

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Denisa Nováková

Přípustné riziko

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Rudolf Vokoun, CSc.

Katedra trestního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu) : 17. 6. 2019

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

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 113 901 znaků včetně mezer.

Denisa Nováková

V Praze dne 17. 6. 2019

PODĚKOVÁNÍ

Na tomto místě děkuji svému vedoucímu diplomové práce JUDr. Rudolfovi Vokounovi, CSc. za odborné vedení, vstřícný přístup a čas věnovaný konzultacím diplomové práce.

Obsah

Úvod	1
1. Okolnosti vylučující protiprávnost.....	3
1.1. K vymezení trestného činu	3
1.2. K dovození okolností vylučujících protiprávnost.....	3
1.3. K okolnostem vylučujícím protiprávnost konkrétně	4
1.3.1. Krajní nouze	4
1.3.2. Nutná obrana.....	5
1.3.3. Svolení poškozeného	5
1.3.4. Přípustné riziko.....	5
1.3.5. Oprávněné použití zbraně.....	6
1.3.6. Okolnosti vylučující protiprávnost zákonem nedefinované	6
2. Historie.....	8
3. Přípustné riziko	11
3.1. Obecné pojednání o riziku	11
3.2. Zákonná díkce.....	12
3.3. K podstatě přípustného rizika	12
3.4. K otázce subjektu přípustného rizika a nároků na něj kladených.....	13
3.5. K vymezení společensky prospěšné činnosti.....	14
3.6. K subsidiaritě rizika	16
3.7. K proporcionalitě rizika a výsledku.....	16
3.8. K souladu s požadavky právních norem a neexistenci rozporu rizikového jednání s veřejným zájmem, zásadami lidskosti nebo dobrými mravy	17
3.9. Ke vztahu přípustného rizika a obecné prevenční povinnosti podle občanského zákoníku.....	19
3.10. K problematice omylu	20
3.11 Použití v praxi.....	23

4.	Srovnání s ostatními okolnostmi vylučujícími protiprávnost	25
4.1.	Srovnání s nutnou obranou	25
4.2.	Srovnání s krajní nouzí	26
4.3.	Srovnání se svolením poškozeného	28
4.4.	Srovnání s oprávněným použitím zbraně.....	29
4.5.	Srovnání s plněním povinnosti, výkonem práva a výkonem povolání	30
5.	Přípustné riziko ve zdravotnictví	31
5.1.	Úvod do kapitoly přípustného rizika ve zdravotnictví.....	31
5.2.	K pojmu de lege artis	31
5.2.1.	K pramenům obsahu pojmu de lege artis	32
5.2.2.	Výkladové problémy pojmu lege artis	33
5.3.	K otázce, zda porodní asistentky jednají lege artis a k otázce, zda lze na jejich jednání aplikovat institut přípustného rizika.....	35
5.4.	Závěr kapitoly o přípustném riziku ve zdravotnictví.....	37
6.	Přípustné riziko v hospodářské oblasti.....	38
6.1.	Vymezení pojmů.....	38
6.2.	K otázce společenského prospěchu v hospodářském styku nebo hospodářské soutěži	39
6.3.	K subjektu	39
6.4.	K problematice dosaženého stavu poznání	40
6.5.	Způsobení úpadku.....	41
7.	Přípustné riziko ve sportu.....	42
7.1.	Ke společenské prospěšnosti	42
7.2.	K subjektu	43
7.3.	K subsidiaritě rizika a poměru rizika výsledku.....	44
8.	Přípustné riziko de lege ferenda	46
	Závěr.....	49
	Seznam použitých zkratk	51

Seznam použitých zdrojů.....	52
Abstrakt	58
Abstract.....	60

Úvod

Hospodářský a společenský vývoj společnosti se jeví být překotný, nebála bych se jej charakterizovat jako exponenciálně rostoucí. Tento trend ovlivňuje všechny oblasti lidského života. Je-li tu společenský konsenzus v tom smyslu, že podpora hospodářského a společenského vývoje je žádoucí, je třeba přizpůsobit v opačném směru všechny oblasti lidského života tak, aby tento rozvoj umožňovaly a usnadňovaly. A oblast trestního práva nezůstává pozadu.

Každý nový objev je třeba dříve či později vynést z laboratoře do reálného světa ověřit jej v praxi. Pokud stát stojí o výsledky snažení, které znamenají pokrok a rozvoj, musí podpořit i cesty k nim vedoucí. Na jedné straně stát z evidentních důvodů chrání potenciální poškození, na druhé straně však nemůže uplatňovat neúměrnou restrikcí vůči těm, kdož jsou hybateli pokroku. Tito hybatelé si žádají přiměřenou ochranu svého rizikového chování. Pokud by jim ji stát neposkytl, hospodářský rozvoj by pod tíhou restrikcí zaznamenal nejprve stagnující a postupně degresivní trend.

Tato ochrana byla těm, kdo společenský a hospodářský pokrok iniciují, dlouhodobě dovozována pouze doktrinálně, načež zákonodárce zareagoval tím, že do právního řádu České republiky zavedl spolu se zákonem č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, novou okolnost vylučující protiprávnost – a sice přípustné riziko. Podle něj trestný čin nespáchá, kdo v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi, které měl v době svého rozhodování o dalším postupu, vykonává v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce společensky prospěšnou činnost, kterou ohrozí nebo poruší zájem chráněný trestním zákonem, nelze-li společensky prospěšného výsledku dosáhnout jinak, přičemž nejde o přípustné riziko, jestliže taková činnost ohrozí život nebo zdraví člověka, aniž by jím byl dán k ní v souladu s jiným právním předpisem souhlas, nebo výsledek, k němuž směřuje, zcela zřejmě neodpovídá míře rizika, anebo provádění této činnosti zřejmě odporuje požadavkům jiného právního předpisu, veřejnému zájmu, zásadám lidskosti nebo se přičí dobrým mravům.

Použití institutu přípustného rizika se však nemusí omezit jen na oblast vědy a výzkumu. Použití přípustného rizika v oblasti výzkumu ve zdravotnictví je nasnadě. Je nicméně možné a žádoucí aplikaci rozšířit např. i na činnost sportovců a do oblasti hospodářské soutěže. Teoreticky se ani zde nemusíme zastavit, nicméně v těchto třech oblastech přípustné riziko nachází své uplatnění nejčastěji a tedy budou na následujících řádcích rozebrány.

S takto vymezeným ustanovením vyvstává mnoho dalších otázek. Konkrétně bych uvedla následující. Jaké je vymezení společensky prospěšné činnosti? Je třeba na subjekt přípustného rizika klást nějaké zvláštní požadavky a omezit tak okruh osob, které se jej mohou dovolávat? Jakou je třeba dodržet míru rizika ve vztahu k následkům, aby se ochrana nestala bezbřehou? A lze vůbec chránit rizikovou činnost, když lze téhož výsledku dosáhnout i cestou s absencí rizik ale s vynaložením neúměrných nákladů? Ve vlastní práci tedy budou vysvětlena hodnotící kritéria a závěry k těmto otázkám.

V úvahách o přípustném riziku je však možné jít ještě dál a zhodnotit, do jaké míry tato úprava poskytuje experimentátorům dostatečné jistoty a záruky a zda sama aplikace tohoto ustanovení není rizikem. Závěrem bude na místě zhodnotit, po bezmála deseti letech účinnosti předmětného ustanovení, zda a popř. do jaké míry se osvědčil a zda bylo vůbec potřeba takové ustanovení do právního řádu zavádět.

1. Okolnosti vylučující protiprávnost

1.1.K vymezení trestného činu

Podle § 13 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník (dále jen TZ) se trestným činem rozumí protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně. Tímto zněním se platný a účinný trestní zákoník výrazně odklonil od znění trestního zákona účinného do 31. 12. 2009, kdy podle § 3 zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, byl trestným činem společensky nebezpečný čin, jehož znaky byly uvedeny v tomto zákoně; přičemž čin, jehož stupeň nebezpečnosti pro společnost byl nepatrný, nebyl trestným činem, i když jinak vykazoval znaky trestného činu. Tímto se zákonodárce distancoval od formálně-materiálního pojetí trestného činu a přijal pojetí formální, kdy napříště již nebude konstitutivním znakem trestného činu jeho společenská nebezpečnost. Znak společenské nebezpečnosti však bude nadále působit jako materiální korektiv stejně tak, jak je to obvyklé v úpravách vyspělých západních států.¹ V praxi bude tento materiální korektiv naplněn užitím zásady subsidiarity trestní represe, která je pozitivním právem vyjádřena v § 12 TZ, a stručně ji lze vyložit tak, že „...*trestní právo představuje prostředek poslední instance (ultima ratio)*...[a] *nastupuje tam, kde ostatní prostředky právní nebo mimoprávní se ukáží jako neúčinné.*“²

1.2.K dovození okolností vylučujících protiprávnost

Protiprávnost je taková vlastnost jednání, které je v rozporu s požadavky pozitivního práva na ochranu zájmů, hodnot a statků.³ Existují však okolnosti, za kterých je porušení tohoto pravidla přípustné, ba dokonce žádoucí, a to hlavně tam, kde i při naplnění všech znaků skutkové podstaty absentuje materiální znak trestného činu, a sice jeho společenská nebezpečnost. Z toho důvodu zákonodárce konstituoval okolnosti vylučující protiprávnost, což jsou ve své podstatě negativní podmínky trestnosti, nebo

¹KUCHTA, Josef. Několik poznámek k postavení a formulaci okolností vylučujících protiprávnost v připravované rekodifikaci trestního zákona. *Trestněprávní revue*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2003, 2(2), 47. ISSN 1213-5312.

²JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou: zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, advokátní tarif. 7. aktualizované vydání. Praha: Leges, 2017. 1312 s. Glosátor. ISBN 978-80-7502-230-1 s. 26

³KUCHTA, Josef. Několik poznámek k postavení a formulaci okolností vylučujících protiprávnost v připravované rekodifikaci trestního zákona. *Trestněprávní revue*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2003, 2(2), 48. ISSN 1213-5312.

také podmínky, které když se objeví, tak trestnost pachatele kontraindikují. Co je podstatné, okolnosti vylučující protiprávnost vylučují trestní odpovědnost od počátku, k trestnému činu tedy nikdy nedošlo. Tím se okolnosti vylučující protiprávnost liší od důvodů zániku trestní odpovědnosti, kdy v době spáchání trestného činu byly splněny všechny podmínky trestnosti, avšak později nastaly skutečnosti tuto trestnost rušící.⁴

1.3.K okolnostem vylučujícím protiprávnost konkrétně

Klapal vyslovil názor, že v podstatě existuje jediná okolnost vylučující protiprávnost, a tou je výkon práv a povinností, a ostatní „... jsou jen speciálními případy této obecné okolnosti vylučující protiprávnost.“⁵

Trestní zákoník taxativně vymezil pět okolností vylučujících protiprávnost, kterými jsou:

- krajní nouze (§ 28)
- nutná obrana (§ 29)
- svolení poškozeného (§ 30)
- přípustné riziko (§ 31)
- oprávněné použití zbraně (§ 32)

1.3.1. Krajní nouze

Podle § 28 TZ v krajní nouzi jedná ten, kdo odvrací nebezpečí hrozící svému nebo cizímu zájmu chráněného trestním zákonem, toto nebezpečí hrozí přímo (bezprostředně), nebezpečí za daných okolností nelze odvrátit jinak, způsobený následek není zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil, a ten komu nebezpečí hrozilo, neměl povinnost je snášet. Pokud jde o krajní nouzi, lze obecně shrnout, že se jedná o „(...) nejobecnější okolnost vylučující protiprávnost, protože například nutná obrana je speciálním případem krajní nouze a i další okolnosti vylučující protiprávnost svým způsobem s krajní nouzí souvisí.“⁶

⁴tamtéž

⁵KLAPAL, Vít. Svolení poškozeného jako okolnost vylučující protiprávnost. *Trestněprávní revue*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2005, 4(10), 260. ISSN 1213-5313.

⁶CÍSAŘOVÁ, Dagmar. K nové koncepci okolností vylučujících protiprávnost. *Trestní právo*. Praha: Nakladatelství ORAC, s r. o., 2000, 5(10), 9. ISSN 1211-2860.

1.3.2. Nutná obrana

Podle § 29 TZ v nutné obraně jedná ten, kdo odvrací přímo hrozící nebo trvající útok na zájem chráněný trestním zákonem a toto jednání není zcela zjevně nepřiměřené způsobu útoku. „Útok je úmyslné protiprávní jednání (konání ale i opomenutí) člověka (včetně osoby nepřičetné, dítěte nebo osoby jednající ve skutkovém omylu), které je pro společnost škodlivé (nebezpečné) a má znaky trestného činu, přestupku či jiného deliktu. Jednání dovolené (včetně nutné obrany a jednání v krajní nouzi) nelze pokládat za útok, a proto proti němu nelze použít nutnou obranu.“⁷ K této koncepci se přiklání i Jelínek, když říká, že „útok je úmyslné, protiprávní jednání člověka, jež je nebezpečné pro společnost.“⁸ Takový útok však nemusí být trestným činem, proto může být útočníkem osoba nepřičetná, dítě i osoba jednající v omylu, a lze tedy proti těmto osobám užít nutné obrany.⁹

1.3.3. Svolení poškozeného

Svolení poškozeného je podle § 30 TZ okolností vylučující protiprávnost, pokud ten, kdo jedná, jedná na základě svolení osoby, jejíž zájmy, o nichž tato osoba může bez omezení oprávněně rozhodovat, jsou činem dotčeny. Zároveň toto svolení musí být dáno předem nebo současně s jednáním osoby páchající čin jinak trestný, dobrovolně, určitě, vážně a srozumitelně. Je-li takové svolení dáno až po spáchání činu, je pachatel beztrestný, mohl-li důvodně předpokládat, že dotčená osoba by tento souhlas jinak udělila vzhledem k okolnostem případu a svým poměrům. Za svolení nelze považovat souhlas k ublížení na zdraví nebo usmrcení, s výjimkou případů svolení k lékařským zákrokům. To vyplývá z Listiny základních práv a svobod, kdy právo na život je základním lidským právem podle čl. 6, přičemž podle čl. 1 jsou tato práva kromě jiného nezcizitelná, tedy mají veřejnoprávní a nelze je postoupit na jiného.

1.3.4. Přípustné riziko

Za okolnosti přípustného rizika jednal podle § 31 TZ ten, kdo v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi, které měl v době svého rozhodování o dalším postupu, vykonává v rámci svého zaměstnání, povolání postavení nebo funkce

⁷VOČKA, Vladimír. In: DRAŠTÍK, Antonín, Robert FREMR, Tomáš DURDÍK, Miroslav RŮŽIČKA a Alexander SOTOLÁŘ a kol. *Trestní zákoník: Komentář. I. díl.* Praha: WoltersKluwer, 2015. Komentáře (WoltersKluwer ČR). ISBN 978-80-7478-790-4. s. 250

⁸JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část.* 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 262

⁹tamtéž

společensky prospěšnou činnost, kterou ohrozí nebo poruší zájem chráněný trestním zákonem, nelze-li společensky prospěšného výsledku dosáhnout jinak. O přípustné riziko nepůjde, pokud taková činnost ohrozí život nebo zdraví člověka, aniž by k ní byl dán souhlas v souladu s jiným právním předpisem; nebo výsledek zcela zjevně neodpovídá míře rizika; nebo provádění takové činnosti zřejmě odporuje požadavkům jiného právního předpisu, veřejnému zájmu, zásadám lidskosti nebo se přičí dobrým mravům.

1.3.5. Oprávněné použití zbraně

Podle § 32 TZ trestný čin nespáchá, kdo použije zbraň v mezích stanovených jiným právním předpisem. Tímto předpisem může být např. zákon č. 219/1999 Sb., o ozbrojených silách České republiky, zákon č. 17/2012 Sb., o Celní správě České republiky, zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, zákon č. 553/1991 Sb., o obecní policii, zákon č. 300/2013 Sb., o Vojenské policii a o změně některých zákonů, zákon č. 555/1992 Sb., o Vězeňské a justiční strážci České republiky, zákon č. 154/1994 Sb., o Bezpečnostní informační službě České republiky, zákon č. 289/2005 Sb., o Vojenském zpravodajství a zákon č. 341/2011 Sb., o Generální inspekci bezpečnostních sborů a změně souvisejících zákonů.¹⁰

1.3.6. Okolnosti vylučující protiprávnost zákonem nedefinované

Vedle okolností vylučujících protiprávnost taxativně stanovených zákonem existují i takové, které vytvořila teorie a praxe. Analogie ve vytváření okolností vylučujících protiprávnost je přípustná, neboť jde o analogii ve prospěch pachatele.

Těmito okolnostmi jsou

- plnění povinnosti
- výkon práva
- a výkon povolání.

Plněním povinnosti se myslí plnění povinnosti vyplývající ze zákona, z rozhodnutí soudu nebo jiného státního orgánu¹¹, takže se např. insolvenční správce, který zpeněží majetkovou podstatu dlužníka, nedopouští zpronevěry.

¹⁰JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou: zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, advokátní tarif*. 7. aktualizované vydání. Praha: Leges, 2017. 1312 s. Glosátor. ISBN 978-80-7502-230-1 s. 67

¹¹JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s 274-275

Výkonem práva se myslí např. situace, kdy osoba oprávněná k užívání bytu z titulu služebnosti bytu podle § 1297 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen OZ), se nedopouští přečinu neoprávněného zásahu do práva k domu, bytu nebo k nebytovému prostoru.

A nakonec, kdo řádně vykonává své povolání, tedy způsobem, který plní svůj účel, nedopouští se trestného činu.¹² Tedy např. pracovník finančního úřadu se při provádění místního šetření nedopouští porušování domovní svobody.

¹² tamtéž s. 275

2. Historie

Institut přípustného rizika se v textu zákonné normy objevil až v trestním zákoníku. I v minulosti se však praxe musela vypořádat se situacemi, které bychom dnes subsumovali pod institut přípustného rizika, proto byly jeho podmínky dovozovány alespoň doktrinálně.

Solnař ve své učebnici z roku 1947 v kapitole Důvody vylučující trestnost zmiňuje institut „ohrožení“ jako dovolený a tedy beztrestný, nepřesahuje-li míru stanovenou zvláštními předpisy, nebo je-li toto ohrožení úměrné sociálnímu určení.¹³ Jako speciální důvod vylučující trestnost uvádí Solnař lékařský zákrok. Aby byl lékařský zákrok důvodem vylučujícím trestnost, musí být splněny následující podmínky. Zákrok si klade za cíl zajistit dobrý zdravotní stav nemocného, je odborně činěn svědomitým lékařem, pacient musí vyslovit souhlas a musí tu být absence zlého úmyslu.¹⁴

Přípustné riziko se do textu právní normy (nikoli však výslovně) dostalo spolu se zákonem č. 101/2000 Sb., kterým se novelizoval trestní zákon č. 140/1961 Sb. Příčinou mohlo být částečné rozvolnění poměrů v hospodářské oblasti.¹⁵ Podle ustanovení § 256c odst. 1 písm. e) TZ 1961 kdo si byť i z vědomé nedbalosti přivodí předlužení tím, že učiní nad rámec obvyklého podnikatelského rizika obchod nebo operaci, která nenáleží k jeho podnikatelské činnosti nebo je v hrubém nepoměru k jeho majetkovým poměrům, bude potrestán odnětím svobody (...).

Přes tyto prvotní náznaky jsou podmínky přípustného rizika dále teoreticky dovozovány odborníky. Nezkusil ve své učebnici Československé trestní právo dovozuje podmínky „dovoleného rizika“ takto. Předně musí jít o společensky prospěšný cíl, musí být uváženy všechny vědecké poznatky známé za dané situace a v dané chvíli, pravděpodobnost škody musí být nižší než pravděpodobnost společensky prospěšného výsledku a nakonec cíle nemůže být dosaženo jinak.¹⁶

Na rozdíl od Solnaře zařazuje Dolenský v publikaci o padesát let novější lékařský zákrok pod výkon povolání, který samozřejmě chápe jako okolnost vylučující protiprávnost. Dolenský dále jako okolnost vylučující protiprávnost definuje „riziko

¹³SOLNAŘ, Vladimír. *Trestní právo hmotné: Část obecná*. 2. vydání. Praha: Knihovna sborníku věd právních a státních, 1947. str. 109

¹⁴tamtéž str. 111

¹⁵STEHLÍK, Pavel. *Přípustné riziko v trestním právu*. Plzeň, 2013. Diplomová práce. Západočeská univerzita v Plzni, Právnická fakulta. Vedoucí práce Jindřich Fastner. s. 15

¹⁶NEZKUSIL, Jiří. *Československé trestní právo*. Sv. I, Obecná část. 3. přeprac. a dopl. vyd. Praha: Orbis, 1976. Právnické edice. Učebnice. s. 128

ve výrobě a výzkumu“, kdy připouští, že není možné dosáhnout vědeckého pokroku bez vystavení právem chráněných zájmů určitému riziku. Dále Dolenský používá zkratku „dovolené riziko“. V tomto smyslu dovolené riziko se používá subsidiárně vůči krajní nouzi a výkonu povolání, nastupuje tedy v případě, že nedovodíme protiprávnost podle dvou posledně zmíněných. Jednání a okolnosti rizika ve výrobě a výzkumu musí sledovat společensky prospěšný cíl. Pokud si ten, kdo jedná, klade za cíl odvrátit nebezpečí škody, nemusí toto nebezpečí hrozit bezprostředně, což je právě rozdíl od krajní nouze. Riziko musí zohledňovat aktuální stav vědeckého poznání, což naopak nelze žádat při jednání v krajní nouzi, které je svou povahou bezprostřední. Za okolnosti dovoleného rizika lze jednat v případě, kdy nelze společensky prospěšného cíle dosáhnout jinak. Dále stupeň dovoleného rizika musí odpovídat očekávanému prospěchu a¹⁷ „pravděpodobnost škody musí být podstatně menší než pravděpodobnost očekávaného společenského užitku.“¹⁸ Konkrétně pro případ lékařského experimentu, se tehdejší nauka shodla v tom, že je-li to možné, je třeba vyloučit nebezpečí vážné újmy na zdraví nebo smrti.¹⁹

V roce 1996 byla úprava dovoleného rizika následující: „*Není trestný ten, kdo v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi, které měl v době svého rozhodování o dalším postupu k dispozici, vykonává společensky prospěšnou činnost, kterou ohrožuje nebo porušuje zájem chráněný tímto zákonem, nelze-li bez rizika tohoto výsledku dosáhnout. Nejde o dovolené riziko, jestliže tato činnost ohrožuje zdraví nebo život, nebo výsledek, k němuž směřuje, zcela zjevně neodpovídá míře rizika, anebo provádění činnosti zřejmě odporuje veřejnému zájmu, zásadám lidskosti, dobrých mravů a požadavkům právních norem.*“²⁰ Na platné zákonné znění jsme museli ještě třináct let počkat, přičemž původní návrh dostal určitých změn. Předně je třeba konstatovat, že požadavky kladené na subjekt se zpřísnily v tom smyslu, že nově může za okolnosti přípustného rizika jednat ten, kdo jedná v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce. Naproti tomu si povšimněme, že původně kategorický závěr, kdy nejde o dovolené riziko, jestliže předmětná činnost ohrozí zdraví nebo život, byl umírněn do té míry, že k ohrožení života nebo zdraví může dojít, byl-li k této činnosti dán souhlas v souladu s jiným právním předpisem. Tento posun lze hodnotit pozitivně, neboť původní

¹⁷DOLENSKÝ, Adolf. In: NOVOTNÝ, Oto, Adolf DOLENSKÝ, Jiří JELÍNEK a Marie VANDUCHOVÁ. *Trestní právo hmotné*. 3. přeprac. vyd. Praha: Codex, 1997, 328 s. ISBN 80-859-6324-8. s. 147, 148

¹⁸tamtéž

¹⁹tamtéž s. 148, 149

²⁰Rekodifikace trestního práva hmotného ČR (podklad pro zpracování věcného záměru reformy trestního práva hmotného, Brno, březen 1996

navrhované znění by znemožňovalo zavádění nových léků a léčebných prostředků, což je činnost, z jejíž podstaty k ohrožení zdraví dochází, a přesto je tu společenský konsenzus v tom smyslu, že je to činnost žádoucí.

3. Přípustné riziko

3.1. Obecné pojednání o riziku

Při pokusu definovat pojem riziko nutně dojdeme k závěru, že se nám jednotné definice nedostane, neboť se jedná o pojem příliš široký a mnohoznačný.

Všeobecná encyklopedie definuje riziko jako „*možnost, že s určitou pravděpodobností vznikne událost, jež se liší od předpokládaného stavu či vývoje.*“²¹

Šebek je toho názoru, že riziková je taková situace, kdy nejsme přesně schopni předvídat průběh určitého procesu nebo jeho výsledky, ale lze jej pouze odhadovat na základě pravděpodobnosti.²²

Internetový slovník cizích slov říká, že riziko je „*nebezpečí, vysoká míra pravděpodobnosti nezdaru, ztráty.*“²³

Příruční slovník naučný definuje riziko tak, že jde o „*nebezpečí nezdaru, jež je spojeno s každou lidskou činností, odvaha, s níž se překonává nejistota, vyplývající z neúspěchu.*“²⁴

Zahraniční literatura nabízí např. takovou definici rizika, kdy jde o neštěstí, které nejspíš nastane, přičemž není možno jej svou prozíravostí předvídat nebo se před ním chránit, nicméně před mnohými z nich se lze ochránit obezřetností.²⁵

Už z tohoto výčtu je vidět, že se jednotliví autoři na jednotné definici neshodnou. Nadto se některé renomované slovníky pojmu riziko úplně vyhýbají.²⁶

Z této ukázky je zřejmé, že obecné definice rizika můžeme v zásadě dělit na dvě skupiny, a to sice (1) ty definované nezdarem, a na (2) ty, které definují riziko jako jakýkoli odklon od očekávaného vývoje ať pozitivním nebo negativním směrem.

²¹KLABANOVÁ, Olga. *Všeobecná encyklopedie ve čtyřech svazcích*. Díl 3, m-r. Praha: Nakladatelský dům OP, 1997. Encyklopedie Diderot. ISBN 80-85841-35-5. str. 685

²² Srov. podle KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 12

²³Význam slova riziko. *Slovník cizích slov* [online]. [cit. 2019-03-11]. Dostupné z: <http://www.slovník-cizích-slov.cz/riziko.html>

²⁴ Srov. podle KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 11

²⁵ „*Misfortunes may be sure to happen that human prudence cannot foresee or guard against, but many there are might be prevented by prudence and proper attention.*“ HAGGERTY, Sheryllynne. Risk. In: *'Merely for Money?': Business Culture in the British Atlantic, 1750–1815*. B.m.: Liverpool University Press, 2012, p. 34–65., p. 34

²⁶*Ottův slovník naučný: illustrovaná encyklopaedie obecných vědomostí*. Praha: Paseka, 2003. ISBN 80-718-5298-8.; HÁCHA, Emil, Jiří HOETZEL, František WEYR a Karel LAŠTOVKA. *Slovník veřejného práva československého*. Sv. III, [P-R]. Repr. pův. vyd. z r. 1934. Praha: Eurolex Bohemia, 2000. ISBN 80-902752-7-3.; HENDRYCH, Dušan a kol. *Právníký slovník*. 3., podstatně rozš. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2009. Beckovy odborné slovníky. ISBN 978-80-7400-059-1.

Od pojmu riziko je třeba odlišit pojem nebezpečí. Nebezpečím je třeba rozumět stav hrozící poruchou.²⁷ Kuchta je toho názoru, že riziko je pojmem širším, neboť zahrnuje pravděpodobnost jak pozitivního tak nechtěného výsledku, zatímco nebezpečí kalkuluje jenom s možností ztráty a její pravděpodobností.²⁸ Tímto se však Kuchta distancoval od druhého uvedeného typu definicí rizika.

3.2. Zákonná dikce

§ 31 TZ

Přípustné riziko

(1) Trestný čin nespáchá, kdo v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi, které měl v době svého rozhodování o dalším postupu, vykonává v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce společensky prospěšnou činnost, kterou ohrozí nebo poruší zájem chráněný trestním zákonem, nelze-li společensky prospěšného výsledku dosáhnout jinak.

(2) Nejde o přípustné riziko, jestliže taková činnost ohrozí život nebo zdraví člověka, aniž by jím byl dán k ní v souladu s jiným právním předpisem souhlas, nebo výsledek, k němuž směřuje, zcela zřejmě neodpovídá míře rizika, anebo provádění této činnosti zřejmě odporuje požadavkům jiného právního předpisu, veřejnému zájmu, zásadám lidskosti nebo se přiči dobrým mravům.

3.3. K podstatě přípustného rizika

Aby společnost zažívala hospodářský pokrok, je dříve či později potřeba nové poznatky ověřit v praxi. Toto ověřování je však imanentně spojeno s určitou mírou rizika.²⁹ „Podstata (...) přípustného rizika spočívá ve výkonu činností, které jsou charakterizovány jednak možností vzniku zamýšleného společensky pozitivního následku, jednak také možností vzniku nezamýšlené, přitom však kalkulované ztráty (škody, újmy).“³⁰ Jestliže stát schvaluje vývoj vědy, technologií, zdravotnictví apod., musí

²⁷ŠÁMAL, Pavel. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 391

²⁸KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 14

²⁹GRÍVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 426

³⁰PŮRY, František a Josef KUCHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 307. ISBN 978-80-87212-77-6.

tolerovat i přiměřená rizika, která jsou s tímto experimentováním spojena.³¹ Aplikaci institutu přípustného rizika však nelze omezit jen na vědu a výzkum, je třeba jeho uplatnění chápat širěji např. i na hospodářskou a sportovní činnost.³²

3.4.K otázce subjektu přípustného rizika a nároků na něj kladených

Ustanovení § 31 TZ říká, že za okolnosti přípustného rizika může jednat ten, kdo v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce vykonává společensky prospěšnou činnost. Z toho lze usuzovat, že osoba jednající za okolnosti přípustného rizika je ve smyslu nauky speciálním subjektem, jak tuto kategorii vymezuje Jelínek.³³ Tento požadavek je oprávněný, neboť jen odborník může reálně posoudit dopady svého rizikového jednání. Císařová tento požadavek názorně demonstruje na tom příkladu, že kdyby tato podmínka nebyla dána, tak podmínky jednání za okolnosti přípustného rizika budou naplněny i u amatérských domácích „kutílů“, kteří by experimentovali s chemickými látkami.³⁴

V hospodářské praxi však dochází k situacím, kdy ve věcech, které nesnesou odkladu, a kde hrozí zmaření účelu, učiní rizikové rozhodnutí řadový zaměstnanec namísto pověřeného odborníka z vrcholného managementu. V těchto situacích je vhodné zvážit užití institutu krajní nouze před přípustným rizikem.³⁵ Shodně Kratochvíl k tomuto uvádí, že za určitých okolností, které nesnesou odklad, může jednat pracovník v hierarchii níže postavený, pokud má o věci základní informace; a někdy dokonce kdokoli, kdo je v témže čase na témže místě a má nějakou šanci nebezpečí zvrátit.³⁶

Shodně s Púrym a Kuchtou se stavím k názoru, že v těchto situacích, kdy se do věci, která nesnese odkladu, vkládá řadový zaměstnanec, se lépe hodí aplikace institutu krajní nouze, a to z následujícího důvodu. V této vypjaté situaci, která si vyžaduje rychlé řešení, již nejde o rizikové vytváření nových společensky prospěšných hodnot, jak je to vlastní institutu přípustného rizika. Mnohem více se ta situace blíží krajní

³¹tamtéž

³²KUCHTA, Josef. In: KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva: trestní právo hmotné : obecná část*. Praha: C.H. Beck, 2009, 797 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-042-3. s. 391

³³JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 216

³⁴CÍSAŘOVÁ, Dagmar. K nové koncepci okolností vylučujících protiprávnost. *Trestní právo*. Praha: Nakladatelství ORAC, s r. o., 2000, 5(10), 10. ISSN 1211-2860.

³⁵PÚRY, František a Josef KUCHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnické dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 319. ISBN 978-80-87212-77-6.

³⁶KUCHTA, Josef. In: KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 978-80-7179-082-2. odst. 1326

nouzi, kdy někdo ve shodně s ustanovením § 28 TZ odvrací nebezpečí přímo hrozící zájmu chráněnému trestním zákonem. Situace je poměrně přehledná a není mnoho možností, jak ji vyřešit. Pokud by šlo o invenční vytváření nových hodnot, které z podstaty věci tolik nespěchá, vyčkalo by se, až bude vedoucí pracovník dostupný.

*„Kvalifikovaná osoba musí o rizikovém jednání rozhodovat lege artis, tedy v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi v době rozhodování o dalším postupu.“*³⁷ Nelze však po jednajícím subjektu požadovat, aby získal a odborně prověřil každíčkou dílčí informaci. Toto prověřování je v marginálních záležitostech nadbytečné a mohlo by vést ke zmaření účelu. Zvážení marginálních záležitostí lze provést kvalifikovaným odhadem.³⁸ Přestože právní norma stanovila nějaký postup jako „lege artis“, lze se od takového postupu odchýlit za předpokladu, že takový postup je již vědecky překonaný.³⁹

3.5.K vymezení společensky prospěšné činnosti

Na začátek uvedme obecnou tezi stran toho, co je společensky prospěšná činnost. *„Účelem jednání musí být společensky prospěšná činnost. Tu lze definovat jako činnost, která sleduje dosažení obecného blaha (dobra), tedy takových podmínek společenského života, jejichž prostřednictvím mohou lidé plněji a snáze dosáhnout vlastního zdokonalení.“*⁴⁰ Gřivna je v této věci poněkud věcnější a přímější, když říká, že *„riziko je prospěšné, jestliže se jeho podstoupením zvyšuje celková společenská efektivnost a produktivita práce, jestliže dochází k osobním, časovým a materiálním úsporám...“*⁴¹

Ponoříme-li se do problematiky hlouběji, vyvstane otázka, zda může být individuální zájem v konkrétním případě označen za celospolečensky prospěšný a zda tedy jako takový může uplatnit benefit přípustného rizika. Kuchta v roce 1997 deklaroval nutnost, aby zamýšlený cíl byl rentabilní z celospolečenského hlediska.⁴² V roce 2011 lze

³⁷GŘIVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 428

³⁸tamtéž

³⁹PŮRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 318. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁴⁰VOČKA, Vladimír. In: DRAŠTÍK, Antonín, Robert FREMR, Tomáš DURDÍK, Miroslav RŮŽIČKA a Alexander SOTOLÁŘ a kol. *Trestní zákoník: Komentář. I. díl*. Praha: WoltersKluwer, 2015. Komentáře (WoltersKluwer ČR). ISBN 978-80-7478-790-4. s. 259

⁴¹GŘIVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 428

⁴²KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 104

zaznamenat Kuchtův názorový posun v tom smyslu, že obecně jsou z ochrany vyloučeny zájmy individuální, ačkoli nelze vyloučit ty se společenským dosahem. Púry a Kuchta na tomto místě zmiňují např. prestiž nebo majetkový prospěch z patentů.⁴³ V hospodářském styku není vyloučeno, aby soutěžící subjekty prosazovaly to, co je celospolečenským zájmem, na úkor jiných soutěžících subjektů. Toto omezování však není a nemůže být bezbřehé a nachází své limity v zákonné úpravě nekalé soutěže. Převaha určitého subjektu je legitimizována zvýšenou poptávkou po jeho službách nebo produktech, čímž se ukáže, že skutečně prosazoval společensky prospěšný cíl.⁴⁴ Dále lze nalézt jiné příklady, kdy je individuální zájem zároveň zájmem celospolečenským. A je jím např. můj zájem jako účastníka klinické studie na tom, aby tuto studii prováděl pouze odborník postupem *de lege artis*. V případě klinické studie je ten zájem evidentní. Je ale celospolečenským zájmem zájem na ochraně života nebo zdraví jednotlivce? Dle mého názoru ano, protože nemá-li záruky ochrany a řádné péče o svůj život jednatel, pak je nemá nikdo.

Při hledání toho, co je společensky prospěšné, se nutně dostaneme do potíží. Prvním takovým problémem je fakt, že jednotlivé společenské potřeby jsou relativní a vystupují proti sobě. Těžko bychom hledali společenskou potřebu, na jejíž prospěšnosti by se shodla společnost jako celek.⁴⁵ Jednotlivé zájmy se dostávají do kolize zvláště tam, kde jsou definovány příliš široce. Čím jsou tyto zájmy definovány širěji, tím větší restrikce se uplatňuje vůči tomu, kdo je může potenciálně ohrozit. Není však na místě bez dalšího preferovat zájmy toho, kdo může být poškozen. V situaci, kdy jsou chráněné zájmy definovány příliš široce, se tak z toho, kdo potenciálně ohrožuje, stává „poškozený“. Ochranu je třeba vyvážit pomocí zvyklostí použitých za konkrétních okolností tak, aby se omezovala újma chráněného, ale i omezovaného, která je tím větší, čím širěji je definována ochrana.⁴⁶

⁴³PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 312. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁴⁴ŠOFR, David. *Dovolené riziko*. Praha, 2016. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta. Vedoucí práce Rudolf Vokoun. s. 37

⁴⁵PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 313. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁴⁶PETROV, Jan. Protiprávnost a obecná prevenční povinnost. *Právní rozhledy*. Praha: C. H. Beck, 2007, **15**(20), 746. ISSN 1210-6410.

Dalším úskalím je fakt, že celospolečenské potřeby, priority a preference jsou proměnlivé v čase.⁴⁷ Proto je třeba rizika hodnotit ex ante, tedy na základě informací, které měl jednajíc v době, kdy se rozhodoval o dalším postupu.⁴⁸

3.6.K subsidiaritě rizika

Je-li možné dosáhnout sledovaného cíle při eliminování veškerých rizik, je nutné použít tento bezpečný postup. Mohou se však vyskytnout případy, kdy sice existuje neriziková cesta k výsledku, ale tato si žádá nepoměrně více osobních časových a věcných nákladů než cesta riziková. Za těchto okolností bude možno volit i cestu rizikovou. Dovedeme-li tuto úvahu dále, jednajíc nemusí volit vždy tu nejméně rizikovou variantu, ale volí tu s nejuvhodnějším poměrem užítku a škody i jejich velikosti.⁴⁹ Přiznejme, že v reálném světě není cest bez rizika. Pro praxi proto vylučme tu variantu s absencí rizik a soustředíme se na absolutní hodnoty sledovaného cíle a možné ztráty a nejuvhodnější poměr mezi nimi. To se budeme více věnovat v kapitole níže. Shodně jako Púry a Kuchta se k subsidiaritě rizika staví Vočka.⁵⁰

3.7.K proporcionalitě rizika a výsledku

V úvodu této kapitoly je třeba deklarovat, že tam, kde škodlivému následku nelze zabránit, nejde o přípustné riziko.⁵¹ Podle ustanovení § 31 odst. 2 TZ nejde o přípustné riziko, jestliže taková činnost vede k výsledku, který zcela zřejmě neodpovídá míře rizika. Takové ustanovení však nevylučuje určitou disproporci v celém rozsahu. „*Jednáním za podmínek přípustného rizika může být způsoben následek závažnější než očekávaný výsledek.*“⁵² Při porovnávání toho, co ještě spadá pod přípustnou míru rizika a co už nikoli, nezáleží ani tak na absolutní hodnotě rizika vůči absolutní hodnotě pozitivního

⁴⁷ PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právníké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 313 - 314. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁴⁸ KUČHTA, Josef. In: KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva: trestní právo hmotné : obecná část*. Praha: C.H. Beck, 2009, 797 s. Beckovy právníké učebnice. ISBN 978-80-7400-042-3. s. 391

⁴⁹ PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právníké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 315. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁵⁰ VOČKA, Vladimír. In: DRAŠTÍK, Antonín, Robert FREMR, Tomáš DURDÍK, Miroslav RŮŽIČKA a Alexander SOTOLÁŘ a kol. *Trestní zákoník: Komentář. I. díl*. Praha: WoltersKluwer, 2015. Komentáře (WoltersKluwer ČR). ISBN 978-80-7478-790-4. s. 259

⁵¹ GRÍVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář. 2. vyd.* V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 430

⁵² GRÍVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář. 2. vyd.* V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 429

očekávaného výsledku, jako spíš na velikosti rozdílu mezi těmito dvěma hodnotami.⁵³ Toto stanovisko lze doplnit tezí, že nelze podniknout rizikové jednání, které by na jedné straně mohlo přinést významné pozitivní následku, je-li tu riziko katastrofálního škodlivého následku, ačkoli jeho pravděpodobnost není velká.⁵⁴ Púry a Kuchta se blíže zaměřují na přípustné riziko v hospodářské praxi. Vycházejí z teze, že nelze bez dalšího volit variantu s nejvyšším pravděpodobným užitekem, když na druhé straně stojí možný katastrofální následek. Proto při kalkulaci rizik vychází z varianty s nejvyšším plánovaným užitekem, načež zhodnotí možná rizika. Jsou-li tato rizika přijatelná a dostojí touto variantou i dalším podmínkám přípustného rizika, zůstanou u ní. Pokud ne, zkusí další variantu s druhou nejvyšší užitečností.⁵⁵ Za shodný postup se staví autorský kolektiv komentáře nakladatelství C. H. Beck.⁵⁶ Rámec toho, co je a co není přiměřené, je tedy stanoven poměrně široce, mezi očekávaným výsledkem a mírou rizika však „*nesmí být zcela zřejmý nepoměr*“.⁵⁷

3.8.K souladu s požadavky právních norem a neexistenci rozporu rizikového jednání s veřejným zájmem, zásadami lidskosti nebo dobrými mravy

Institut přípustného rizika nelze aplikovat na činnosti, které zřejmě odporují jinému právnímu předpisu. Jiným právním předpisem rozumějme předpis odlišný od trestního zákoníku. „*Tam, kde takový předpis existuje, je třeba podle něj postupovat a nelze ho obcházet poukazem na ustanovení o přípustném riziku.*“⁵⁸ Existuje však řada činností, která není těmito jinými předpisy upravena, proto trestní zákoník staví překážku pro použití institutu přípustného rizika pomocí neurčitých právních pojmů.⁵⁹ „*Neurčité právní pojmy jsou ty, jejichž obsah nelze přesně jevově vymezit a dostatečně právně*

⁵³PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 315. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁵⁴GRÍVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 430

⁵⁵PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 316. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁵⁶GRÍVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 430

⁵⁷PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 316. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁵⁸PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 320. ISBN 978-80-87212-77-6.

⁵⁹GRÍVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 430

definovat. Jejich aplikace vždy závisí na odborném posouzení v každém jednotlivém případě.“⁶⁰Judikatura uvádí přesnější definici neurčitých právních pojmů, a sice že „*Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat; jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit.*“⁶¹Ustanovení § 31 TZ za tím účelem volí následující neurčité právní pojmy – veřejný zájem, zásady lidskosti a dobré mravy. Hendrych ve své publikaci nabízí i další neurčité právní pojmy – např. veřejný pořádek, noční klid, dovoluje-li to povaha věci.⁶² Tyto pojmy se však nejeví jako použitelné při aplikaci institutu přípustného rizika, proto výčet v § 31 odst. 2 TZ chápeme jako taxativní.

Nyní se budeme blíže zabývat jednotlivými neurčitými právními pojmy. Začneme u veřejného zájmu. Gřivna je toho názoru, že veřejný zájem je opakem zájmu soukromého.⁶³Tento názor lze nalézt i v dalších odborných publikacích.⁶⁴Já bych však v tomto ohledu byla opatrnější a nestavěla zájem soukromý a veřejný do protikladu. Pokud zůstaneme v kontextu přípustného rizika, tak např. můj zájem jako testovaného na tom, aby klinickou studii prováděl odborník postupem de lege artis je ve shodě se zájmem veřejnosti na tomtéž. Gřivna dále upřesňuje, že jde o zájem, který svědčí společnosti jako celku.⁶⁵ Veřejný zájem je při zachování výše zmíněného takový zájem, který podporuje duchovní i materiální blahobyt, přičemž tento nesmí být v rozporu s platným právem⁶⁶, čímž se kruhem vracíme na začátek této kapitoly.

⁶⁰HENDRYCH, Dušan. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Právní slovník*. 3., podstatně rozš. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2009. Beckovy odborné slovníky. ISBN 978-80-7400-059-1. s. 517-518

⁶¹rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2005, č. j. 5 Afs 151/2004-73

⁶²VOPÁLKA, Vladimír. In: HENDRYCH, Dušan, a kol. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012. 792 s. ISBN 978-80-7179-254-3. s. 79-81.

⁶³GRIVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 430

⁶⁴VOČKA, Vladimír. In: DRAŠTÍK, Antonín, Robert FREMR, Tomáš DURDÍK, Miroslav RŮŽIČKA a Alexander SOTOLÁŘ a kol. *Trestní zákoník: Komentář. I. díl*. Praha: WoltersKluwer, 2015. Komentáře (WoltersKluwer ČR). ISBN 978-80-7478-790-4. s. 260

⁶⁵GRIVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 430

⁶⁶VOČKA, Vladimír. In: DRAŠTÍK, Antonín, Robert FREMR, Tomáš DURDÍK, Miroslav RŮŽIČKA a Alexander SOTOLÁŘ a kol. *Trestní zákoník: Komentář. I. díl*. Praha: WoltersKluwer, 2015. Komentáře (WoltersKluwer ČR). ISBN 978-80-7478-790-4. s. 260

Rovněž pojem dobré mravy dovodila judikatura, a to tak, že „*Dobrymi mravy se rozumí souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních.*“⁶⁷

Nezbývá než přiblížit pojem zásady lidskosti. Pojem zásady lidskosti je pojmem širším a obecnějším než pojem veřejný zájem. Zatímco veřejný zájem svědčí určité společnosti, zásady lidskosti svědčí lidstvu jako celku. „*Zásady lidskosti by mohly být dotčeny např. při výzkumu, výrobě a zkouškách zbraní hromadného ničení, při klonování lidských bytostí, přenášení lidských buněk do jiného živočišného druhu, při výzkumu chorob a modifikací virů a mikrobu.*“⁶⁸

3.9. Ke vztahu přípustného rizika a obecné prevenční povinnosti podle občanského zákoníku

Na tomto místě se nabízí srovnat přípustné riziko s obecnou prevenční povinností podle § 2900 OZ. Podle tohoto ustanovení je každý povinen, vyžadují-li to okolnosti případu nebo zvyklosti soukromého života, počínat si při svém konání tak, aby nedošlo k nedůvodné újmě na svobodě, životě, zdraví nebo na vlastnictví jiného.

Jak již bylo řečeno v kapitole výše, jednání za okolnosti přípustného rizika nesmí porušovat ustanovení jiných právních předpisů. Současně nelze porušovat ustanovení jiných právních předpisů s odkazem na přípustné riziko. Zde se ale dostáváme do problému, neboť jednání za okolnosti přípustného rizika z podstaty věci jde proti ustanovení § 2900 OZ o obecné prevenční povinnosti. Tvořivá činnost s budoucím celospolečenským prospěchem s sebou nutně nese odklonění se od prevenčních norem. Jejich striktní dodržování sice nepůsobí ztráty, ale zamezuje jakémukoli hospodářskému a společenskému růstu⁶⁹, což je nakonec ve svém důsledku ztrátou.

Zprv si všimněme, že obecná prevenční povinnost chrání jenom taxativně⁷⁰ vymezené zájmy, zatímco institutem přípustného rizika jsou chráněny všechny zájmy chráněné trestním zákonem, které se nevyčerpávají čtyřmi výše zmíněnými.

⁶⁷rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 26. června 1997, sp. zn. 3 Cdon 69/96

⁶⁸GRIVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 431

⁶⁹KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 123

⁷⁰BEZOUŠKA, Petr. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2014, 2046 s. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-287-8. s. 1512

Dále si všimněme, že zatímco obecnou prevenční povinnost má každý, za okolnosti přípustného rizika smí jednat jen odborník v rámci svého povolání, postavení nebo funkce.

Institut obecné prevenční povinnosti bez existence institutu přípustného rizika by paralyzoval hospodářský vývoj společnosti, neboť jeho maximou je nikomu neškodit a raději se rizikového jednání zdržet. Je to právě institut přípustného rizika, který toto dogma v určitých odůvodněných případech umírňuje a zbavuje tak jednatelů trestnosti, i kdyby některý ze zájmů chráněných trestním zákonem doznal újmy. Pokud však přesto při jednání za okolnosti přípustného rizika dojde k újmě nebo škodě, nedomůže se poškozený odškodnění, neboť jednatel neporušil dobré mravy ve smyslu § 2909 OZ, neporušil zákon ve smyslu § 2910 OZ a neporušil ani smluvní povinnost ve smyslu § 2913 OZ. Lze si však představit situaci, kdy se jednatel za okolnosti přípustného rizika nad rámec své povinnosti smluvně zaváže, že k újmě nebo škodě nedojde, a přesto takovou újmu nebo škodu způsobí, bude odpovídat z titulu porušení smluvní povinnosti ve smyslu 2913 OZ.

Z dikce zákona a z judikatury lze dovodit, že lze naplnit zákonné podmínky okolností vylučujících protiprávnost v trestním právu a zároveň je nenaplnit v právu soukromém. Kocina jde ve své úvaze ještě dále, když říká, že přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost může být v dílčích otázkách vykládáno v trestním právu odlišně než v právu soukromém.⁷¹ Není však úplně jasné, co považuje za úpravu přípustného rizika v soukromém právu, když OZ definuje jako okolnost vylučující protiprávnost nutnou obranu (§ 2905 OZ), krajní nouzi (§ 2906 OZ) a omluvitelné vzrušení mysli (§ 2907).

3.10. K problematice omylu

Jak již z výkladů výše vyplynulo, užívání institutu přípustného rizika je de facto pohybování se po tenké hraně mezi trestností a beztrestností, při kterém se nelze vyhnout omylu. „*Omylem v trestním právu rozumíme neshodu pachatelova „vědění“ (jeho vnímání, představy) se skutečností, ať již proto, že si pachatel vůbec neuvědomil nějakou skutečnost, nebo proto, že měl o ní představu nesprávnou.*“⁷² Shodně omyl vymezuje

⁷¹KOCINA, Jan. Přípustné riziko ve sportu. *Bulletin advokacie*. Česká advokátní komora v Praze, 2016, 60(1-2), 30. ISSN 1210-6348.

⁷²JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 244

Šámal, který nadto vymezuje kategorii (i) kvalitativního a (ii) kvantitativního omylu.⁷³ Kvalitativní omyl je omyl ve vlastnostech předmětu útoku, kdy např. pachatel neví, že osoba, na kterou útočí, je úřední osobou. Kvantitativní omyl je omyl ve vyčíslitelné hodnotě předmětu útoku, kdy např. pachatel očekává v trezoru o mnoho větší částku, než jaká se tam skutečně nachází. Omyl můžeme z hlediska toho, v čem neshoda spočívá, dělit na omyl (i) skutkový a (ii) právní. Omyl můžeme dále dělit na (i) skutkový omyl negativní a (ii) skutkový omyl pozitivní.⁷⁴

Ve skutkovém omylu negativním jedná podle ustanovení § 18 odst. 1 TZ ten, kdo při spáchání činu nezná ani nepředpokládá jako možnou skutkovou okolnost, která je znakem trestného činu. Jako příklad uveďme hosta restauračního zařízení, který si z věšáku odnáší cizí kabát v domnění, že si odnáší svůj. Ten, kdo jedná ve skutkovém omylu negativním, nemůže být odpovědný za úmyslný trestný čin a čin spáchaný z vědomé nedbalosti. Není však vyloučena odpovědnost za nevědomou nedbalost.⁷⁵

Ve skutkovém omylu pozitivním jedná ten, kdo mylně předpokládá, že jsou naplněny všechny znaky podmiňující jeho trestnost. Jako příklad uveďme pachatele, který chce úmyslně porušit tajemství uzavřeného listu, a tedy se dopustit přečinu porušení tajemství dopravovaných zpráv ve smyslu ustanovení § 182 odst. 1 písm. a) TZ, přičemž se později ukáže, že list byl určen tomuto pachateli. Takové jednání je třeba posoudit jako pokus, případně jako přípravu, je-li trestná.⁷⁶ Podobně funguje i posuzování omylu co do okolností podmiňujících použití vyšší trestní sazby, kdy podle ustanovení § 18 odst. 3 TZ kdo při spáchání činu mylně předpokládá skutkové okolnosti, které by naplňovaly znaky přísnějšího úmyslného trestného činu, bude potrestán za pokus tohoto přísnějšího trestného činu.

A nyní se dostáváme k té části pojednání o omylu, která je pro nás v tuto chvíli nejpodstatnější, a sice se jedná o skutkový omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost. Zde shrňme, že *„negativní omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost má stejný význam jako pozitivní omyl o skutečnostech tvořících znaky skutkové podstaty trestného*

⁷³ŠÁMAL, Pavel. Judikatura k omylu v trestním právu. *Soudní rozhledy*. Praha: C. H. Beck, 1998, 4(10), 253. ISSN 1211-4405.

⁷⁴JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 244-246

⁷⁵JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 244, 245

⁷⁶JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 245, 246

činu.⁷⁷ Z toho dovoďme, že pachatel jednající v negativním omylu o okolnostech vylučujících protiprávnost mylně předpokládá, že jsou naplněny všechny podmínky trestnosti, avšak ve skutečnosti tu byla dána okolnost vylučující protiprávnost, která jeho trestnost vylučuje. Takový pachatel tedy může být trestný za pokus, nebo přípravu, je-li trestná.

Okolnosti, u kterých bychom mohli konstatovat, že došlo k naplnění podmínek jednání v negativním omylu vylučujícím protiprávnost, jsou spíše hypotetické. Představme si např. vědce, který se pokouší zneužít svých vědomostí za tím účelem, aby úmyslně způsobil obecné nebezpečí, přičemž by se toto jeho konání muselo později ukázat jako společensky prospěšné.

„Pozitivní omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost má tedy stejné právní důsledky jako negativní omyl o znacích zakládajících trestní odpovědnost.“⁷⁸ Z toho dovoďme, že pachatel jednající v pozitivním skutkovém omylu o okolnostech vylučujících protiprávnost mylně předpokládá, že jsou naplněny podmínky některé okolnosti vylučující protiprávnost. Tato představa je však v rozporu s realitou a pachatel je ve skutečnosti trestný. Takový pachatel nemůže být odpovědný za úmyslný trestný čin, ani za trestný čin spáchaný z vědomé nedbalosti, není však vyloučena jeho odpovědnost z nedbalosti nevědomé. Na tomto místě připomeňme, kdy pachatel jedná v nevědomé nedbalosti. Na tuto otázku nám poskytne odpověď ustanovení § 16 odst. 1 písm. b) TZ, podle kterého je trestný čin spáchaný z nevědomé nedbalosti v případě, kdy pachatel nevěděl, že svým jednáním může porušit nebo ohrozit zájem chráněný trestním zákonem, ač o tom vzhledem k okolnostem a svým osobním poměrům vědět měl a mohl.

K jednání v omylu o okolnosti vylučující protiprávnost však v případě přípustného rizika může dojít poměrně často, když uvážíme, na jak tenké hranici se pohybujeme. K takové situaci dojde v tom případě, kdy se např. vědec testující nový lék nebo novou léčebnou metodu domnívá, že postupuje podle nejnovějších postupů, avšak tyto postupy se později ukáží být překonané. Nebo v jiném případě mohl použít metodu testování, při které by byla rizika eliminována, avšak pro větší efektivitu zvolil metodu rizikovější. Dalším příkladem, kdy bychom museli shledat nenaplnění podmínek

⁷⁷JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 246

⁷⁸JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 246

přípustného rizika, je ten případ, kdy vědec sice volí mezi dvěma rizikovými variantami, avšak zvolí tu s nežádoucím poměrem pravděpodobnosti úspěchu a ztráty.

Jak potom postihnout takové jednání vědce, které sledovalo společensky prospěšný cíl? A k jeho postižení potřeba, aby došlo k poškození právem chráněného zájmu, nebo stačí jeho ohrožení?

Na základě výkladů uvedených výše musíme dojít k závěru, že takový vědec je postižitelný za jednání v nevědomé nedbalosti. Trestní zákoník v ustanovení § 13 odst. 2 stanoví obecné pravidlo, kdy k trestní odpovědnosti za trestný čin je třeba úmyslného zavinění, nestanoví-li zákon výslovně, že postačí zavinění z nedbalosti. V ustanovení § 17 písm. a) TZ nalezneme další pravidlo, podle kterého se k okolnosti, která podmiňuje použití vyšší trestní sazby, přihlédne, jde-li o těžší následek, i tehdy, zavinil-li jej pachatel z nedbalosti, vyjímaje případy, že trestní zákon vyžaduje i zde zavinění úmyslné. Proto je třeba ustanovení, podle kterého bychom takového vědce postihli, hledat mezi nedbalostními trestnými činy a mezi kvalifikovanými skutkovými podstatami.

Jako příklad toho, jak by mohl být takový vědec testující novou léčebnou metodu potrestán, uveďme zvlášť závažný zločin neoprávněného odebrání tkání a orgánů podle § 164 odst. 1, odst. 3 písm. d, podle kterého bude odnětím svobody na pět až dvanáct let potrestán ten, kdo v rozporu s jiným právním předpisem provede jinému z jeho těla odběr tkáně, buňky, nebo orgánu, spáchá-li takový čin nejméně na dvou osobách.

V takovém případě musíme nutně konstatovat zavinění minimálně z nevědomé nedbalosti, neboť vědec je odborníkem, který vzhledem o okolnostem a svým osobním poměrům vědět měl a mohl, že může způsobit porušení nebo ohrožení zájmu chráněného trestním zákonem.

3.11 Použití v praxi

Na závěr kapitoly, která zevrubně přibližuje institut přípustného rizika jako takový, se nabízí zhodnotit, jak se tento stále relativně nový institut ujal v praxi.

V roce 2011 Púry a Kuchta konstatovali, že „ (...) se ve své praxi zatím nesečkali s případy, při jejichž řešení by bylo výslovně užito (...) ustanovení o přípustném riziku.“⁷⁹

Šterc v roce 2015 pro potřeby své kvalifikační práce na základě zákona č. 106/1999 Sb., zákon o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších

⁷⁹PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 308. ISBN 978-80-87212-77-6.

předpisů, požádal 97 soudů a Ministerstvo spravedlnosti ČR o informace o užití institutu přípustného rizika v praxi. Šterc výsledky svého zkoumání hodnotí následovně. Více jak polovina dotázaných subjektů žádosti vyhověla a odpověděla. Tyto subjekty konstatovaly, že nezaznamenaly jediný případ aplikace institutu přípustného rizika.⁸⁰

Do doby zpracování této práce (listopad 2018 – červen 2019) se aplikace institutu přípustného rizika nerozšířila. Lze tak soudit z výpisu judikatury v právních informačních systémech (Aspi, Beck) a rovněž z autentických výpovědí státních zástupců Obvodního státního zastupitelství pro Prahu 8, kteří se podle svých slov ve své praxi s institutem přípustného rizika nikdy nesečkali.⁸¹

⁸⁰ŠTERC, Jiří. *Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost*. Brno, 2015. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Eva Žatecká. s. 61-62

⁸¹POSPÍŠILOVÁ, Andrea, 2019, Debata při absolvování odborné stáže při Obvodním státním zastupitelství pro Prahu 8, státní zástupce, Praha 3. dubna 2019; LINHARTOVÁ, Věra, 2019, Debata při absolvování odborné stáže při Obvodním státním zastupitelství pro Prahu 8, státní zástupce, Praha 10. dubna 2019; VORLICKÝ, Michal, Debata při absolvování odborné stáže při Obvodním státním zastupitelství pro Prahu 8, státní zástupce, Praha 17. dubna 2019; PELLAR, Adam, 2019, Debata při absolvování odborné stáže při Obvodním státním zastupitelství pro Prahu 8, státní zástupce, Praha 15. května 2019

4. Srovnání s ostatními okolnostmi vylučujícími protiprávnost

Nadřazeným pojmem ke krajní nouzi, nutné obraně, svolení poškozeného, přípustnému riziku, oprávněnému použití zbraně, plnění povinnosti, výkonu práva a výkonu povolání je pojem „okolnosti vylučující protiprávnost“. Tento společný znak tedy nebude dále zdůrazňován u dílčích srovnání níže.

4.1. Srovnání s nutnou obranou

Nejmarkantnější rozdíl, který odlišuje nutnou obranu a přípustné riziko je absence útoku při jednání za okolností přípustného rizika.

Útok v reakci na nutnou obranu nemůže být posouzen jako nutná obrana.⁸² V teoretické rovině si však lze představit situaci, kdy vůči sobě několik osob jedná za okolností přípustného rizika. Představme si například ragbyový tým při zápase nebo skupinu vědců, kteří si vzájemně aplikují novou vakcínu. Na jednání několika osob vůči sobě lze aplikovat ustanovení o přípustném riziku, nikoli však ustanovení o nutné obraně.

Z dikce zákona vyplývá, že v nutné obraně může jednat v zásadě každý, avšak na subjekt jednající za okolností přípustného rizika jsou kladeny zvláštní nároky, a sice že to je osoba, která v rámci svého zaměstnání, povolání postavení nebo funkce vykonává společensky prospěšnou činnost. Z toho lze usuzovat, že osoba jednající za okolností přípustného rizika je ve smyslu nauky speciálním subjektem, jak tuto kategorii vymezuje např. Jelínek.⁸³

Kvazipachatel jedná v nutné obraně, pokud chrání ty společenské zájmy, které se bezprostředně dotýkají jednotlivců.⁸⁴ Přestože přípustné riziko nevylučuje jednání za účelem ochrany zájmů jednotlivců, pokud tyto zájmy mají celospolečenský dosah, primárně je přípustné riziko konstruováno za účelem ochrany celospolečenských zájmů.

Nutná obrana je právem a nikoli povinností poškozeného. Stát nemůže svého občana nutit, aby se zasazoval o ochranu svých zájmů/práv. Z toho vyplývá, že stát nemůže občana postihnout za to, že tyto své zájmy nechránil.⁸⁵ V tomto aspektu se nabízí

⁸²JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou: zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, advokátní tarif. 7. aktualizované vydání.* Praha: Leges, 2017. 1312 s. Glosátor. ISBN 978-80-7502-230-1. s. 65

⁸³JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část.* 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3. s. 216

⁸⁴KUCHTA, Josef. *Nutná obrana.* Brno: Masarykova univerzita, 1999. ISBN 80-210-2198-5. s. 120

⁸⁵tamtéž s. 70

srovnání, že nutná obrana pro své subjekty představuje právo chránit své zájmy, zatímco přípustné riziko pro své subjekty představuje povinnost střežit zájmy jiných.

V případě nutné obrany⁸⁶ stejně jako v případě přípustného rizika je relevantní ten stav, jak se jevil kvazipachateli v okamžiku jednání. Hodnocení tedy probíhá ex ante, a to tak, že se hodnotící osoba v myšlenkách vrátí do okamžiku před vznikem následku a zhodnotí správnost úvah jednajícího v kontextu těch informací, které měl jednající k dispozici.

4.2.Srovnání s krajní nouzí

Zásadní odlišnost lze deklarovat již při pátrání po smyslu obou ustanovení. Zatímco krajní nouze je obrannou reakcí, která si klade za cíl uchovat hodnoty již vytvořené; přípustné riziko chce vstupem do rizikové situace vytvořit hodnoty nové.⁸⁷ Za okolnosti přípustného rizika jistě lze odvracet nebezpečí přímo hrozící zájmu chráněnému trestním zákonem, avšak toto odvracení není konstitutivním znakem jako u krajní nouze.

U krajní nouze se často kvazipachatel nachází v poměrně přehledných situacích, sleduje jasný cíl a k jeho naplnění nemá mnoho variant. Povšimněme si, že u přípustného rizika je situace od základu odlišná. Kvazipachatel se nachází v poměrně nepřehledné situaci, kdy si není jistý výsledkem ani průběhem svého jednání, přičemž k naplnění žádoucího cíle vede mnoho cest.⁸⁸ Na tomto místě vyvstává otázka, v čem jsou okolnosti, ve kterých se nachází subjekt krajní nouze, přehlednější než okolnosti, ve kterých se nachází subjekt přípustného rizika. Úvahy Kuchty mohly být následující. Úkolem subjektu krajní nouze je předejít poškození právem chráněného zájmu, přičemž se tento subjekt nachází v okolnostech, jichž nebyl tvůrcem. Subjekt byl do těchto okolností vržen a zároveň tyto okolnosti sami sobě vykonstruovaly několik málo možných řešení. U přípustného rizika je situace diametrálně odlišná v tom, že subjekt na počátku stanovuje cíl svého jednání, poté sám vytvoří potenciálně nebezpečnou situaci a nakonec sám volí cestu, kterou se hodlá dostat do vytyčeného cíle. Hlavní rozdíl je tedy v tom, že za okolnosti přípustného rizika subjekt sám vytváří rizikovou situaci s nepřehledným množstvím řešení, kdy může volit jednak cesty s eliminací rizik, může volit cesty

⁸⁶tamtéž s. 74

⁸⁷KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 128

⁸⁸KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 128

nebezpečné, a nebo také může na celou situaci rezignovat a nebezpečné okolnosti vůbec nevytvářet.

Krajní nouze nemá zvláštní požadavky na osobu kvazipachatele stejně jako nutná obrana, což ji právě odlišuje od přípustného rizika. To je dobře demonstrováno na následujícím příkladu. Jede-li podnapilý řidič vozidlem jenom proto, aby zajistil lékařské ošetření zraněnému účastníku nehody, jedná tento řidič v krajní nouzi.⁸⁹ Tento řidič v zásadě splňuje požadavky na jednání za okolnosti přípustného rizika: v souladu s informacemi, které měl v době rozhodování, za účelem dosažení společensky prospěšného výsledku, kterého nelze dosáhnout jinak, porušuje zájem chráněný trestním zákonem. Důvod, pro který jsme určili, že jedná v krajní nouzi a nikoli za okolnosti přípustného rizika, je ten, že tak nečiní v rámci své odbornosti.

Na tomto místě vyvstává otázka, na který z těchto dvou srovnávaných institutů klade zákon větší nároky stran přiměřenosti. Podle § 28 TZ nejde o krajní nouzi, pokud způsobený následek je zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil. Srovnáme tuto náročnost s přípustným rizikem, kdy ustanovení § 31 TZ říká, že nejde o přípustné riziko, jestliže výsledek, k němuž dotčená činnost směřuje, zcela zřejmě neodpovídá míře rizika. Co znamená formulace „zcela zřejmě neodpovídá míře rizika“? Stačí, aby taková činnost způsobila stejně závažný následek jako takový, který hrozil, nebo musí způsobit závažnější následek? Vlivem nedostatku judikatury se lze jen dohadovat. Lze se však přiklonit k názoru, že kdyby zákonodárce byl toho názoru, že za okolnosti přípustného rizika nejedná ten, kdo způsobí stejně závažný následek ve srovnání s tím, který hrozil, nejspíš by to zmínil podobně tak, jako to udělal v případě krajní nouze. Proto lze vyslovit názor, že pokud jde o požadavek přiměřenosti, je zákon v případě krajní nouze přísnější než v případě přípustného rizika.

Téhož názoru je i Kuchta, když říká, že za okolnosti krajní nouze je možné jednat jen tehdy, nelze-li nebezpečí odvrátit jinak, tj. způsobem bez vzniku škod; zatímco u přípustného rizika je třeba být mírnější. To zdůvodňuje následovně. Zejména v oblasti výzkumu někdy existuje i neriziková varianta, ale ta si žádá nepoměrně více nákladů jak hmotných, tak časových a personálních, že by takové jednání ve svém závěru tratilo na svojí společenské prospěšnosti.⁹⁰

⁸⁹JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou: zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, advokátní tarif*. 7. aktualizované vydání. Praha: Leges, 2017. 1312 s. Glosátor. ISBN 978-80-7502-230-1 s. 62

⁹⁰KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 130

Nakonec Kuchta uvádí zajímavý příklad, jak se krajní nouze může přeměnit v přípustné riziko. Uvedme si příklad vozu zdravotnické záchranné služby, který vyjede zachránit život těžce zraněného člověka, přestože má porouchané brzdy. Nedojde-li k nehodě, jedná se o krajní nouzi, neboť kvazipachatel podle ustanovení § 28 odst. 1 TZ odvrací nebezpečí přímo hrozící zájmu chráněnému trestním zákonem. Pokud však k nehodě dojde, nejedná se již o krajní nouzi, protože byl ve smyslu ustanovení § 28 odst. 2 TZ způsoben následek stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil. Takovou situaci lze hodnotit jako jednání za okolností přípustného rizika, neboť přípustné riziko je méně náročné na poměr mezi výsledkem a ztrátou než krajní nouze.⁹¹ Této teorii lze ale oponovat názorem, že smyslem krajní nouze je odvrátit bezprostředně hrozící nebezpečí, zatímco smyslem přípustného rizika je umožnit společenský rozvoj tím, že nebudeme vůči jednajícím uplatňovat větší restrikcí, než je nezbytně nutné pro ochranu právem chráněných zájmů.

Z této Kuchtovy teorie lze nakonec vyvodit i ten závěr, že i zájem na ochraně života a zdraví jednotlivce, je zájmem celospolečenským, když lze tento příklad subsumovat pod institut přípustného rizika, jehož podmínkou je sledování společensky prospěšného cíle.

To nás nutně přivádí k následujícímu problému. Když se téhož jednání, a sice záchranou života jedince vozidlem s porouchanými brzdami, dopustí běžný člověk neprofesionál, a způsobí tím škodu, dopustí se trestného činu. Trestného činu se dopustí proto, že je neprofesionálem, ačkoli stejně tak jako profesionál ví o svých porouchaných brzdách a o tom, co jimi může způsobit, a stejně jako profesionál sleduje společensky prospěšný cíl.

4.3. Srovnání se svolením poškozeného

Svolení poškozeného je stejně tak jako přípustné riziko novinkou zákona č. 40/2009 Sb, trestní zákoník. Byla to reakce na tehdejší alespoň doktrinní vymezení podmínek svolení poškozeného a přípustného rizika, které si praxe žádala.⁹²

⁹¹KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5. s. 129

⁹²JELÍNEK, Jiří. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou: zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, advokátní tarif*. 7. aktualizované vydání. Praha: Leges, 2017. 1312 s. Glosátor. ISBN 978-80-7502-230-1 s. 66

Z dikce zákona lze znovu dovést, že zatímco za okolnosti přípustného rizika může jednat jen speciální subjekt, za okolnosti svolení poškozeného může jednat v zásadě každý.

Dalším rozdílem je, že zatímco za okolnosti přípustného rizika lze jednat při sledování společensky prospěšného cíle; za okolnosti svolení poškozeného lze ohrozit zájmy chráněné trestním zákonem i ve prospěch dílčích zájmů nebo dokonce i proti nim. Na tomto místě je nutné zmínit, že lze dát souhlas s poškozením jen těch práv, se kterými může osoba disponovat. Proto svolení poškozeného nachází své uplatnění zejména při posuzování majetkových trestných činů.⁹³

Zatímco pro naplnění podmínek svolení poškozeného je právě ono svolení klíčovým prvkem, za okolnosti přípustného rizika lze jednat i bez svolení, ledaže by se jednalo o lékařský zákrok podle jiného právního předpisu (zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách, zákon č. 285/2002 Sb., zákon o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon)).⁹⁴ Obecné pravidlo pro zákaz zasahování do osobní integrity jiného bez jeho souhlasu hledejme v ustanovení § 93 odst. 1 OZ, kdy mimo případ stanovený zákonem nesmí nikdo zasáhnout do integrity jiného člověka bez jeho souhlasu uděleného s vědomím o povaze zásahu a o jeho možných následcích. Souhlasí-li někdo, aby mu byla způsobena závažná újma, nepřihlíží se k tomu; to neplatí, je-li zásah podle všech okolností nutný v zájmu života nebo zdraví dotčeného.

4.4.Srovnání s oprávněným použitím zbraně

V úvodu této podkapitoly se jeví stěžejním vymezit pojem zbraň. Příloha k zákonu č. 119/2002 Sb., o zbraních a střelivu (dále jen „zákon o zbraních a střelivu“), chápe jako zbraň pouze zbraň střelnou. Jiné zákony⁹⁵ považují za zbraň i zbraně bodné a sečné.⁹⁶

Podle ustanovení § 32 TZ trestný čin nespáchá, kdo použije zbraní v mezích stanovených jiným právním předpisem.

⁹³tamtéž

⁹⁴ tamtéž

⁹⁵Např. zákon č. 300/2013 Sb., zákon o Vojenské policii a o změně některých zákonů, zákon č. 17/2012 Sb., zákon o Celní správě ČR

⁹⁶ŠÁMAL, Pavel. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 432

Z toho důvodu, že za okolnosti oprávněného použití zbraně může jednat jen ten, kdo je k tomu zvláštním předpisem oprávněn a způsobem, jakým je k tomu oprávněn, je subjektem tohoto jednání speciální subjekt ve smyslu doktríny. Tento prvek speciálního subjektu je to, co spojuje oprávněné použití zbraně spolu s přípustným rizikem.

4.5.Srovnání s plněním povinnosti, výkonem práva a výkonem povolání

Všechny tyto okolnosti vylučující protiprávnost se od přípustného rizika liší tím, že nejsou vyjmenovány v zákoně a jsou tedy odvozeny spíše doktrinálně. Přípustné riziko je speciálním užším pojmem vůči plnění povinnosti, výkonu práva a oprávněnému použití zbraně. Přípustné riziko je v zásadě kvalifikovaným, zpřísněným plněním povinnosti, výkonem práva, nebo výkonem povolání.

5. Přípustné riziko ve zdravotnictví

5.1. Úvod do kapitoly přípustného rizika ve zdravotnictví

Čl. 218 Chammurapiho zákoníku (2000 l. př. Kr.) doslova stanovil: „*Pokud lékař ošetřuje bronzovou lanzetou svobodnému muži těžkou ránu a tento zemře, a dále pokud bronzovou lanzetou otevře oko pro jeho ‚oblačnost‘ (šedý zákal) a oko je přitom ztraceno, budou mu uřaty ruce.*“⁹⁷ Z právě uvedeného citátu je zřejmé, že zájem na právní úpravě rizikové činnosti lékařů tu byl již před čtyřmi tisíci lety. Je na místě ocenit, že společenský konsenzus a právní doktrína prošly značným vývojem.

Zdravotnictví je po mém soudu tou oblastí, ve které má úprava přípustného rizika největší smysl a dosah a kde je nejvíce potřebná. Vzpomeňme teď např. lékaře, který desítky let vykonává své povolání zodpovědně podle nejnovějších postupů a těmi nejnovějšími nástroji. Ani za takových okolností nemůžeme předem vyloučit chybu. Ta může být způsobena např. nepřesným manuálním zásahem, nebo zkrátka tím, že lidský organismus není stroj a mnohdy reaguje v rozporu s oprávněným očekáváním, přičemž tento rozpor nelze předem předvídat nebo mu zabránit. Pokud jde o činnost lékařů, panuje shoda v tom, že se jedná o činnost na výsost společensky prospěšnou, a není v ničem zájmu proti nim uplatňovat přílišnou restrikcii.

Až dosud jsme brali v úvahu lékaře, kteří vykonávají osvědčené lékařské postupy den po dni možná až rutinním způsobem. Stejně společensky žádoucí je umožnit rozvoj lékařské vědy a zavádět nové léčebné postupy, přičemž toto zavádění s sebou nutně nese jistou míru rizika. Pokud však stát podporuje vědu a výzkum, aby poskytl občanům lepší zdravotní péči, na straně jedné, nemůže tyto výzkumníky sankcionovat za nezdary, ke kterým i při dodržení veškerých preventivních opatření dojde, na straně druhé. Toliko k nutnosti úpravy přípustného rizika ve zdravotnictví.

5.2. K pojmu *de lege artis*

Vzpomeňme, že podle § 31 odst. 1 TZ trestný čin nespáchá, kdo v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi, které měl v době svého rozhodování o dalším postupu, vykonává v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce společensky prospěšnou činnost, kterou ohrozí nebo poruší zájem chráněný trestním

⁹⁷Cit. podle BERAN, Karel. Trestní odpovědnost lékaře za chybu při ošetření pacienta. *Trestněprávní revue*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2006, 5(1), 10. ISSN 1213-5313.

zákonem, Soulad s dosaženým stavem poznání v oblasti zdravotnictví nazýváme postupem de lege artis.

Nejobecněji lze postup de lege artis vyložit jako postup v souladu s pravidly lékařského umění.⁹⁸ O trochu blíže rámeček toho, co je postupem de lege artis stanoví čl. 4 Úmluvy na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny, kde stojí, že jakýkoli zákrok v oblasti péče o zdraví, včetně vědeckého výzkumu, je nutno provádět v souladu s příslušnými profesními povinnostmi a standardy.

A jak se k problému staví konkrétní právní normy z českého prostředí? Podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona č. 372/2011 Sb., zákon o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (dále jen „zákon o zdravotních službách“), je zdravotnický pracovník povinen poskytovat zdravotní služby na náležitě odborné úrovni. Co se rozumí náležitou odbornou úrovní, stanoví § 4 odst. 5 zákona o zdravotních službách, a sice tak, že náležitou odbornou úrovní se rozumí poskytování zdravotních služeb podle pravidel vědy a uznávaných medicínských postupů, při respektování individuality pacienta, s ohledem na konkrétní podmínky a objektivní možnosti.

Už z tohoto úvodu lze tušit, že „*lex artis je neurčitý právní pojem, který je vykládán vždy ad hoc při posuzování konkrétního případu soudem.*“⁹⁹

5.2.1. K pramenům obsahu pojmu de lege artis

S tím, že pravidla budou vykládána ad hoc soudem, se nemůžeme spokojit jako právníci; tím spíše se s tím nemohou spokojit lidé z praxe. Čeho se tedy mohou držet? Kde mají hledat pravidla pro svou práci?

Ze znění čl. 4 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně by bylo chybné dovozovat povinnost přijmout písemné závazné standardy. Článkem je pouze stanovena povinnost počínat si postupem de lege artis.¹⁰⁰

Přestože taková povinnost neexistuje, odborná veřejnost na vymezení standardů nerezignovala. Kdo tedy z řad odborné veřejnosti má oprávnění konkretizovat co je a co není postupem de lege artis? Ani tato otázka není zákonem výslovně upravena.

⁹⁸ŠUSTEK, Petr. In: ŠUSTEK, Petr a Tomáš HOLČAPEK a kol. *Zdravotnické právo*. Praha: WoltersKluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-321-1. str. 263

⁹⁹ŠUSTEK, Petr. In: ŠUSTEK, Petr a Tomáš HOLČAPEK a kol. *Zdravotnické právo*. Praha: WoltersKluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-321-1. str. 265

¹⁰⁰MACH, Jan a Dagmar, ZÁLESKÁ. In: MACH, Jan a kol. *Univerzita medicínského práva*. Praha: Grada, 2013. ISBN 978-80-247-5113-9. str. 51

Například ustanovení § 2 odst. 2 písm. h) bod i. zákona č. 220/1991 Sb., o České lékařské komoře, České stomatologické komoře a České lékárnické komoře (dále jen „zákon o komorách“), stanoví, že komory jsou oprávněny pro své členy vydávat závazná stanoviska k odborným problémům poskytování zdravotní péče a ve zdravotnickém výzkumu. Tato stanoviska mívají povětšinou pouze doporučující charakter.¹⁰¹

Rovněž do pojmu *lex artis* spadá ta suma poznatků, kterou vytváří ústavy Akademie věd, lékařské fakulty a zdravotnické školy. Tyto subjekty samy o sobě nemohou závazně určit, co je postupem *lege artis*, v rozhodování však mají svoji nezastupitelnou úlohu, například jsou-li požádány o vpracování znaleckého posudku.¹⁰²

Dalším subjektem, který částečně ovlivňuje obsah pojmu *lege artis*, je Česká lékařská společnost J. E. Purkyně. Činí tak spíše díky své prestiži a silou své přesvědčivosti, než že by ji k tomu nějaký zákon zmocňoval.¹⁰³

Stěžejní osobou v této věci je osoba znalce. *„Znalec se vyjadřuje pouze k určité konkrétní kauze, pro potřeby soudu nebo jiného orgánu, nebo na žádost fyzické nebo právnické osoby, sděluje svoje stanovisko o tom, zda lékař postupoval lege artis nebo zda se dopustil chyby, a jeho postup byl tedy v rozporu s medicínskými i právními požadavky ...“*¹⁰⁴

A nakonec na konkrétním pracovišti rozhoduje o tom, který konkrétní postup se bude používat, rozhoduje nadřízený pracovník nebo zaměstnavatel. Za takové rozhodnutí nese odpovědnost.¹⁰⁵

5.2.2. Výkladové problémy pojmu *lege artis*

Už z dosavadního výkladu je zřejmé, že výklad pojmu *lege artis* nebude bez komplikací. Z čeho však tyto komplikace vyvstávají?

Předně jsou tu pochyby o tom, zda je žádoucí, aby každický nový poznatek, ke kterému lékařská věda dospěla, byl aplikován v praxi. Zde se naráží na to, zda je dostatečně ověřený¹⁰⁶ a zda podstoupené riziko není příliš vysoké vzhledem k očekávaným přínosům. Zde vidíme vazbu na problematiku subsidiarity rizika, kterou jsme si blíže vysvětlili v kapitole, které se věnovala zevrubnému popisu podmínek

¹⁰¹STOLÍNOVÁ, Jitka a Jan MACH. *Právní odpovědnost v medicíně. 2.*, dopl. a přeprac. vyd. Praha: Galén, c2010. Theatrummedico-iuridicum. ISBN 978-80-7262-686-1. str. 166

¹⁰²tamtéž str. 167

¹⁰³tamtéž str. 167

¹⁰⁴tamtéž str. 168

¹⁰⁵tamtéž str. 168

¹⁰⁶ tamtéž str. 162

přípustného rizika. Nezbyvá než konstatovat, že vhodnost použitých metod a dodržení subsidiarity rizika posoudí jako právní otázku až v konkrétním případě soud za pomoci vyjádření názoru znalců co do skutkových medicínských otázek.

Další obtíží je fakt, že doporučení přijatá v určité době a v určitém stupni poznání postupně stárnou a nejsou modifikována tak rychle, jak rychle postupuje lékařská věda. Aplikující lékař se tak ocitá v situaci, kdy je nucen se od doporučených postupů odchýlit právě pro jejich překonanost. Pokud tento svůj počín řádně odůvodní právě existencí nových a ověřených lékařských postupů, je jeho postup bez pochyby *lege artis*.¹⁰⁷

Přesto, že je lékař nucen pracovat podle posledních poznatků lékařské vědy, je třeba jeho počínání posuzovat v konkrétních okolnostech. Je třeba objektivně zhodnotit, jaké možnosti měl v místě a čase svého zásahu. Proto se trestného činu nedopustí takový lékař, který přinucený okolnostmi provede dusícímu se člověku na ulici tracheotomii¹⁰⁸ kapesním nožikem.¹⁰⁹ Takový postup lze jistě hodnotit jako postup *lege artis*, a tedy takový postup dostojí požadavkům přípustného rizika.

Určitým úskalím, ale z určitého pohledu i výhodou je fakt, že obsah pojmu *lege artis* není v žádném předpise závazně definován. Úskalí je to v tom smyslu, že staví lékaře do nejistoty, zda jednají po právu, přičemž řešení této otázky bude postaveno najisto až před případným soudem. V nespecifikaci pojmu *lege artis* lze spatřovat i výhodu v tom smyslu, že *lege artis* je pojem živý a neustále se měnící, a tedy nejsou lékaři a výzkumní pracovníci stavěni do situace, kdy by se museli rozhodovat, zda budou ve svém počínání progresivní, nebo zda se budou držet rigidních psaných postupů.

Zde je na místě být konkrétnější a uvést nějaký konkrétní problém a způsob ochrany lékaře. Mach a Záleská uvádějí příhodnou případovou studii, v jejímž řešení konstatují, že chyba v diagnóze nebo manuální nezdar při práci může být posouzen jako následek jednání za okolnosti přípustného rizika, přičemž z toho vyplývá, že takové jednání nemůže být posouzeno jako porušení povinnosti poskytovat zdravotní služby

¹⁰⁷MITLÖHNER, Miroslav. Vztah mezi přípustným rizikem a postupem *lege artis*. *Právo a zaměstnání: Odborný časopis pro pracovní právo, sociální zabezpečení a personalistiku*. Praha: Nakladatelství ORAC, 1996, 2(7-8), 33. ISSN 1211-1139.

¹⁰⁸ „Tracheostomie je stav, kdy je průdušnice uměle vyústěna na povrch těla. Cílem je zajištění průchodnosti dýchacích cest pro umožnění ventilace ...“ SRNEC, Václav. Život s tracheostomií a umělou plicní ventilací. *Václav Srnec - Blog nejen o životě s handicapem*. [online]. [cit. 2019-03-14]. Dostupné z: <https://vaclavsrnec.webnode.cz/dupv/>

¹⁰⁹STOLÍNOVÁ, Jitka a Jan MACH. *Právní odpovědnost v medicíně*. 2., dopl. a přeprac. vyd. Praha: Galén, c2010. Theatrummedico-iuridicum. ISBN 978-80-7262-686-1. str. 164

na náležitě odborné úrovni. Pokud by nakonec v konkrétním případě bylo konstatováno, že šlo o porušení povinnosti poskytovat zdravotní služby na náležitě odborné úrovni, bylo by nutné nade vší pochybnost prokázat, že právě tento chybný postup měl za následek zhoršení zdravotního stavu pacienta. Pokud bude prokázána příčinná souvislost, bude se soud zabývat formou zavinění, přičemž pokud neshledá ani nevědomou nedbalost, nepřipadá trestní odpovědnost v úvahu, přestože na počátku šlo o jednání, které mělo povahu porušení právní povinnosti.¹¹⁰ Takový závěr nachází oporu v rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 7 Tdo 219/2005 ze dne 22. 3. 2005, ve kterém se stanoví, že *„chyba v diagnóze bez dalšího neznamená postup non lege artis, který představuje porušení povinnosti lékaře poskytovat zdravotní péči v souladu se současnými dostupnými poznatky lékařské vědy Naproti tomu, pokud nesprávná diagnóza spočívá v závažném porušení lékařských postupů při jejím určování (např. tím, že lékař bezdůvodně nevyužije dostupné diagnostické metody), jde zpravidla o postup non lege artis, který za splnění dalších podmínek odůvodňuje závěr o trestní odpovědnosti lékaře např. za trestný čin ublížení na zdraví Postup lékaře je přitom třeba hodnotit ex ante, tedy na základě informací, které měl v době rozhodování.“*

5.3.K otázce, zda porodní asistentky jednají lege artis a k otázce, zda lze na jejich jednání aplikovat institut přípustného rizika

Problematika domácích porodů a jim asistujícím porodních asistentek se v poslední době velice diskutovaným tématem v odborných i laických kruzích. Proto cítím určitou potřebu se v této práci vyjádřit minimálně k právním aspektům domácích porodů.

Domácím porodem dále rozumějme takový porod, kdy rodička předem plánuje porod v domácích podmínkách a taky tak učiní. Tímto vyloučíme případy, kdy rodička překotným porodem porodí doma, aniž by to původně plánovala. Porodní asistentku dále vymezme jako zdravotnického pracovníka ve smyslu § 6 odst. 1 a 2 zákona č. 96/2004 Sb., zákon o podmínkách získávání a uznávání způsobilosti k výkonu nelékařských zdravotnických povolání a k výkonu činnosti souvisejících s poskytováním zdravotní péče a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o nelékařských zdravotnických povoláních“).¹¹¹

¹¹⁰ MACH, Jan a Dagmar, ZÁLESKÁ. In: MACH, Jan a kol. *Univerzita medicínského práva*. Praha: Grada, 2013. ISBN 978-80-247-5113-9. str. 61

¹¹¹ § 6

Základní otázka zní, zda a pokud ano, tak do jaké míry, je porodní asistentka odpovědná za komplikace a případné porušení nebo ohrožení zájmu chráněného trestním zákonem při domácím porodu, kterému asistovala. Z ustanovení § 5 odst. 1 písm. f) vyhlášky č. 55/2011 Sb., vyhláška o činnostech zdravotnických pracovníků a jiných odborných pracovníků, vyplývá, že kvalifikovaná porodní asistentka může, a to dokonce bez odborného dohledu, vést fyziologický porod.

Porodní asistentka jakožto zdravotnický pracovník musí jednat lege artis, a pokud tak nejedná, musí alespoň dodržet podmínky jednání za okolnosti přípustného rizika. Jsem si vědoma toho, že v kapitolách výše jsem uváděla, že i jednající za okolnosti přípustného rizika musí postupovat lege artis. Chci tím říci, že jakákoli novinka z podstaty věci nemůže být ověřeným lékařským postupem a přesto lékaře a i jiné vědecké pracovníky chráníme institutem přípustného rizika. V podrobnostech odkazuji do kapitoly „K souladu s požadavky právních norem a neexistenci rozporu rizikového jednání s veřejným zájmem, zásadami lidskosti nebo dobrými mravy“. Můžeme však na základě výše uvedených ustanovení uzavřít, že porodní asistentka při domácím porodu, který skončil porušením právem chráněného zájmu, dodržela postup lege artis případně se nevychýlila z mezí přípustného rizika? Můžeme konstatovat, že taková porodní asistentka jednala v souladu s dosaženým stavem poznání a vykonávala v rámci svého povolání společensky prospěšnou činnost. Jak se ale vypořádáme s tou podmínkou, že společensky prospěšného výsledku nebylo možno dosáhnout jinak? Po mém soudu je péče porodní asistentky vykonávána lege artis v tom případě, že je poskytována v lékařském zařízení, kde je v případě komplikací dostupná péče lékaře v horizontu několika vteřin. Porodní asistentka coby odbornice vědoma si rizik by svou klientku před porodem odkázala do služeb svých nebo služeb někoho jiného, které by ale byly

Odborná způsobilost k výkonu povolání porodní asistentky

(1) Odborná způsobilost k výkonu povolání porodní asistentky se získává absolvováním

a) nejméně tříletého akreditovaného zdravotnického bakalářského studijního oboru pro přípravu porodních asistentek,

b) tříletého studia v oboru diplomovaná porodní asistentka na vyšších zdravotnických školách, pokud bylo studium prvního ročníku zahájeno nejpozději ve školním roce 2003/2004,

c) střední zdravotnické školy v oboru ženská sestra nebo porodní asistentka, pokud bylo studium prvního ročníku zahájeno nejpozději ve školním roce 1996/1997.

(2) Za výkon povolání porodní asistentky se považuje poskytování zdravotní péče v porodní asistenci, to je zajištění nezbytného dohledu, poskytování péče a rady ženám během těhotenství, při porodu a šestinedělí, pokud probíhají fyziologicky, vedení fyziologického porodu a poskytování péče o novorozence; součástí této zdravotní péče je také ošetrovatelská péče o ženu na úseku gynekologie. Dále se porodní asistentka ve spolupráci s lékařem podílí na preventivní, léčebné, diagnostické, rehabilitační, paliativní, neodkladné nebo dispenzární péči.

poskytovány v lékařském zařízení, protože taková erudovaná odbornice musí po kritické úvaze dojít k závěru, že nemá dostatečné znalosti a zkušenosti, aby se vypořádala s případnou komplikací, a nadto, že v domácnosti rodičky k tomu ani nemá potřebné vybavení. Z toho uzavírám, že porodní asistentka je za porušení zájmu chráněného trestním zákonem při domácím porodu trestně odpovědná.

5.4.Závěr kapitoly o přípustném riziku ve zdravotnictví

Za okolnosti přípustného rizika v oblasti zdravotnictví jedná ten, kdo dodrží postup lege artis. Co se rozumí postupem lege artis není v žádném předpise závazně a na jisto stanoveno, kdy se jedná o neurčitý a živý pojem. Jeho obsah stanoví až soud v konkrétním případě.

6. Přípustné riziko v hospodářské oblasti

6.1. Vymezení pojmů

Přípustné riziko v hospodářské oblasti můžeme chápat jako přípustné riziko v hospodářském styku nebo v hospodářské soutěži. Ani jeden z těchto pojmů není v literatuře vyčerpávajícím způsobem definován. Podle komentáře „... *jednání v hospodářském styku v sobě zahrnuje také „jednání v hospodářské soutěži“* ...“¹¹² Hajn rovněž vykládá pojem hospodářského styku úzce ve spojení se soutěžním chováním¹¹³, a to sice z důvodu formulace ustanovení § 2976 odst. 1 OZ, který stanoví, že kdo se dostane v hospodářském styku do rozporu s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům, dopustí se nekalé soutěže. I my se v následujících úvahách omezíme na ten výsek hospodářské oblasti, kde se odehrává hospodářská soutěž. Co nás vede k omezení se na oblast hospodářské soutěže, bude vysvětleno níže.

S definicí pojmu hospodářská soutěž jsou rovněž potíže. Hajn ve svém článku některé vybrané definice hospodářské soutěže nabízí. „*Tak francouzský vědec Azéma charakterizuje hospodářskou soutěž jako rivalitu mezi subjekty hospodářského života (...), kteří se snaží získat a udržet klientelu.*“¹¹⁴ Skála hospodářskou soutěží rozumí „*spoluzávodění dvou neb o více osob o zákaznictvo a odbyt zboží neb výkonů. Navenek jeví se soutěž snahou rozsah vlastního podniku neustále zvětšovati neb alespoň v dosavadních posicích udržovati.*“¹¹⁵ Oběma těmito autorům Hajn vytýká, že vnímají hospodářskou soutěž jenom na straně nabídky.¹¹⁶

¹¹²ONDREJOVÁ, Dana. In: HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2014, 2046 s. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-287-8. s.1770

¹¹³HAJN, Petr. In: ŠVESTKA, Jiří, Jan DVOŘÁK a Josef FIALA a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek VI, (§ 2521 až 3081)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014. Komentáře (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7478-630-3. s. 1166-1167

¹¹⁴Cit. podle HAJN, Petr. K vymezení hospodářské soutěže. *Právní rozhledy*. Praha: C. H. Beck, 1998, 6(9), 439. ISSN 1210-6410.

¹¹⁵ Cit. podle HAJN, Petr. K vymezení hospodářské soutěže. *Právní rozhledy*. Praha: C. H. Beck, 1998, 6(9), 439. ISSN 1210-6410.

¹¹⁶ HAJN, Petr. K vymezení hospodářské soutěže. *Právní rozhledy*. Praha: C. H. Beck, 1998, 6(9), 439. ISSN 1210-6410.

6.2.K otázce společenského prospěchu v hospodářském styku nebo hospodářské soutěži

Jednou z podmínek jednání za okolnosti přípustného rizika je sledování společensky prospěšného cíle. Zde je na místě se zamyslet, ve kterých oblastech hospodářského styku lze hovořit o společensky prospěšném cíli. Tou oblastí je právě oblast hospodářské soutěže, kdy spotřebitelé využívají toho hlavního benefitu hospodářské soutěže v tom smyslu, že se jim dostává předmětů soutěže v tom nejlepším poměru mezi cenou a kvalitou. To musíme hodnotit jako společensky prospěšný cíl. Proto nám pro účely této studie nemusí vadit jednostranné zaměření definicí hospodářského styku, které tento styk berou v potaz pouze na straně nabídky.

Každý soutěžitel bezpochyby sleduje svůj osobní prospěch, který se ale často zrcadlí v prospěchu celospolečenském. Co když však soutěžitel v hospodářské soutěži sleduje výhradně svůj osobní prospěch, čímž poškozují zájmy společnosti? Na takového soutěžitele potom dopadnou normy v ustanovení § 2976 a násl. OZ o nekalé soutěži, případně ustanovení § 248 TZ o porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže.

6.3.K subjektu

Subjektem jednajícím za okolnosti přípustného rizika může být pouze speciální subjekt. Hovoříme-li v kontextu hospodářské soutěže, je na tomto místě třeba definovat pojem soutěžitele. Ustanovení § 2 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., zákon o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), rozumí soutěžitelem fyzickou a právnickou osobu, jejich sdružení (...), pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat, i když nejsou podnikateli.

Ve smyslu ustanovení § 420 odst. 1 OZ je podnikatelem ten, kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku. Toto ustanovení však samo k posouzení toho, zda podnikatel je nebo není speciálním subjektem, nestačí. Odpověď na tuto otázku je třeba hledat ve spojení tohoto ustanovení spolu ustanovením § 5 odst. 1 OZ, který říká, že kdo se (...) přihlásí k odbornému výkonu jako příslušník určitého povolání nebo stavu, dává tím najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojena. (...). Tuto úvahu je třeba dotáhnout tak daleko, že na podnikatele je třeba nahlížet jako na profesionála, a tedy

se od něj očekává vyšší úroveň znalostí, zkušeností a pečlivosti než u nepodnikatelů.¹¹⁷ Praktickým projevem této teze je např. to, že ve smyslu ustanovení § 1797 OZ se podnikatel, který uzavřel smlouvu při svém podnikání, nemůže dovolat neplatnosti smlouvy z titulu lichvy ani zrušení smlouvy z titulu neúměrného zkrácení. Na základě tohoto ustanovení můžeme konstatovat, že ten, kdo je soutěžitelem coby podnikatelem, je speciálním subjektem, a tedy může jednat za okolnosti přípustného rizika.

Takto jsme ale rozebrali jenom jednu část definice soutěžitele, jak ji vymezuje zákon o ochraně hospodářské soutěže. Vystává zde otázka, zda může za okolnosti přípustného rizika jednat ten, je soutěžitelem a současně není podnikatelem. U podnikatele je nám jasné, co jej činí odborníkem a tedy speciálním subjektem oprávněným jednat za okolnosti přípustného rizika. Jakou speciální vlastnost (nebo chceme-li odbornost) lze nalézt u soutěžitele „nepodnikatele“? U soutěžitele „nepodnikatele“ taková vlastnost chybí a proto takový subjekt po mém soudu nemůže jednat za okolnosti přípustného rizika.

6.4.K problematice dosaženého stavu poznání

Podmínkou jednání za okolnosti přípustného rizika je jednání v souladu s dosaženým stavem poznání, jinými slovy jednání *de lege artis*. Pokud jsme konstatovali, že vymezení pojmu *de lege artis* v oblasti zdravotnictví je nejednoznačné, v oblasti hospodářství tomu nebude jinak. Nejvyšší soud České republiky judikoval (dodejme, že tak učinil v rámci a pro potřeby výkladových ustanovení TZ 61), že „*pravidly hospodářského styku (...) se rozumí (...) takové normy obsažené v obecně závazných právních předpisech, které vymezují závazné hranice (meze) hospodářské soutěže (tzv. pravidla hry) (...)*“.¹¹⁸ V kontextu právního řádu ve stavu, v jakém je dnes, můžeme konstatovat, že tato pravidla jsou vymezena negativně, tedy tím, co je zakázáno dělat, a to sice v ustanovení § 2976 a násl. OZ.

¹¹⁷JOSKOVÁ, Lucie. In: ČERNÁ, Stanislava, Ivana ŠTENGLOVÁ, Irena PELIKÁNOVÁ a Jan DĚDIČ. *Obchodní právo: podnikatel, podnikání, závazky s účastí podnikatele*. Praha: WoltersKluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-333-4. s. 395

¹¹⁸rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 15. 4. 1998 sp. zn. 5 Tz 43/98

6.5.Způsobení úpadku

Přečin způsobení úpadku je v problematice přípustného rizika unikátní v tom smyslu, že jako jediný trestný čin ve zvláštní části trestního zákoníku obsahuje pojem přípustné riziko již ve skutkové podstatě. Přečinu způsobení úpadku se podle ustanovení § 224 odst. 1 písm. e) dopustí ten, kdo, byť i z hrubé nedbalosti, si přivodí úpadek tím, že učiní nad rámec obvyklého podnikatelského rizika obchod nebo operaci, která nenáleží k jeho pravidelné podnikatelské činnosti nebo je v hrubém nepoměru k jeho majetkovým poměrům.

7. Přípustné riziko ve sportu

7.1. Ke společenské prospěšnosti

Za okolnosti přípustného rizika může jednat ten, kdo svým jednáním sleduje společensky prospěšný cíl. V širším povědomí tušíme, že sport je veskrze žádanou a společensky prospěšnou aktivitou, nutně však na tomto místě vyvstává otázka, kde pro takové tvrzení najít podklad. Již v důvodové zprávě k trestnímu zákoníku se objevila teze, že „*definice přípustného rizika v zásadě pokrývá všechny případy tohoto rizika, neboť stranou nezůstávají ani rizika např. v souvislosti se sportovními aktivitami (boxeři, hokejisté, automobiloví závodníci apod.*“¹¹⁹ Nemusíme však skončit u tohoto tvrzení, můžeme jít ještě dále, a sice ke konkrétnějším právním normám. Např. zákon č. 115/2001 Sb., o podpoře sportu (dále jen „zákon o podpoře sportu“) v ustanovení § 1 přímo deklaruje, že sport je veřejně prospěšnou činností. A chceme-li být ještě konkrétnější, Nejvyšší soud v rozhodnutí sp. zn. 8 Tdo 396/2007 ze dne 11. dubna 2007 deklaroval, že předání úplatku rozhodčímu za tím účelem, aby byl ovlivněn výsledek utkání, je jednáním, které naplňuje znaky „obstarávání věci obecného zájmu“.

Klapal v této věci vyslovil myšlenku, že by některé sporty vyňal z definice sportů, jejichž výkon je společensky prospěšný a jejichž výkon tedy lze subsumovat pod jednání za okolností přípustného rizika. Do takto vyloučené skupiny sportů navrhuje zařadit ty, kde k ublížení na zdraví dochází úmyslně, byť v úmyslu nepřímém. Autor zde jmenuje např. některé druhy thai boxu a jiné ultimátní zápasy, kde se soupeři vzájemně hrubě kopou do hlavy, nebo si jinak hrubě ubližují. V této věci dále konstatuje, že společenská prospěšnost takových sportů je minimální a takové jednání je třeba stíhat jako trestnou činnost.¹²⁰ Ačkoli je v právní obci takový názor ojedinělý, těžko bychom hledali argument proti. Pro kriminalizaci takových jevů hovoří i fakt, že takové jednání nelze subsumovat ani pod svolení poškozeného, neboť podle ustanovení § 30 odst. 3 TZ nelze za svolení považovat souhlas k ublížení na zdraví nebo usmrcení.

¹¹⁹VLÁDA ČR, Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, Sněmovní tisk č. 410/0 ze dne 25. 2. 2008

¹²⁰KLAPAL, Vít. Svolení poškozeného jako okolnost vylučující protiprávnost. *Trestněprávní revue*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2005, 4(10), 262. ISSN 1213-5313.

7.2.K subjektu

Ze shora uvedených výkladů je patrné, že jednání lze posoudit jako jednání za okolností přípustného rizika pouze, pokud jde o osoby profesionály, a tedy speciální subjekty. Kocina je však toho názoru, že rovněž na sportovní aktivity amatérů lze nahlížet prizmatem přípustného rizika.¹²¹ Naproti tomu Šámal je v této problematice opatrnější, když tvrdí, že nahlížení na sportovní aktivity optikou přípustného rizika není bez výhrad a zřejmě jej nelze vztáhnout na činnost amatérských sportovců.¹²²

Podpora názoru, že benefit možnosti jednat za okolností přípustného rizika lze přisvědčit jen sportovcům profesionálům, je blíže rozpracován v usnesení Nejvyššího soudu ze dne 31. 8. 2016, sp. zn. 7 Tdo 561/2016. Skutkově šlo o to, že při fotbalovém zápase amatérské ligy obviněný nepřiměřeně atakoval spoluhráče do spodní oblasti pravé dolní končetiny, čímž poškozenému způsobil poruchu zdraví, která mu znesnadnila obvyklý život po dobu 12 týdnů. Prvostupňový soud uznal obviněného vinným přečinem těžkého ublížení na zdraví podle § 147 odst. 1 TZ. Odvolací soud rozsudek soudu prvního stupně zrušil a vyslovil, že uvedený skutek není trestným činem. Nato nejvyšší státní zástupce podal ve lhůtě dovolání z důvodu dle § 265b odst. 1 písm. g) zákona č. 141/1961 Sb., trestní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen TR), tedy že rozhodnutí soudu druhého stupně spočívá v nesprávném hmotněprávním posouzení. Na podporu svého tvrzení dovolatel uvádí, že použití institutu přípustného rizika je možné pouze u profesionálních sportovců. Trestní odpovědnost jako následek jednání profesionálního sportovce podle dovolatele nastane jen výjimečně vzhledem k tomu, že se zvýšenému riziku vědomě vystavují; nadto jsou obratnější, takže se mohou pouštět do rizikovějších zásahů. Naproti tomu amatérští sportovci si musí počínat obezřetněji a musíme u nich tolerovat menší riziko, vzhledem k tomu, že nejsou tak obratní jako jejich profesionální kolegové, dále nejsou pojištěni, a z těchto dvou komponent vychází ten důsledek, že nejsou schopni ani ochotni nést rizika svých nepřiměřených herních zásahů.

Nejvyšší soud dovolání odmítl z důvodu podle § 265i odst. 1 písm. e), a sice že jej shledal zjevně neopodstatněným. Nejvyšší soud se konkrétně nevyjádřil k otázce, zda se přípustné riziko může uplatnit i na jednání sportovců amatérů. Zdůraznil, že případy zranění sportovců je třeba posuzovat přísně individuálně, přičemž je třeba stále mít

¹²¹KOCINA, Jan. Přípustné riziko ve sportu. *Bulletin advokacie*. Praha: Česká advokátní komora, 2016, 60(1-2), 32. ISSN 1210-6348.

¹²²GRÍVNA, Tomáš. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5. s. 427

na paměti zásadu subsidiarity trestní represe. Nejvyšší soud adresáty uvědomil, že tyto teze prosazoval již ve svém usnesení ze dne 21. 3. 2007 sp. zn. 3 Tdo 1355/2006. V tomto konkrétním případě je třeba podle Nejvyššího soudu uplatnit právě zásadu subsidiarity trestní represe.

Osobně se ztotožňuji s rozhodnutím Nejvyššího soudu v tom smyslu, že je třeba každé obdobné rozhodnutí přísně individualizovat, zároveň se mi však líbí úvaha dovolatele o tom, že přípustné riziko lze uplatnit jen v případě jednání profesionálních sportovců. Požadavek profesionality ctíme v každém oboru, na který přípustné riziko dopadá, tak proč by právě sport měl být výjimkou. Přitom ona profesionalita je základním předpokladem použití přípustného rizika, jak jej připouští ustanovení § 31 TZ, a zároveň nikdo nepředložil dostatek argumentů, pro které bychom v případě sportu měli upřednostnit jiné metody výkladu před výkladem jazykovým.

7.3.K subsidiaritě rizika a poměru rizika výsledku

Pro hlubší výklad subsidiarity rizika a poměru rizika výsledku hledíme do kapitoly zabývající se blíže jednotlivými podmínkami jednání za okolnosti přípustného rizika. Jak však tyto obecné teze vyložit v kontextu sportovních aktivit? V právě zmíněné kapitole jsme si vysvětlili, že tam kde je při sledování společensky prospěšného cíle volit nerizikovou cestu, je třeba právě tuto zvolit. Co je však tím společensky prospěšným cílem, vůči kterému budeme poměřovat, zda bylo možné cíle dosáhnout s absencí rizika a pokud ne, zda jsme dodrželi správný poměr zisku a ztráty?

Na stanovení toho, co je v kontextu sportu společensky prospěšné, může být v zásadě dvojitý pohled. První je, že při sportovních aktivitách je společensky prospěšný ten stav, kdy předmětná činnost působí jako psychohygiena na jednotlivce a kdy jsou jejím prostřednictvím tuženy sociální vazby. Při takto úzkém vymezení bychom nemohli tolerovat takřka žádné riziko, čímž by běžný společenský život byl paralyzován obavami z trestního postihu.

Proto je třeba zaujmout stanovisko benevolentnější, neboť to, co činí mnohé sporty divácky i hráčsky atraktivní, je právě jejich rychlý a dynamický charakter, který by byl nepřiměřenými požadavky na opatrnost popřen, čímž by se smysl mnohých sportů vytratil.¹²³ Toto stanovisko nakonec zaujal i Ústavní soud ČR v usnesení sp. zn. III. ÚS 2357/2015 ze dne 19. prosince 2017, kde se stanoví, „*je-li kopaná tradičně*

¹²³KOCINA, Jan. Přípustné riziko ve sportu. *Bulletin advokacie*. Praha: Česká advokátní komora, 2016, 60(1-2), 31-32. ISSN 1210-6348.

pojímána jako rychlá hra s častými fyzickými střety, měla by tomu odpovídat i rozhodovací činnost orgánů veřejné moci, které tuto její povahu v uvedeném smyslu respektují. Sportovní klání je svým způsobem mimořádnou událostí, při níž s přihlédnutím k povaze toho kterého sportu dochází vždy k určitému posunu přijatelných pravidel lidského chování. A přestože ochrana zdraví, (...), by neměla být ani při těchto událostech opomíjena, po každém lze, (...), požadovat opatrnost a ohleduplnost k druhým přiměřeně dané situaci.“

8. Přípustné riziko de lege ferenda

V rekodifikaci trestního práva z roku 2009 se institut přípustného rizika konečně dostal své zákonné úpravy. A již krátce po své účinnosti se z řad odborné veřejnosti začaly ozývat kritické hlasy¹²⁴, nebo raději hlasy vědomé si úskalí používání tohoto nového institutu.

Jako první na seznamu se objevuje výtky stran přílišné obecnosti úpravy institutu. Použití institutu přípustného rizika nesmí jít proti ustanovení jiného předpisu, proto si lze velice dobře představit jeho užití v oborech lidské činnosti, které jsou v právních předpisech zevrubně popsány a jimž jsou dána pravidla, problém však nastane, až budeme tento institut chtít použít v oborech lidské činnosti, které v právním řádu ještě dostatečně etablovány nejsou.¹²⁵ A přitom právě ochrana nově vznikajících odvětví je smyslem existence přípustného rizika. Tomuto názoru lze však oponovat názorem tím, že není a nemůže být ambicí právního řádu upravit každý dílčí případ, který by mohl hypoteticky nastat. Jednak toto není v silách zákonodárce, jednak to ani není žádoucí, abychom takto likvidovali v určitém ohledu volnou úvahu soudu a zároveň tím zmrazili volný průběh vědeckého bádání a lidské činnosti vůbec. Jsem toho názoru, že je třeba přijmout jen nezbytná opatření k ochraně nejvýznamnějších zájmů chráněných trestním zákonem. Přemíra právních norem vede k chaosu a lidskou činnost spíš ochromuje, než by ji usnadňovala.

S tím souvisí otázka problematičtějšího výkladu neurčitých právních pojmů, jako je veřejný zájem, dobré mravy, zásady lidskosti a jim podobné. Tato otázka je akcentována v kontextu užití institutu přípustného rizika.¹²⁶ Uznávám, že s výkladem neurčitých právních pojmů bývá potíž. Avšak jako se tyto pojmy dobře usadily v právu občanském, lze předpokládat, že se ustálí i v právu trestním. Navíc to vnímám jako benefit těchto pojmů, že jsou tak trochu plovoucí. Umožňuje to soudu přizpůsobit jejich výklad společenskému konsenzu a chránit společenský konsenzus je přece jeho úkolem.

Kuchta a Púry v souvislosti s problematikou neurčitých právních pojmů navrhují po vzoru slovenského trestního zákona¹²⁷ omezit použití institutu přípustného rizika jen

¹²⁴PÚRY, František a Josef KUCHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 318. ISBN 978-80-87212-77-6. s 309-310

¹²⁵ tamtéž

¹²⁶ tamtéž

¹²⁷ § 27 odst. 1 zákona č. 300/2005 Z. z., trestný zákon: Čin inak trestný nie je trestným činom, ak niekto v súlade s dosiahnutým stavom poznania vykonáva spoločensky prospešnú činnosť v oblasti výroby a výskumu,

na hospodářskou sféru, kde se s neurčitými právními pojmy nesetkáváme tak frekventovaně.¹²⁸ K takovému omezení bych se rozhodně neuchylovala, už proto, že se nám institut přípustného rizika začíná poměrně dobře usazovat i oblasti sportu a zdravotnictví.¹²⁹ Nenapadá mě v této souvislosti způsob, jak lépe chránit např. lékaře-vědce při testování nových léků nebo lékařských postupů.

Z pera odborné veřejnosti¹³⁰ dále vychází názor, že při hodnocení přípustného rizika srovnáváním míry rizika a žádoucího výsledku, se srovnává nesrovnatelné. Nadto není stanoveno, co je to ta „míra rizika“. Tomuto názoru rozumím, neboť míru rizika z podstaty věci vyjadřujeme zlomkem nebo procentem, avšak hodnotu žádoucího výsledku vyjadřujeme absolutní hodnotou. Ve svých myslích všichni nějak intuitivně tušíme, co je správné, ale nejspíš k tomu nedocházíme stejným postupem.

V odborné literatuře lze nalézt i ten názor, že institut přípustného rizika je poněkud nadbytečný, když lze protiprávnost vyloučit na základě okolností vylučujících protiprávnost zákonem nedefinovaných, a sice výkonu práva, výkonu povinnosti, plnění závazného rozkazu a dalších.¹³¹ Tento názor se mi jeví jako velice problematický. Pokud se v odborných kruzích debatuje o tom, že institut přípustného rizika je zákonem upraven příliš obecně, pak mám obavu, že spoléhat se na okolnosti vylučující protiprávnost zákonem nedefinované by neuspokojilo společenskou potřebu a neposkytlo by jednajícím za okolností, kterým dnes říkáme přípustné riziko, dostatečnou jistotu, že za jejich společensky prospěšnou činnost nebudou trestně stíháni.

K tomu je třeba dodat, že institut přípustného rizika je poměrně zevrubně propracován v právních učebnicích již ze 40. let 20. stol.. Z toho lze usuzovat na velkou společenskou poptávku na úpravě přípustného rizika, proto tento institut v trestním zákoníku nelze považovat za nadbytečný.

akspoločenskyprospešnývýsledok, ktorýsa od vykonávania činu očakáva, nemožno dosiahnuť bez rizika ohrozeniazájmuchránenéhotýmtozákonom.

¹²⁸PÚRY, František a Josef KUČTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnické dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 318. ISBN 978-80-87212-77-6. s 309

¹²⁹Za všechny autory jmenujme např.:KOCINA, Jan. Přípustné riziko ve sportu. *Bulletin advokacie*. Praha: Česká advokátní komora, 2016, **60**(1-2), 28-34. ISSN 1210-6348., BRÁNSKÁ, Klára. *Přípustné riziko jako okolnost vylučující trestnost a trestní odpovědnost lékaře*. Brno, 2017. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Marek Fryšták.

¹³⁰PÚRY, František a Josef KUČTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právnické dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, s. 315. ISBN 978-80-87212-77-6.

¹³¹ tamtéž

Havlíček ve své práci naznačuje možné úskalí v tom smyslu, že výčet okolností, za kterých je subjekt uznán kompetentním pro jednání za okolnosti přípustného rizika, je taxativní, a tedy nezohledňuje specifika této okolnosti vylučující protiprávnost.¹³² Vzpomeňme, že těmito legitimními okolnostmi jsou: zaměstnání, povolání, postavení a funkce. Výčet je sice taxativní, ale jednotlivé kategorie se mi jeví natolik obecné, že pod alespoň jednu z nich lze subsumovat jakoukoli legitimní kompetenci pro jednání za okolnosti přípustného rizika.

Havlíček této úpravě dále vytyká, a v tom mi nezbývá než souhlasit, určitou duplicitu v okolnostech, které užití institutu přípustného rizika vylučují. Konkrétní problém vidí v tom, že jsou vedle sebe zmíněny dobré mravy a zásady lidskosti, přičemž co je proti dobrým mravům, je nepochybně i proti zásadám lidskosti a naopak.¹³³ Vystává otázka, co k takovému ustanovení zákonodárce vedlo. Dobré mravy jsme možná zvyklí vnímat ve vztahu mezi jednotlivci a v malých sociálních skupinách. Z termínu zásady lidskosti však cítíme jeho širší dosah. Toto ustanovení tak možná plní funkci určitého apelu vůči adresátům právní normy, aby si byli vědomi, do jaké šíře mají dbát ochrany právem chráněných zájmů.

Na tomto místě nutně vystává otázka, proč se institut přípustného rizika v právní praxi příliš neujal, když po něm evidentně byla velká společenská poptávka.

První důvod, který je nasnadě, je ten, že jednání za okolnosti přípustného rizika se může dopustit jen speciální subjekt – odborník, a těch je ve společnosti naprosté minimum ve srovnání s běžnou populací. Proto se soudy zabývají hlavně majetkovou trestnou činností, která na osobu pachatele neklade žádné zvláštní nároky, a tedy se jí může dopouštět každý. Nadto je třeba tuto ideu doplnit faktem, že právě odborníci, a tedy potenciální subjekty přípustného rizika, mají velice dobrou představu o tom, co dělají, postupují *lege artis* a nevznikají tu pochybnosti o legálnosti jejich postupů.

A možná pokud nakonec přesto vznikne pochybnost, je trestní stíhání zastaveno již na konci přípravného řízení, kdy státní zástupce podle ustanovení § 172 odst. 1 TŘ trestní stíhání zastaví, není-li stíhaný skutek trestným činem.

¹³²HAVLÍČEK, Jan. *Dovolené riziko de lege ferenda*. Brno, 2009. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. s. 23

¹³³ tamtéž str. 25

Závěr

Úvodem byly vytyčeny některé aplikační otázky, které při výkladu institutu přípustného rizika nutně vyvstanou.

Prvou z těchto otázek bylo, co je ona společensky prospěšná činnost, která je konstitučním znakem přípustného rizika. Zákon stanoví, že za okolnosti přípustného rizika jedná ten, kdo (kromě jiného) vykonává společensky prospěšnou činnost. Zde se osoba, která hodlá využít benefitů přípustného rizika nutně táže, co je společensky prospěšnou činností. Komentářová literatura dospívá k tomu závěru, že společensky prospěšná činnost je ta, která směřuje k dosažení obecného blaha. Tímto obecným blahem se myslí možnost plně rozvinout lidské potřeby nebo dosáhnout časových a materiálních úspor. Dále se musíme ptát, zda je společensky prospěšnou činností jenom to, z čeho skutečně profituje jen společnost jako celek nebo širší skupiny osob, nebo zda může celospolečenským zájmem být i zájem na první pohled individuální. Zde dospíváme k závěru, že ve specifických případech má i na první pohled individuální zájem celospolečenský přesah. V příslušné kapitole je uveden příklad z oblasti hospodářské soutěže.

Následně bylo třeba se vyrovnat s otázkou, zda je třeba na subjekt přípustného rizika klást nějaké zvláštní požadavky a omezit tak okruh osob, které se přípustného rizika mohou dovolávat. K naplnění okolností podmiňujících použití institutu přípustného rizika nestačí provozovat společensky prospěšnou činnost, rovněž je nutné tuto činnost vykonávat v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce. Zde musíme dospět k závěru, že za okolnosti přípustného rizika jedná jen ta osoba, která je ve smyslu doktríny speciálním subjektem, což znamená, že je to osoba se zvláštní kvalifikací.

Dalším podstatným bodem k řešení je při aplikaci přípustného rizika otázka, jakou je třeba dodržet míru rizika ve vztahu k následkům, aby se ochrana nestala bezbřehou. V přímé návaznosti vyvstává otázka, zda lze chránit toho, kdo vykonává rizikovou činnost, když lze téhož výsledku dosáhnout i cestou s absencí rizik ale s vynaložením neúměrných nákladů. Obecné pravidlo pro stanovení přípustné míry rizika lze stanovit následovně. Lze-li sledovaného cíle dosáhnout cestou s absencí rizik, je třeba volit právě tuto cestu. V reálném životě však téměř neexistují cesty bez rizik. V některých případech lze zvolit cestu s možností rizika blížící se nule, tato si však může žádat neúměrné časové, personální a materiální náklady. Za těchto specifických okolností lze zvolit i rizikovou variantu.

Jakou míru rizika ve vztahu k očekávanému výsledku ještě lze připustit? Při hodnocení toho, jakou míru rizika lze ještě připustit, se zkoumá absolutní hodnota rozdílu mezi očekávaným výsledkem a pravděpodobnou ztrátou. Pravděpodobnost rizika ku pravděpodobnosti ztráty je rovněž relevantním kritériem, není však kritériem rozhodujícím. Zde vyvodíme závěr, že nelze pod přípustné riziko subsumovat takovou situaci, kdy na jedné straně stojí vysoce pravděpodobný dalekosáhle společensky prospěšný výsledek a na straně druhé stojí riziko katastrofální ztráty, byť jeho pravděpodobnost není příliš velká.

Po předchozích výkladech se adresáti normy nutně táží, zda jim tato norma poskytuje dostatečné jistoty a záruky, že při dodržení podmínek budou chráněni, a zda pro ně sama aplikace ustanovení o přípustném riziku není rizikem. Z řad odborné veřejnosti vychází takové ohlasy, že institut přípustného rizika je zákonem definován příliš široce. Takové nastavení může být dvousečnou zbraní. Z jednoho úhlu pohledu může poskytovat ochranu širokému spektru jednání, a to z toho důvodu, že není v silách zákonodárce předem taxativně vymezit situace, na které by přípustné riziko mohlo dopadat. Na druhou stranu si člověk z praxe nemůže být nikdy jist, jak bude jeho případ posouzen, a tak se aplikace institutu přípustného rizika může sama o sobě stát velice rizikovou. Doktrína se však v tomto ohledu jeví být aktivní a podle mého poučeným praktikům dobře poslouží. Přesnějším vymezením případů, na které přípustné riziko dopadá, by právní norma byla zaplevelena kazuistikou a trčila by na své obecnosti.

Na závěr se nabízí zhodnotit, zda a popř. do jaké míry se institut osvědčil a zda toto ustanovení není v právním řádku nadbytečné. Přestože institut přípustného rizika nepatří v praxi mezi ty nejfrekventovanější, nelze na jeho úpravu rezignovat, a to z toho důvodu, aby nebyl ochromen hospodářský rozvoj. Restrikce způsobená nevymezením této okolnosti vylučující protiprávnost by způsobila zpomalení hospodářského pokroku, byť by dopadla jen na jednotky subjektů.

Seznam použitých zkratek

TZ	zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
TŘ	zákon č. 141/1961 Sb., zákon o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů
OZ	zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
zákon o zbraních a střelivu	zákon č. 119/2002 Sb., zákon o střelných zbraních a střelivu a o změně zákona č. 156/2000 Sb., o ověřování střelných zbraní, střeliva a pyrotechnických předmětů a o změně zákona č. 288/1995 Sb., o střelných zbraních a střelivu (zákon o střelných zbraních), ve znění zákona č. 13/1998 Sb., a zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, (zákon o zbraních), ve znění pozdějších předpisů
zákon o zdravotních službách	zákon č. 372/2011 Sb., zákon o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů
zákon o komorách	zákon č. 220/1991 Sb., zákon České národní rady o České lékařské komoře, České stomatologické komoře a České lékárnické komoře, ve znění pozdějších předpisů
zákon o nelékařských zdravotnických povoláních	zákon č. 96/2004 Sb., zákon o podmínkách získávání a uznávání způsobilosti k výkonu nelékařských zdravotnických povolání a k výkonu činnosti souvisejících s poskytováním zdravotní péče a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o nelékařských zdravotnických povoláních), ve znění pozdějších předpisů
zákon o ochraně hospodářské soutěže	zákon č. 143/2001 Sb., zákon o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů
zákon o podpoře sportu	zákon č. 115/2001 Sb., zákon o podpoře sportu, ve znění pozdějších předpisů

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

BERAN, Karel. Trestní odpovědnost lékaře za chybu při ošetření pacienta. *Trestněprávní revue*. 2006, 5(1), 10-19. ISSN 1213-5313.

BRÁNSKÁ, Klára. *Přípustné riziko jako okolnost vylučující trestnost a trestní odpovědnost lékaře*. Brno, 2017. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Marek Fryšták.

CÍSAŘOVÁ, Dagmar. K nové koncepci okolností vylučujících protiprávnost. *Trestní právo*. Praha: Nakladatelství ORAC, s r. o., 2000, 5(10), 9-11. ISSN 1211-2860

ČERNÁ, Stanislava, Ivana ŠTENGLOVÁ, Irena PELIKÁNOVÁ a Jan DĚDIČ. *Obchodní právo: podnikatel, podnikání, závazky s účastí podnikatele*. Praha: WoltersKluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-333-4.

DRAŠTÍK, Antonín, Robert FREMR, Tomáš DURDÍK, Miroslav RŮŽIČKA a Alexander SOTOLÁŘ a kol. *Trestní zákoník: Komentář. I. díl*. Praha: WoltersKluwer, 2015. Komentáře (WoltersKluwer ČR). ISBN 978-80-7478-790-4.

HAGGERTY, Sherylllynne. Risk. In: *'Merely for Money'?: Business Culture in the British Atlantic, 1750–1815*. B.m.: Liverpool University Press, 2012, p. 34–65.

HÁCHA, Emil, Jiří HOETZEL, František WEYR a Karel LAŠTOVKA. *Slovník veřejného práva československého*. Sv. III, [P-R]. Repr. pův. vyd. z r. 1934. Praha: Eurolex Bohemia, 2000. ISBN 80-902752-7-3.

HAJN, Petr. K vymezení hospodářské soutěže. *Právní rozhledy*. 1998, Praha: C. H. Beck, 1998, 6(9), 438-443. ISSN 1210-6410.

HAVLÍČEK, Jan. *Dovolené riziko de lege ferenda*. Brno, 2009. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

HENDRYCH, Dušan a kol. *Právní slovník*. 3., podstatně rozš. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2009. Beckovy odborné slovníky. ISBN 978-80-7400-059-1.

HENDRYCH, Dušan, a kol. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012. 792 s. ISBN 978-80-7179-254-3.

HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2014, 2046 s. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-287-8.

JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 6. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2017, 976 s. Student (Leges). ISBN 978-80-7502-236-3.

JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou: zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, advokátní tarif*. 7. aktualizované vydání. Praha: Leges, 2017. 1312 s. Glosátor. ISBN 978-80-7502-230-1

KLABANOVÁ, Olga. *Všeobecná encyklopedie ve čtyřech svazcích*. Díl 3, m-r. Praha: Nakladatelský dům OP, 1997. Encyklopedie Diderot. ISBN 80-85841-35-5.

KLAPAL, Vít. Svolení poškozeného jako okolnost vylučující protiprávnost. *Trestněprávní revue*. 2005, 4(10), 259-267. ISSN 1213-5313.

KOCINA, Jan. Přípustné riziko ve sportu. *Bulletin advokacie*. Česká advokátní komora v Praze, 2016, 60(1-2), 28-34. ISSN 1210-6348

KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva: trestní právo hmotné : obecná část*. Praha: C.H. Beck, 2009, 797 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-042-3.

KUCHTA, Josef. Několik poznámek k postavení a formulaci okolností vylučujících protiprávnost v připravované rekodifikaci trestního zákona. *Trestněprávní revue*. 2003, 2(2), 47-52. ISSN 1213-5313.

KUCHTA, Josef. *Nutná obrana*. Brno: Masarykova univerzita, 1999. ISBN 80-210-2198-5.

KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. Brno: Masarykova univerzita, 1997. ISBN 80-210-1682-5.

MACH, Jan a Dagmar, ZÁLESKÁ. In: MACH, Jan a kol. *Univerzita medicínského práva*. Praha: Grada, 2013. ISBN 978-80-247-5113-9.

MITLÖHNER, Miroslav. Vztah mezi přípustným rizikem a postupem lege artis. *Právo a zaměstnání: Odborný časopis pro pracovní právo, sociální zabezpečení a personalistiku*. Praha: Nakladatelství ORAC, 1996, 2(7-8), 32-34. ISSN 1211-1139

NEZKUSIL, Jiří. *Československé trestní právo*. Sv. I, Obecná část. 3. přeprac. a dopl. vyd. Praha: Orbis, 1976. Právnické edice. Učebnice.

NOVOTNÝ, Oto, Adolf DOLENSKÝ, Jiří JELÍNEK a Marie VANDUCHOVÁ. *Trestní právo hmotné*. 3. přeprac. vyd. Praha: Codex, 1997, 328 s. ISBN 80-859-6324-8.

Ottův slovník naučný: ilustrovaná encyklopaedie obecných vědomostí. Praha: Paseka, 2003. ISBN 80-718-5298-8

PETROV, Jan. Protiprávnost a obecná prevenční povinnost. *Právní rozhledy*. 2007, **15**(20), 745-749. ISSN 1210-6410.

PŮRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. In: ZOUFALÝ, Vladimír. *XIX. Karlovarské právní dny*. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, ISBN 978-80-87212-77-6.

SOLNAŘ, Vladimír. *Trestní právo hmotné: část obecná*. Praha: nákladem Knihovny Sborníku věd právních a státních, 1947.

STEHLÍK, Pavel. *Přípustné riziko v trestním právu*. Plzeň, 2013. Diplomová práce. Západočeská univerzita v Plzni, Právnícká fakulta. Vedoucí práce Jindřich Fastner. s. 15

STOLÍNOVÁ, Jitka a Jan MACH. *Právní odpovědnost v medicíně*. 2., dopl. A přeprac. vyd. Praha: Galén, c2010. Theatrummedico-iuridicum. ISBN 978-80-7262-686-1.

ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139: komentář*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-428-5.

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

ŠOFR, David. *Dovolené riziko*. Praha, 2016. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnícká fakulta. Vedoucí práce Rudolf Vokoun.

ŠTERC, Jiří. *Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost*. Brno, 2015. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnícká fakulta. Vedoucí práce Eva Žatecká.

ŠUSTEK, Petr a Tomáš HOLČAPEK a kol. *Zdravotnické právo*. Praha: WoltersKluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-321-1.

ŠVESTKA, Jiří, Jan DVOŘÁK a Josef FIALA a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek VI, (§ 2521 až 3081)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014. Komentáře (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7478-630-3.

2. Seznam použitých internetových zdrojů

SRNEC, Václav. Život s tracheostomií a umělou plicní ventilací. Václav Srnec - Blog nejen o životě s handicapem. [online]. [cit. 2019-03-14]. Dostupné z: <https://vaclavsrnec.webnode.cz/dupv/>

Význam slova riziko. Slovník cizích slov [online]. [cit. 2019-03-11]. Dostupné z: <http://www.slovník-cizich-slov.cz/riziko.html>

3. Seznam použitých právních předpisů

usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů

Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny

zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 141/1961 Sb., zákon o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 300/2005 Z.z., trestný zákon, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 372/2011 Sb., zákon o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 285/2002 Sb., zákon o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 220/1991 Sb., o České lékařské komoře, České stomatologické komoře a České lékárnické komoře

zákon č. 96/2004 Sb., zákon o podmínkách získávání a uznávání způsobilosti k výkonu nelékařských zdravotnických povolání a k výkonu činnosti souvisejících s poskytováním zdravotní péče a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o nelékařských zdravotnických povoláních), ve znění pozdějších předpisů

vyhláška č. 55/2011 Sb., vyhláška o činnostech zdravotnických pracovníků a jiných odborných pracovníků

zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 115/2001 Sb., zákon o podpoře sportu, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 219/1999 Sb., zákon o ozbrojených silách České republiky, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 300/2013 Sb., zákon o Vojenské policii a o změně některých zákonů (zákon o Vojenské policii), ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 17/2012 Sb., zákon o Celní správě České republiky, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 273/2008 Sb., zákon o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 553/1991 Sb., zákon České národní rady o obecní policii, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 555/1992 Sb., zákon České národní rady o Vězeňské a justiční strážci České republiky, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 154/1994 Sb., zákon o bezpečnostní informační službě, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 289/2005 Sb., zákon o Vojenském zpravodajství, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 341/2011 Sb., zákon o Generální inspekci bezpečnostních sborů a o změně souvisejících zákonů, ve znění pozdějších zákonů

zákon č. 119/2002 Sb., zákon o střelných zbraních a střelivu a o změně zákona č. 156/2000 Sb., o ověřování střelných zbraní, střeliva a pyrotechnických předmětů a o změně zákona č. 288/1995 Sb., o střelných zbraních a střelivu (zákon o střelných zbraních), ve znění zákona č. 13/1998 Sb., a zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, (zákon o zbraních), ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 143/2001 Sb., zákon o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů

4. Seznam použité judikatury

rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2005, sp. zn. 5 Afs 151/2004

rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 26. června 1997, sp. zn. 3 Cdon 69/96

rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 15. 4. 1998 sp. zn. 5 Tz 43/98

usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 11. dubna 2007 sp. zn. 8 Tdo 396/2007

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 31. 8. 2016, sp. zn. 7 Tdo 561/2016

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 3. 2007 sp. zn. 3 Tdo 1355/2006

usnesení Ústavního soudu České republiky ze dne 19. prosince 2017 sp. zn. III. ÚS 2357/2015

5. Seznam ostatních zdrojů

Rekodifikace trestního práva hmotného ČR (podklad pro zpracování věcného záměru reformy trestního práva hmotného, Brno, březen 1996

VLÁDA ČR, Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, Sněmovní tisk č. 410/0 ze dne 25. 2. 2008

POSPÍŠILOVÁ, Andrea, 2019, Debata při absolvování odborné stáže při Obvodním státním zastupitelství pro Prahu 8, státní zástupce, Praha 3. dubna 2019

LINHARTOVÁ, Věra, 2019, Debata při absolvování odborné stáže při Obvodním státním zastupitelství pro Prahu 8, státní zástupce, Praha 10. dubna 2019

VORLICKÝ, Michal, 2019, Debata při absolvování odborné stáže při Obvodním státním zastupitelství pro Prahu 8, státní zástupce, Praha 17. dubna 2019

PELLAR, Adam, 2019, Debata při absolvování odborné stáže při Obvodním státním zastupitelství pro Prahu 8, státní zástupce, Praha 15. května 2019

Přípustné riziko

Abstrakt

Diplomová práce se zabývá tématem přípustného rizika. Přípustné riziko je okolnost vylučující protiprávnost, která se poprvé objevila v zákoně č. 40/2009 Sb., trestní zákoník. Nyní, po bezmála deseti letech účinnosti, je na místě zhodnotit, jak se tato nová úprava ujala v praxi a kde všude našla své využití.

První kapitola vymezuje okolnosti vylučující protiprávnost jako takové a zasazuje institut přípustného rizika do kontextu ostatních okolností vylučujících protiprávnost.

Druhá kapitola čtenáři nabízí historický exkurz do problematiky přípustného rizika, a sice osvětluje způsob, jakým bylo přípustné riziko nejprve dovozováno doktrinárně a jak se potom mezi jednotlivými návrhy vykrytalizoval návrh vítězný, jež byl použit v zákoně č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

Třetí kapitola podrobně rozebírá jednotlivé konstrukční prvky přípustného rizika; tím rozumějme podmínky, které je třeba naplnit, aby se subjekt mohl dovolávat právě této okolnosti vylučující protiprávnost.

Čtvrtá kapitola nabízí srovnání přípustného rizika s dalšími okolnostmi vylučujícími protiprávnost, a to sice jak těmi zákonem vymezenými (nutná obrana, krajní nouze, svolení poškozeného, oprávněné použití zbraně), tak těmi zákonem nedefinovanými (plnění povinnosti, výkon práva, výkon povolání).

Pátá, šestá a sedmá kapitola se zabývají užitím přípustného rizika podrobněji v oblastech, kde je jeho užití nejfrekventovanější. Těmi oblastmi jsou zdravotnictví (kapitola 5), hospodářství (kapitola 6) a sport (kapitola 7). Celkově se tyto tři kapitoly zabývají těmi komponenty přípustného rizika, které jsou v tom kterém oboru problematické, podstatné nebo zajímavé. Těmi otázkami jsou např., kdo může být subjektem přípustného rizika; zda lze v oblasti zdravotnictví, hospodářství a sportu hovořit o celospolečenské prospěšnosti a pokud ano, tak do jaké míry. Zároveň každá z těchto kapitol má svá specifika, kdy např. pátá kapitola věnuje svou významnou část vymezení pojmu *lege artis*.

V osmé kapitole čtenář nalezne úvahy *de lege ferenda*, tedy názory, zda přípustné riziko představuje praktický a efektivním nástroj k ochraně hospodářského a celospolečenského rozvoje.

Klíčová slova: přípustné riziko, okolnosti vylučující protiprávnost, lege artis, společensky prospěšná činnost, speciální subjekt, subsidiarita rizika, poměr rizika a výsledku

Tolerable risk

Abstract

The thesis deals with the topic of tolerable risk. Tolerable risk is a type of criminal defense that has first appeared in the Penal Code, Act No. 40/2009 Coll. Today, after almost ten years since the it came into effect, is the time to summarize the practical use of this institute.

Chapter One outlines the types of criminal defenses and looks at the position that tolerable risk takes among them.

Chapter Two offers a historical view on the development of tolerable risk as an institute; first showing how it had been inferred from doctrine and then how the final version of tolerable risk, implemented in the Penal Code, was found.

Chapter Three analyses the constructional features of tolerable risk; that means the conditions to be met in order to apply this criminal defense.

Chapter Four compares tolerable risk with other criminal defenses, both legally defined (self-defense, necessity, consent, legitimate use of the weapon) and also not legally defined (fulfillment of obligation, exercise of entitlement, performance of a profession).

Chapters five, six and seven deal with the most common areas in which tolerable risk is employed. These areas are healthcare (Chapter Five), economy (Chapter Six) and sport (Chapter Seven). These three chapters focus on those components of tolerable risk that are problematic, essential or interesting in the aforementioned areas. These questions include such as: who is allowed to be the subject of tolerable risk, whether it can be said that those three areas are beneficial for all of society and if so, how much. However, each chapter is specific in its own way - for example, Chapter Five gives particular attention to the term "*lege artis*".

Chapter Eight discusses thoughts *de lege ferenda*, meaning opinions on the institute of tolerable risk and its use as a practical and effective instrument to protect economic and social development.

Key words: tolerable risk, criminal defenses, lege artis, socially beneficial activity, special subject, risk subsidiarity, risk-benefit ratio