmi na popraviště, trháním rozžhavenými kleštěmi, řezání řemenů z těla odsouzence, odřezání nebo vytržení jazyka. Za zostření trestu se považuje i zohavení těla popraveného – probodením kůlem, vpletením do kola, označením malou podobou šibenice, utětím ruky, naražením uťaté hlavy na kůl či ruky na pranýř. Zákoník tu přebírá starší právní úpravu, kterou už můžeme nalézt v Josefínském trestním řádu z r. 1707. Současně se zakazují tresty naražení na kůl, za živa zakopání a proražení těla kůlem, čtvrcení a lámání kolem ženských pachatelek. Naražení na kůl se ale povoluje v případě velezrady.

Tresty mírnější jsou pak podle § 6. téhož článku stětí mečem a oběšení na šibenici, bez dalšího zostření. Oběšení se ale nepraktikovalo u ženských pachatelek, těm hrozil „jen“ trest stětím. Také v tomto případě nová úprava přejímá tradici založenou již Josefínským hrdelním řádem a Ferdinandem.

Za tresty rovné trestu smrti se pokládá podle § 7 i odsouzení k doživotnímu vězení, a to na základě císařské milosti. Na roveň trestu smrti je postaveno i prohlášení pachatele za psance – „když někdo s životem a hrdlem jednomu každému v dranc se dává a za povětrného ptáka se prohlašuje“.

Mimořádnou pozornost věnuje pak zákoník další kategorii trestů – trestům tělesným.⁴⁵

⁴³ Srov. k tomu PRUŠÁK, Jos.: *Rakouské právo trestní*. Praha, 1912, zvl. s. 182–190.

⁴⁴ Podobný systém byl pak zvolen i v Josefínském trestním zákoníku z r. 1787, kde po v podstatě odstranění trestu smrti, resp. jeho povolení jen v případě stanného práva – § 20 – je počínaje § 21 podán výčet druhů trestů.

⁴⁵ Srov. čl. 6, s. 9.

Pojetí těchto tzv. tělesných trestů překračuje tresty, které by přímo způsobily tělesné bolesti a zahrnují i další – donucení ke konání veřejných prací, způsobení veřejného zneuctění a takové, které omezují volnost pobytu.⁴⁶

Toto spíše obecně pojaté ustanovení je pak v dalších paragrafech podrobněji vysvětleno.

Tak je za tělesné tresty v § 2 uvedeno „vymrskání, cejchu vypálení, rusatění (utěť) audu, pak karabáčem a holí kárání“. Dále pak v § 3 se mluví o vyšlehání metlami nebo o vymrskání, které se může uložit nejen tehdy, když to zákon stanoví, ale i tehdy, když to soudce uzná za potřebné ke zostření trestu, který není trestem smrti. Zakazuje se napouštění metel jedem a podobné praktiky katů. Současně se striktně stanoví počet ran na třicet a s trestem je spojeno i vyhnanství ze všech „dědičných německých zemí“ a podepsání reversu – závazku, že se odsouzený nevrátí. O závažnosti tohoto trestu svědčí i to, že se nesmí bez císařského souhlasu udělovat pachatelům, kteří by alespoň deset let pokojně v zemích žili. Může jim však rozhodnutím hrdelního práva nebo vrchního soudu být uložena nucená práce buď na pevnosti, nebo v donucovací pracovně. Tato výjimka se ale nevztahuje na pachatele židovského náboženství a také na mrskání prováděné neveřejně, tajně.

Trest vypálení potupného znamení – cejchu, které se zdůvodňuje tím, že takový pachatel, pokud byl ze země vyhnán, se lépe pozná, když se pokusí vrátit, se nyní má provádět jen na zádech, nikoliv na tváři (§ 4). Vedle dříve obvyklého znamení písmenem R (Relegatus) se mají vypálit ještě dvě písmena označující zemi, odkud byl vyhnán. Pro Čechy jsou to Bo, pro Moravu Mo, pro Slezsko Si. Zákon také pamatuje na to, aby se znamení neztratilo, přikazuje do čerstvě vypálených písmen vetřít prach a zadržet vězně dalších 8 dní ve vězení.

Trest bití holí nebo karabáčem je prohlášen za mimořádný trest, jehož uložení je ponecháno na rozhodnutí soudce. Jako příklad zákon uvádí výstrahu vězni při příchodu do vězení nebo při jeho opuštění, ke „zkracení někoho, který v právním vejtazu odpovídati nechce“ nebo se vzpurně chová, popřípadě také ke zostření trestu již uloženého. Počet ran tu není přesně stanoven, ale setkáváme se s ním v dalších ustanoveních trestních zákoníků, naposled v trestním zákoníku r. 1803, v §§ 363 a 364, až do roku 1848, kdy tento donucující prostředek, poslední památka na torturu, byl výnosem ministerstva vnitra z 31. května zrušen.⁴⁷

Veřejné nucené práce jsou uváděny jako práce v uherských pohraničních či jiných pevnostech, přádelnách, donucovacích pracovnách. Současně se zastavuje vysílání odsouzenců na námořní galeje a do dolů, a to do rozhodnutí panovnice (§ 7). Podoba, forma, trestu veřejných prací nesmí být měněna, musí odpovídat rozhodnutí soudu a délka trestu v případě vyslání do pohraničních pevností nesmí být kratší jednoho roku a nejdelší doba pak deset let.

Jako tresty zneuctující jsou v zákoníku uváděny vystavení na pranýř, do trdlice před kostelem, zavření do klece, vystavení na lešení, na sloupu se zavěšením kradené věci nebo cedule, popisující spáchaný zločin.

⁴⁶ Srov. čl. 6, § 1, s. 10.

⁴⁷ Srov. k tomu Erlass des Ministerium des Innern, 31. Mai 1848, „VII. Die Bestimmungen der §§ 363, 364... des I. Theiles des Strafgesetzbuches werden dahin abgeändert, dass in den drey dort angegebenen Fällen, wenn nämlich der eines Verbrechens Beschuldigte sich bey dem Verhöre sinnenverwirrt stellt, oder auf die an ihn gestellten Fragen keine Antwort gibt, oder lügt, durchaus keine Disciplinar-Strafe mehr in Anwendung kommen darf...“.

Zákoník také velmi podrobně popisuje v § 10 jednotlivé způsoby omezení osobní svobody a svobody pobytu. Je to především žalář, s pouty nebo bez pout, se zostřením spočívajícím v postech, kdy je vězeň živěn jen vodou a chlebem.

Dalším omezením je vypovězení z místa pobytu, a to na vzdálenost od dvou do čtyř mílí, ze všech zemí, přičemž se stanoví (podobně jak to nalezneme již Josefině), že vyhnání z jedné země má také za následek vyhnání ze zemí všech ostatních zemí.

§ 6. Tresty mimořádné a tresty dle úvahy soudců

Této problematice je věnován článek 8 zákoníku⁴⁸ a dotkli jsme se jí již v předcházejícím výkladu. Tereziánský zákoník samozřejmě váže soudce zákonem a několikrát se v jeho textu opakuje, že se musí řídit jeho ustanoveními, současně však připouští, aby při ukládání trestu vycházel z volné úvahy, avšak jen v mezích, které mu litera zákona umožňuje.

V článku 7, § 1 se praví, že mimořádnými tresty nebo tresty uloženými podle volné úvahy soudce jsou takové, které soudce uloží v případě, „... když zákon na přechýlení žádný jistý trest nevyměřil, nýbrž mlčenlivě nebo vejslovně způsob trestání úvaze soudce zanechal...“, tedy v případě mezery v zákoně.

Další možností, kdy zákon dovoluje volnou úvahu soudce při uplatnění polehčujících nebo přitěžujících okolností. Ovšem i zde je soudce omezen, neboť v § 3 se vytyčují hranice soudcovy volné úvahy: Především „... nemůže, kde pravé přechýlení jest, čince (pachatele) bez trestu běžet nechati...“ a při uplatnění okolností přitěžujících nebo polehčujících má dbát na to, aby „... mezi přechýlením a trestem rozumná míra a slušná rovnost se zachovala, a tak ani příliš velká příkrost ani příliš mnohá levnost (zmírnění) se neužívala“. Pro mimořádné tresty peněžité se pak zákoník odvolává na článek 8 o peněžitých pokutách.

K tomuto výkladu o mimořádných trestech je v § 5 připojena úvaha o odvádění do vojska s tím, že „Vojenské služby nemají na žádný způsob mezi tresty se počítati“. Toto prohlášení je ovšem více než neupřímné a pokrytecké, neboť se současně tvrdí, že muže „schopné, mladé a poctivé...“, které pro své zahálčivé toulání, pro vejtržnosti a jiné menší, žádnou poskvrnu na cti sebou nesoucí přechýlení sebe viné učinili...“, mohou být odvedeni, a to ne z trestu a bez vynesení rozsudku. A to k „obecnému dobrému a jim k vlastnímu lepšímu...“, aby z nich užiteční spoluoudy řádu (společnosti) způsobeni byli“. Jak se zdá, autoři zákoníku si nepochybně byli vědomi problematičnosti tohoto ustanovení, ale neodvážili se uzákoněním trestu odvedení do vojska proklamovat tehdejší vlastně doživotní vojenskou službu za trest. To dokazuje i příloha č. 2 „k článku sedmému § pátému“ na str. 3–4.

V osmi paragrafech článku osmého⁴⁹ pod nadpisem „O peněžitých pokutách“ se pak upravují tresty peněžité a v článku devátém⁵⁰ pak trest propadení majetku.

Peněžité tresty rozlišuje zákoník na řádné, tj. ty, které jsou na konkrétní delikty výslovně stanoveny, a pak na takové, které jsou ponechány volné úvaze soudce. To však je možné jen u soudů vrchních, zatímco „podřízená hrdelní práva jen tehdaž peněžitou pokutu uznati mohou, když zákon ... vejslovně tam zní, že činec (pachatel) podle povahy okolností... s tím aneb oním tělesným, aneb také peněžitým trestem potkán býti může.“ (§ 1)

⁴⁸ Srov. s. 14–15.

⁴⁹ Viz s. 16.

⁵⁰ Srov. s. 17.

Soudce je při vyměření trestu vázán zákonem a nemůže stanovený trest nahradit peněžitým (§ 2). Zákon také nedoporučuje v případech, kdy je ponecháno rozhodnutí na soudci, aby u těžkých zločinů peněžité pokuty nahrazovaly tresty tělesné (§ 3). U nezámožných poddaných pak se doporučuje namísto pokut ukládat tresty tělesné s odůvodněním, aby „skrze vzetí peněžité pokuty jejich domácí hospodářství, k újmě nevinné ženy a dětí citelně se ztenčilo, aneb dokona v mizinu uvedeno bylo“ (§ 4).

Zákon neřeší konkrétní výši peněžité pokuty ukládané podle uvážení soudcem, odkazuje na povahu věci, na výši majetku pachatele, na druh provinění (§ 5). Jako zvýšení či zostření trestu se dovoluje uložit pokutu jen u trestů mírnějších – vězení, zbavení výkonu služby či povolání, prohlášení za bezčestného (§ 6), ale výslovně se zakazuje tímto způsobem zpřísnovat tresty hrdelní.

Nakonec zákon také stanoví způsob využití pokut – buď je tak stanoveno přímo v rozsudku nebo mohou být využity k náhradě soudních útrat (§ 8).

Ustanovení o propadnutí jmění připomíná původní úpravu obsaženou v Deklaratoriích a Novelách z roku 1640⁵¹ a zájem koruny, panovníka, na získání majetku zejména pachatelů nejtěžších politických deliktů⁵² a vrací se tak k zásadám tehdy uzákoněným.

Zákon rozlišuje mezi propadnutím jen části či celého jmění. Prvė se týká zejména věcí, jejichž dovoz či vývoz je zapovězen správními předpisy, propadení celého majetku přícházelo v úvahu jen u deliktů, ze které tento trest byl výslovně stanoven (§ 3). Podobně, jako již ve starší úpravě, i tu se předpokládá uspokojení případných věřitelů postiženého pachatele a z konfiskace majetku se vyřazují léna, svěřenecký, fideikomisní majetek (§ 4). To ale neplatí v případech deliktu *crimen laese majestatis*, kdy by bylo potřebí zásahu vojenské moci. Tehdy měly propadnout všechny statky, včetně svěřeneckých či lenních „Naší zemo-knižecí komoře“ ... Pokud k zásahu proti pachateli nebylo potřebí vojenské síly, pak měla komora užívat zabavené statky až do smrti pachatele (§ 5). Výslovně se stanoví, že případné omilostnění pachatele se vztahuje na trest propadnutí jmění jen tehdy, když by se „v Našem milosti udělení také o tom patrná zmínka stala“ (§ 6).

Posledním trestem, který tereziánský zákoník v úvodních člancích podrobně uvádí, je bezčestnost – tj. propadení cti.⁵³

V úvodní definici se konstatuje, že samo trestní řízení, stejně jako trest či místo, kde se trest odbývá, neznamená snížení cti.⁵⁴

To je výlučně důsledkem trestného činu, avšak jen tehdy, pokud trestný čin má za důsledek postižení na cti, pachatel ho spáchal a byl odsouzen.⁵⁵

Současně se odkazuje na čl. 2, § 4,⁵⁶ kde se mluví o „přetěžkých“ zločinech, „které jakožto nejohyznější... zostřený hrdelní trest za sebou táhnou“ a u ostatních trestných činů se k zbavení cti vyžaduje, aby to výslovně tereziánský zákoník stanovil, popř. aby to stanovily jiné zákony.

Současně se však také připouští uložení tohoto trestu podle volné úvahy soudce, přičemž se vyžaduje, aby to bylo výslovně obsaženo v rozsudku.

⁵¹ Srov. MALÝ, K.: *Tři studie o trestním právu v českých zemích v 17. a v první polovině 18. století*. Praha: Univerzita Karlova, nakl. Karolinum, 2016, s. 85.

⁵² Srov. čl. 9, s. 17, §§ 1–5.

⁵³ Srov. čl. 10, s. 18–20.

⁵⁴ Tamtéž, článek 10, § 1, s. 18.

⁵⁵ Srov. tamtéž, § 2, s. 18.

⁵⁶ Srov. tamtéž, s. 2.

Důsledky zbavení cti jsou uvedeny výslovně v § 7.⁵⁷

Konstatuje se, že ten, kdo je prohlášen za bezčestného, ztrácí své místo v společnosti, kde byl uveden jako spolučlen, ten, kdo je postižen tělesným trestem ztrácí všechna důstojenství, služby, právo obywatelské k zemi, právo požívat výsady městského stavu, být účasten spolků a společností, bratrstev, účastnit se shromáždění „pocitivých lidí“, podávat svědectví, činit kšafty (poslední pořizování) či nabývat z kšaftu.

Trest zbavení cti může být ovšem také prominut, a to buď milostí panovníka zvláštním listem, nebo prostřednictvím obyčejného návratu k pocitivosti.⁵⁸

Tzv. omilostnění panovníkem pak může vrátit postiženému všechna práva a důstojnosti (pokud jsou v omilostnění výslovně uvedena),⁵⁹ zatímco v druhém případě nastává návrat cti uplynutím, podstoupením, trestu a je povinností soudu mu vydat omilostňující list. Výsledek tohoto postupu je podle § 11 takový, „že potrestaný činec (pachatel) beze vší nejmenší výčitky ... v obecném jednání, obchodu bez zmatku se trpěti, a svou pocitivou živnost hledat býti má“. I nadále však nemůže, tak jak uvádí zákoník v § 7, nabýt znovu ztracená práva – tj. nemůže podávat svědectví, není považován za bezúhonného. Jinými slovy, úplný návrat cti je zcela závislý na rozhodnutí panovníka.⁶⁰ Zcela vyloučeno je omilostnění pachatelů vypovězených ze všech zemí monarchie, kteří ztrátu cti nesou jako jednu z hlavních překážek návratu. Jinak se ovšem připouští omilostnění těch, kteří byli vypovězeni jen z určitého místa a zůstávají žít v některé ze zemí.

Zákoník také varuje před tím, aby za nepocitivého byl někdo považován bez soudního rozsudku, neboť „žádný bez právního odsouzení za nepocitivého se držeti nemá“⁶¹ a u osob, které jsou „zavržení“ ne pro spáchání deliktu, ale pro své „nepořádné zplození aneb pro jejich zavrženíhodnou práci“, tj. osob nemanželského původu a katů či katovských pacholků, rasů apod., odkazuje na příslušné správní předpisy.

§ 7. O zániku trestnosti

Této problematice je v Tereziáně věnován článek patnáctý,⁶² ve kterém se jako důvody zániku trestnosti uvádí postupně smrt pachatele, soudní rozhodnutí, promlčení, abolice – rozhodnutí panovníka o zastavení trestního stíhání a amnestie – udělení milosti panovníkem po vynesení odsuzujícího rozsudku.

Tato stručná ustanovení jsou pak podrobně rozvedena v čl. 16, který je věnován promlčení, a čl. 17, který upravuje otázku abolice.⁶³

Promlčení je upraveno tak, že promlčecí lhůta je odstupňována podle závažnosti deliktu, který pachatel spáchal. Tak je stanovena pro delikty trestané tělesnými, a nikoliv hrdelními tresty obecná promlčecí lhůta pěti let.⁶⁴

Jako příklad se uvádí cizoložství, pokud nebylo spojeno s násilím či krvesmilstvem.

⁵⁷ Srov. tamtéž, s. 18–19.

⁵⁸ Srov. čl. 10, § 8, s. 19.

⁵⁹ Tamtéž, § 9, s. 19.

⁶⁰ Srov. tamtéž, § 12, s. 19.

⁶¹ Srov. tamtéž, § 14, s. 20.

⁶² Srov. s. 28–29, §§ 1–7.

⁶³ Tamtéž, s. 29–31.

⁶⁴ Tamtéž, čl. 16, § 2, s. 29.

Lhůta deseti let je stanovena na delikty prosté krádeže, při které nedošlo k vlámání, a nevztahuje se rovněž na svatokrádež nebo loupež.⁶⁵

Promlčecí lhůta dvaceti let je pak stanovena na delikty stíhané hrdelními tresty, přičemž se výslovně uvádějí vražda, paličství, znásilnění, krvesmilstvo spojené s cizoložstvím, únos osob ženského pohlaví a bigamie.⁶⁶

Promlčení počíná běžet dnem spáchání zločinu, v případě opakování trestné činnosti pak od posledního činu.⁶⁷

Promlčení se ovšem nevztahuje na případy, kdy se pachatel skrýval a znemožnil potrestání, a naopak se stanoví, že promlčení se uplatní v případech, kdy zločin byl znám, ale pachatel, přesto že žil v zemi, nebyl stíhán nebo když zločin zůstal utajen a byl objeven až po jeho promlčení.⁶⁸

Nakonec jako nepromlčitelné zločiny zákoník uvádí celkem 11 deliktů. Je to urážka božské důstojnosti, urážka panovníka – *crimen laese majestatis*, zemězrada, včetně paličství, zjednaná vražda, úmyslná vražda, spáchaná po předchozí úvaze, vražda otce, matky, dítěte, bratra, sestry, pána, paní, vražda spáchaná ze msty na cizích nevinných dětech, podvržení či záměna rodinného původu dítěte, znásilnění, homosexualita („sodomský hřích“), falšování mince, prodávání křesťanů Turkům nebo židům.⁶⁹

Jak jsme již výše uvedli, je čl. 17 věnován úpravě „prominutí a zdvižení hrdelního pokračování“, tedy rozhodnutí o ukončení trestního řízení (abolici) a jeho důsledcích. Rozsah udělené milosti je tu pojat široce – delikt je považován za neexistující – zmařený, „za nespáchaný“ a pachatel „skrže to ode vši žaloby, vykazování, trestu, poškrvny na cti a budoucí výčitky zcela zproštěn, prázděn, a bezpečen se činí“. I když v § 2 se mluví o „všeobecném Pardonu, Amnestii“, výslovně se odlišuje abolice od omilostnění pachatele po vynesení rozsudku. Taková milost na rozdíl od abolice je výslovně omezena jejím obsahem, a delikvent ji může jen v tomto rozsahu užít.

§ 8. Tereziána po Tereziáně

Závěrem těchto spíše poznámek a glos k úvodním článkům Tereziánského zákoníku zbývá ještě poslední úvaha – jaký byl osud těchto problematických ustanovení, tak příkře kritizovaných již v době svého vzniku a odsuzovaných podnes. Byl to opravdu jen pomník, Nemesis, jak byl označován, nepochybně monumentální, feudálního pojetí zločinu a trestu, který zanikl a ztratil se vydáním trestního zákonodárství Josefa II. v roce 1787 a 1788, zákoníkem Františka II. z roku 1803 a nakonec i moderním zákonodárstvím druhé poloviny 19. století? Opravdu nezůstalo z tohoto monumentu nic, co by ovlivnilo vývoj trestněprávní legislativy? Co by ospravedlnilo nedostatek vědecké analýzy tohoto zákoníku?

Ačkoliv jsme se v této stručné studii zabývali především obecnou částí zákoníku a nikoliv trestním procesem v celém jeho rozsahu, přece jen je nezbytné připomenout, že tímto zákoníkem byl odstraněn dualismus procesu, apelačního a inkvizičního, který ještě připouštěl hrdelní řád Josefa I. A nejen to, proces inkvisiční pak vládl až do druhé poloviny 19. století. Převzal ho jak Obecný soudní řád kriminální z r. 1788, tak i Kniha práv nad

⁶⁵ Tamtéž, s. 29, § 3.

⁶⁶ Srov. tamtéž, s. 29, § 4.

⁶⁷ Tamtéž § 6.

⁶⁸ Tamtéž, § 8.

⁶⁹ Tamtéž, § 9.

přečiněními hrdelními a těžkými řádu městského (totiž policie) přestupky z r. 1803, resp. v české verzi z r. 1804. Teprve revoluční vývoj v rakouské monarchii vedl k tomu, že výnosem ministerstva vnitra 31. května 1848 bylo publikováno nařízení císaře, kterým měla být odstraněna ustanovení trestního zákoníku z r. 1803, která již neodpovídala institucím konstitučního státu,⁷⁰ tak bylo nadále zakázáno vystavování na pranýř, vypalování cejchů, bití holí a metlou, tělesné trestání.

Nerealizovaný návrh Kroměřížské ústavy pak v § 5 stanovil, že civilní a trestní řízení před soudy je ústní, v trestním řízení se zavádí proces obžalovací a porotní soudy v řízení tiskovém a u politických deliktů. Podobně pak trestní řád procesní ze 17. ledna 1850 v uvozacím patentu zavádí veřejnost a ústnost řízení, proces obžalovací a porotní soudnictví.

Avšak již 31. prosince 1851 tzv. organickým nařízením, které bylo součástí tzv. Silvestrovských patentů, v čl. 25 opět zavedeno inkviční řízení, v čl. 27. zrušena ústnost řízení, v čl. 29 omezeny porotní soudy a konečně v čl. 31 stanoveno, že řízení před vrchními zemskými soudy a nejvyšším soudním dvorem je výlučně písemné. Tyto zásady pak převzal i trestní soudní řád z r. 1853 a teprve trestní řád z r. 1873 definitivně ukončil panování inkvičních zásad v trestním procesu. Jinými slovy – od vydání tereziánského kodexu tak s krátkou přestávkou v čtyřicátých letech – inkviční zásady ovlivňovaly trestní řízení po více než sto let.

Avšak nejen inkvisice, ale i další zásady v tereziánském kodexu ovlivnily další vývoj trestního práva. Tak kupř. v trestním zákoníku Josefa II. se přebírá v § 11 pravidlo o možnosti uložení jen jednoho trestu s tím, že další je možno uložit jen v případě, že první byl uložen v rozporu se zákonem. Tresty se ukládají jen podle zákona a nehledí se na místní úpravu (§ 12), soudce je při stanovení trestu vázán zákonem (§ 13), trest má být přiměřený provinění (§ 14), trestání souběhu zločinů (§ 15), trestání mrtvých pachatelů (§ 19). Vliv tereziánského zákoníku nalezneme i v § 19, kde se stanoví výlučná platnost zákoníku jofinského, v § 21 při výčtu druhů trestů apod.

Kodifikací Josefa II. však kontinuita trestněprávního systému založeného Tereziánou ani zdaleka nekončí a nalezneme ji zejména v trestním zákoníku z roku 1803. Doklady o vlivu tereziánského zákoníku jistě přinesou další práce věnované jeho obsahu i jeho kritické edici. To však je již mimo rámec těchto našich několika poznámek

⁷⁰ Srov Erlas des k.k. Ministerium des Innern, 31. Mai 1848: „Da mehrere Bestimmungen derzeit bestehenden Strafgesetzbuches über Verbrechen und schwere Polzey- Uebertretungen vom 3. September 1803 der Gesittung und Bildungsstufe der Völker des österreichischen Kaiserstaates, Sowie den Einrichtungen eines constitutionellen Staates in keiner Weise mehr entsprechen, so haben Seine k. k. Majestät... vorläufig, und bis zur Kundmachung eines im constitutionellen Wege abzufassenden und zu sanctionirenden neuen Strafgesetzbuches... zu verordnen beschlossen...“

Anmerkungen zum allgemeinen Teil der Constitutio criminalis Theresiana

Karel Malý

Zusammenfassung

Das Gesetzbuch vereinheitlichte die straf- und strafprozessrechtlichen Vorschriften in der Habsburger Monarchie und wurde, wenn auch nur für kurze Zeit, zum allein gültigen Strafgesetzbuch des österreichischen Staates (ohne Geltung für Ungarn). Für seine auf dem mittelalterlichen Verständnis des Strafrechtes und des Strafprozesses fußende Konzeption wurde es bereits zum Zeitpunkt seiner Entstehung kritisiert. Die Vorbehalte zu diesem mündeten dann in die Ausarbeitung einer neuen Strafgesetzgebung unter Josef II.

Gegenstand der Studie ist eine Analyse einiger allgemeiner Teile der Constitutio Criminalis Theresiana. Der Autor befasst sich sukzessive mit dem Begriff der Straftat (§ 1), vor allem mit der Unterscheidung zwischen „öffentlichen“ und „privat – Verbrechen“, mit den Formen des Verschuldens (§ 2), mit mildernden und erschwerenden Umständen (§ 3), mit Strafen und ihrem Zweck (§ 4), mit Arten an Strafen (§ 5) einschließlich außerordentlichen und „willkührlichen Straffen“ nach freiem Ermessen der Richter (§ 6). Diese Analyse der allgemeinen Bestimmungen des Gesetzbuches schließt mit Überlegungen zum Erlöschen der Strafbarkeit (§ 7).

Im Abschluss der Studie (§ 8) konstatiert der Autor, dass einige Bestimmungen und Konzeptionen der Constitutio Criminalis Theresiana auch die weitere Entwicklung des Strafrechtes beeinflussten, nicht nur im „Inquisitionsverfahren“, das sich im Grunde bis 1873 auf den Strafprozess auswirkte, sondern auch in einer Reihe an Bestimmungen des Josephinischen Strafgesetzes (Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung) und des Strafgesetzes von 1803.