

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

David Šorf

Dovolené riziko

Allowable risk

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Rudolf Vokoun

Katedra trestního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 4. 4. 2016

Prohlašuji, že předloženou diplomovou práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

.....

Datum

.....

David Šorf

Poděkování

Rád bych tímto poděkoval JUDr. Rudolfu Vokounovi za ochotu vést mou diplomovou práci, trpělivý přístup a za cenné rady, které mi při psaní práce uděloval. Dále bych poděkoval celé své rodině za neustálou podporu, zvláště pak bych poděkoval babičce Marii a dědovi Josefovi.

Obsah

1	Úvod.....	7
2	Okolnosti vylučující protiprávnost.....	9
2.1	Trestný čin.....	10
2.2	Protiprávnost jako znak trestného činu	11
2.3	Charakteristika norem okolností vylučující protiprávnost	14
2.4	Omyly v okolnostech vylučujících protiprávnost	16
3	Jednotlivé okolnosti vylučující protiprávnost	19
3.1	Okolnosti vylučující protiprávnost v zákoně uvedené	19
3.2	Krajní nouze §28 TZ	19
3.3	Nutná obrana § 29	21
3.4	Svolení poškozeného § 30 TZ.....	23
3.5	Oprávněné použití zbraně § 32 TZ.....	24
3.6	Zvláštní okolnosti vylučují protiprávnost	24
3.7	Výkon práva a plnění povinnosti	25
4	Historický vývoj přípustného rizika	26
4.1	Počátky vývoje rizika jako okolnosti vylučující protiprávnost.....	26
4.2	Poválečný vývoj rizika.....	27
5	Riziko, pojem a společenská prospěšnost rizika	30
5.1	Pojem rizika	30
5.2	Společenský účinek rizika.....	30
6	Přípustné riziko, zákonné zakotvení a pozice v rámci okolností vylučujících protiprávnost	33
6.1	Přípustné riziko § 31 TZ	33
6.2	Optimální informovanost a postup lege artis a hodnocení rizika v době rozhodování.....	34
6.3	Subjekt.....	35

6.4	Společenský prospěch	36
6.5	Subsidiarita rizikového jednání	37
6.6	Proporcionalita mezi rizikem a výsledkem	38
6.7	Zákaz ohrožení lidských životů a zdraví.....	39
6.8	Nesoulad jednání s jinými právními předpisy, veřejným zájmem, zásadami lidskosti a dobrými mravy	40
6.9	Předem deklarované riziko.....	42
6.10	Shrnutí specifík přípustného rizika v rámci okolností vylučujících protiprávnost.....	42
7	Riziko ve zdravotnictví	44
7.1	Subjekt.....	45
7.2	Přípustné riziko v rámci výkonů ve zdravotnictví	45
7.2.1	Lege artis	45
7.2.2	Vitium artis proti non lege artis.....	48
7.2.3	Vzdělání lékaře a jeho vliv na trestně právní odpovědnost.....	49
7.2.4	Subsidiarita přípustného rizika.....	49
7.2.5	Soulad s podmínkami § 31 odst. 2 TZ.....	50
7.3	Přípustné riziko v rámci zdravotnického výzkumu.....	52
7.3.1	Historický vývoj	52
7.3.2	Lékařský experiment	54
7.3.3	Zákonné zakotvení	55
7.3.4	Účast na výzkumu jako povinnost.....	58
8	Riziko ve sportu.....	60
8.1	Historický vývoj.....	60
8.2	Trestní právo a sport dnes	61
8.3	Sport	62

8.4	Koncepce vztahu trestního práva a sportu	62
8.5	Teorie trestní odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy	64
8.6	Přípustné riziko v oblasti sportu.....	66
8.6.1	Subjekt.....	66
8.6.2	Společenská prospěšnost	67
8.6.3	Soulad s dosažením současného stavu poznání a lege artis	68
8.6.4	Proporcionalita mezi ziskem a ztrátou a rozpor s jiným právním předpisem, veřejným zájmem, zásadami lidskosti či dobrými mravy	68
8.7	Riziko a bojové sporty	69
8.8	Vhodnost přípustného rizika ve sportu	72
9	Hospodářské riziko.....	73
9.1	Pojem hospodářského rizika a podnikatelské riziko	74
9.2	Užití § 31 TZ v oblasti hospodářské	75
9.3	Společenský prospěch	76
9.4	Subsidiarita rizika.....	76
9.5	Vztah mezi ziskem a ztrátou	76
9.6	Vyloučení škod na životě a na zdraví	77
9.7	Optimální informovanost a postup lege artis	77
9.8	Subjekt.....	78
9.9	Soulad s požadavky právních norem.....	79
9.10	Použitelnost přípustného rizika v právní praxi.....	79
10	Závěr.....	81
11	Seznam literatury.....	83
12	Abstrakt	89
13	Abstract	90

1 Úvod

Jako téma své diplomové práce jsem si zvolil dovolené riziko, se zaměřením na trestněprávní význam. Při výběru tématu jsem se chtěl zaměřit na trestněprávní problematiku, která je nepostradatelnou složkou právního systému. Při snaze vybrat téma s přesahem do dalších odvětví práva a zároveň si vybrat problematiku, která doposud vzbuzuje řadu otázek, jsem narazil na téma dovoleného rizika. Diskuse o této okolnosti vylučující protiprávnost sice vzrostly po zabudování do zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku (dále jen TZ), avšak stále toto téma stojí spíše na okraji zájmu právníkové společnosti. Dovolené riziko jako okolnost vylučující protiprávnost existovalo v různých podobách v literatuře již před TZ z roku 2009. Bylo tedy, jako okolnost vylučující protiprávnost připouštěno spolu s dalšími, které ani současný TZ nevyjmenovává. Jeho zavedení do TZ proto nelze vnímat náhodně a pro mě byl tento stav podnětem ke zpracování, jelikož působil velmi kontrastně vedle institutů krajní nouze či nutné obrany, kterým je věnována velká pozornost jak v odborné literatuře, tak v judikatuře.

Mojí snahou je tedy toto téma blíže přiblížit a shrnout dosavadní teoretické poznatky, včetně možného praktického využití. Rád bych se proto neomezil jen na přípustné riziko a jeho použitelnost, ale také na podstatu rizika jako okolnosti vylučující protiprávnost v obecné rovině. Zda zavedení jednoho shrnujícího institutu pro riziko bylo vhodnou variantou, jelikož původní plány měly v úmyslu, aby přípustné riziko bylo speciálním institutem pro vědu a výzkum. Rád bych také poukázal na některé rozpory, které toto téma vzbuzuje.

Tento institut má řadu společných znaků s ostatními okolnostmi vylučujícími protiprávnost, proto bych rád úvodní kapitoly věnoval této problematice. Následně vymezím zákonné prvky současné úpravy přípustného rizika, s cílem zdůraznit zvláštnosti tohoto netypického institutu. Za pomoci učebnic, odborných článků, komentářů a judikatury bych velmi rád přiblížil riziko ve třech odvětvích, která jsou skloňována spolu s přípustným rizikem, a to lékařství, sport a hospodářství. Zákon ve své obecné definici, nevylučuje užití i na jiná odvětví, avšak mým záměrem je především přiblížit tato tři témata, jelikož ta jsou v současnosti v diskuzích o dovoleném

riziku nejvíce skloňována. Všechny tyto lidské činnosti přináší nevyhnutelná rizika a jsou vnímaná společností jako prospěšná a podstatná. Dalo by se říci, že současná společnost si bez těchto odvětví již nedovede svůj život představit. Denně nás obklopují nejen plody této činnosti, ale také rizika, která přináší. Ve zdravotnické oblasti jsem se rozhodl zaměřit, jak na problematiku lékařských zákroků, tak na problematiku lékařské vědy, zejména tam, kde může docházet k narušení hodnot lidského zdraví a života. Původně, jsem se kromě tohoto chtěl zaměřit také na srovnání naší právní úpravy rizika se zahraniční, avšak vzhledem k rozsahu, který bylo nutné vynaložit na předchozí kapitoly, jsem od svého původního plánu upustil. Práce byla vypracována k právní úpravě platné 1. března 2016.

2 Okolnosti vylučující protiprávnost

*Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto. Luci...si se telo defendit, ... endoque plorato.*¹ Krade-li v noci a je-li zabit, je zabit právem. Za světla ... jestli se brání se zbraní, ... a ať volá o pomoc.²

Tento krátký úryvek je autentickým zněním jednoho z nejstarších právních předpisů lidské civilizace. Zde nám poslouží jako důkaz, že již starověké společnosti se potýkaly s otázkou, jak vyřešit situaci, kdy osoba naplní nezbytné podmínky k spáchání trestného činu, avšak s ohledem na okolnosti spáchání je nechce kriminalizovat. V praxi tak začínají postupně naplňovat něco, co moderní právní věda nazývá okolnostmi vylučujícími protiprávnost. Zpočátku tyto okolnosti byly podmíněny jednoduchými pravidly a byly projevem svépomoci v právu, která byla v té době vysoce běžná. Dnes jsou pomocí zákonů a judikatury vystavena kritéria, která musí být naplněna, aby došlo k aplikaci některé z okolností vylučujících protiprávnost. Počet různých typů okolností vylučujících protiprávnost postupem času stoupá. Praxe přichází na to, že je žádoucí, aby některé činy nebyly kriminalizovány, a že již není možné si vystačit jen s nutnou obranou a krajní nouzí. Na našem příkladu z období starověkého Říma vidíme, že obrana před nočním zlodějem mohla vést k usmrcení zloděje, před denním však to bylo možné jen za předpokladu, že zloděj byl ozbrojen a poškozený volal o pomoc. Tato pravidla byla zaznamenána v Zákoně dvanácti desek, který byl vytvořen roku 449 př. n. l. a zaznamenával normy existující před tímto datem. Za normálních okolností bylo usmrcení člověka trestným činem, avšak v tomto případě se o trestný čin nejednalo. Potřeba vyjmout některá jednání z trestné činnosti vznikla mnohem dříve, než vznikl pojem okolnosti vylučující protiprávnost a v praxi docházelo k uplatňování tohoto institutu ještě před jeho teoretickým vymezením. Značnou roli zde hrála kazuistika a individualizace jednotlivých případů.

¹ Lex XII, D VIII 12,13

² SKŘEJPEK, Michal, *Prameny římského práva: Fontes iuris romani*. Vyd. 2., (jako Prameny římského práva - Fontes iuris romani vydání 1.). Praha: LexisNexis, 2004, 375 s. Focus. ISBN 8086199894., st. 43

2.1 Trestný čin

Posláním trestního práva je chránit společnost proti nejzávažnějším protiprávním jednáním, kterých se osoby dopouštějí. Aby bylo možné takovéto jednání dle zákona označit jako trestný čin, musí být vždy kumulativně naplněno několik znaků. Trestný čin je definován v §13 odst. 1 *Trestným činem je protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně.* Trestní zákoník tak v definici trestného činu zakládá odklon od materiálního pojetí trestného či formálně-materiálního pojetí. Jak vyplývá z důvodové zprávy k Trestnímu zákoníku, právní řád dřívější pojem společenské nebezpečnosti zohlední v rámci trestního řízení, kdy činy, které nedosahují dostatečné nebezpečnosti, mohou být z těchto důvodů např. zastaveny.³ Přesto trestní zákoník zavádí pojem společenská škodlivost, který má být projevem zásady subsidiarity trestní represe a má zamezit, aby se trestního práva užívalo ve chvílích, kdy postačí použití právních prostředků jiného právního odvětví. Toto zakotvuje v §12 odst. 2 TZ, kde stojí: *Trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu.*

Závěrem lze tedy říci, že Trestní zákoník nastolil formální pojetí, čímž se odchýlil od zákona č. 140/1961 Sb. trestního zákona. Nicméně formální pojetí je dále doplněno materiálním korektivem společenskou škodlivostí. Mezi obligatorní znaky trestného činu počítáme protiprávnost, obecné znaky trestného činu (věk a přičetnost, v případě mladistvých rozumová a mravní vyspělost) a typové znaky trestného činu uvedené v zákoně. Tato diplomová práce je zaměřena na první ze jmenovaných obligatorních znaků, čili protiprávnost, která má stěžejní význam v rámci výkladu okolností vylučujících protiprávnost.

³ Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku, čerpáno z internetového zdroje <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrqga4v6nbql5shultdmeys2ma>

2.2 Protiprávnost jako znak trestného činu

J. Jelínek k protiprávnosti uvádí, „protiprávnost je rozpor s právní normou v rámci právního řádu. Trestným činem mohou být jen činy nedovolené, protiprávní“.⁴ Protiprávnost jako taková nezpůsobuje automaticky vznik trestní odpovědnosti, nýbrž, jak bylo uvedeno výše, je zapotřebí naplnění dalších kritérií. Protiprávnost může založit také jinou než trestněprávní odpovědnost, například správněprávní či občanskoprávní odpovědnost. Protiprávnost zkoumáme z hlediska celého právního řádu. Právní řád zahrnuje předpisy, které osobám ukládají povinnosti v různých odvětvích lidské činnosti. Za všechny uvádím kupříkladu pravidla silničního provozu, předpisy sloužící k ochraně životního prostředí či předpisy upravující nakládání se zbraněmi. K úplnosti je nutné odlišit protiprávnost, která je označována jako protiprávnost formální od protiprávnosti materiální, a to navzdory skutečnosti, že termín společenské nebezpečnosti již není zákonem záměrně používán. Smysl materiálního pojetí protiprávnosti nepřestává být aktuální a používaný, jelikož je neustále nutné, aby čin naplnil určitou míru společenské škodlivosti, aby byl považován za trestný. V případě okolností vylučujících protiprávnost však nejde jen o rozvinutí pojmu společenské neškodlivosti. Jde v zásadě o to, vyloučit protiprávnost formální, což vyústí v situaci, kdy čin nebude ani formálně v rozporu s právním řádem, a tudíž bude možné jednání označit dle zákona za dovolené. Formální a materiální pojetí protiprávnosti však nejsou od sebe v plné míře oddělitelné, jak říká V. Solnař: „*společenská nebezpečnost je znakem trestného činu, který je dán kumulativně se znaky formálními. Proto bývá označován za materiální. Je v něm vyjádřena sociálně-politická podstata trestného činu a je také základem pro diferenciaci a individualizaci trestní odpovědnosti*“.⁵ Společenská nebezpečnost sice již není v zákoně obsažena, avšak v případě vymezení pojmu protiprávnost je stále nutné ji vnímat jako sociální škodlivost a nelze zcela odhlédnout od materiální stránky věci, což potvrzuje i J. Jelínek, když konstatuje:

⁴ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 3. vyd. Praha: Leges, 2013, 968 s. Student (Leges). ISBN 9788087576649., st. 126

⁵ SOLNAŘ, Vladimír. *Systém českého trestního práva*. Vyd. 1. Praha: Novatrix, 2009, 157, 502, 283 s. ISBN 9788025440339., st. 104

„Protiprávnost chápeme jako sociální škodlivost. Činy spáchané za okolností vylučující protiprávnost tedy nejsou společensky škodlivé“.⁶

Tato škodlivost tak není striktně vymezena zákonem. Vodítkem k tomu, jak chápat pojem škodlivosti, je podle většiny autorů i ve shodě s důvodovou zprávou § 39 odst. 2 TZ. Zde v 2. dílu je definovaná povaha a závažnost trestného činu. Povahu a závažnost činu určuje zejména *význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnosti, za kterých byl čin spáchán, osoba pachatele, míra jeho zavinění a jeho pohnutka, záměr nebo cíl*. Tento výčet je pouze demonstrativní, tento faktor tak může být ovlivňován i jiným okolnostmi.⁷ Zákon tak nemůže zcela přesně pojem škodlivosti vyčerpat, protože by tak určil jen další formální kritérium, může jen napomoci v interpretaci tohoto pojmu. Z tohoto hlediska dle důvodové zprávy dochází k pokroku, jelikož pojem sociální škodlivosti považuje za přesnější a vymezuje ho k zájmu chráněným trestním zákonem, čímž ho činí stabilnějším, trvalejším a méně tvárným. Někteří autoři se zcela neztotožňují s tím, že by společenská škodlivost měla být vymezována § 39 odst. 2. Upozorňují na nebezpečí směšování viny a trestu, jelikož § 39 slouží k vymezení kritérií pro trestání a je také proto zařazen do dílu Trestání. Otázka společenské škodlivosti je však znak, který rozhoduje o vině.⁸ Dodejme, že k problematice se již vyjadřoval ve stanovisku i Nejvyšší soud ČR a to takto: *„Společenskou škodlivost nelze řešit v obecné poloze, ale je ji třeba zvažovat v konkrétním posuzovaném případě u každého spáchaného méně závažného trestného činu, u něhož je nutné ji zhodnotit s ohledem na intenzitu naplnění kritérií vymezených v § 39 odst. 2 tr. zákoníku, a to ve vztahu ke všem znakům zvažované skutkové podstaty trestného činu a dalším okolnostem případu*.

Úvaha o tom, zda jde o čin, který s ohledem na zásadu subsidiarity trestní represe není trestným činem z důvodu nedostatečné společenské škodlivosti případu, se uplatní za předpokladu, že posuzovaný skutek z hlediska spodní hranice trestnosti

⁶ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 3. vyd. Praha: Leges, 2013, 968 s. Student (Leges). ISBN 9788087576649., st. 250

⁷ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074004285., st. 443

⁸ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822., st. 440 - 442

*neodpovídá běžně se vyskytujícím trestným činům dané skutkové podstaty.*⁹ Lze tedy závěrem dodat, že § 39 odst. 2 je vodítkem pro posuzování, zda jednání je či není společensky škodlivé, zároveň ovlivňuje míru této škodlivosti.

Protiprávnost pak můžeme dále konfrontovat s otázkou, zda se stává součástí skutkové podstaty trestného činu či nikoliv. K názoru, že protiprávnost není schopna rozlišit druhy trestných činů, došel A. Draštík, který ve svém komentáři říká: „*Ve své obecné formě – totiž v podobě rozporu s právním řádem jako celkem – nepatří do skutkové podstaty trestného činu, neboť nemá schopnost odlišit jednotlivé druhy trestných činů.*“¹⁰ Naopak P. Šámal uvádí: „*Okolnosti vylučující protiprávnost se někdy označují jako negativní znaky skutkové podstaty (tzv. kontratypy). ... Podle převažujícího názoru je protiprávnost považována za typový znak (dokonce znak skutkové podstaty) trestného činu...*“¹¹ Protiprávnost v některých případech bývá explicitně vyjádřena přímo v rámci skutkové podstaty trestného činu. Zákonodárce to vyjadřuje zejména slovy jako „bez povolení“, „v rozporu s právními předpisy“, „nedovoleně“ či „bez splnění podmínek stanovených zákonem“. Toto je důležité i pro praktickou stránku věci, jelikož v těchto případech se na protiprávnost aplikují zásady, které dopadají na normativní znaky skutkové podstaty, a to včetně zavinění. Do této skupiny řadíme trestné činy, jako je např. nedovolené nakládání s tkáněmi a orgány §164 TZ či neoprávněné nakládání s osobními údaji §180 TZ. Je snaha dát větší důraz na skutečnost, že ne každé nakládání, v našem případě s osobními údaji, je trestné, ale že musí jít o jednání neoprávněné, což posoudíme prostřednictvím aplikace jiného právního předpisu. Oproti této skupině stojí skupina trestných činů, kde tento důraz na protiprávnost ze své podstaty není zapotřebí. Typickým příkladem je trestný čin vraždy §140 TZ, kde protiprávnost vyplývá ze samé podstaty trestného činu a je obsažena přímo v Trestním zákoně.

⁹ *Trjn 301/2012 ze dne 30. 1. 2013*

¹⁰ DRAŠTÍK, Antonín. *Trestní zákoník: komentář*. Vydání první. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 2 svazky – svazek 1... Komentáře (Wolters Kluwer ČR). ISBN 9788074787904., st. 65

¹¹ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 314

2.3 Charakteristika norem okolností vylučující protiprávnost

Pokud bychom zcela vynechali koncept okolností vylučujících protiprávnost, dostali bychom se do stavu, kdy činy vnímané nejen jako společensky neškodlivé, ale dokonce společensky prospěšné, by měly být trestány. Praktický důsledek existence těchto okolností tedy koresponduje se situací, kdy by došlo k vynětí některé z obecných či typových znaků trestného činu ze zákona - jednání není trestným činem. Na základě těchto poznatků je třeba důrazně odlišit okolnosti vylučující protiprávnost od zániku trestu (ten následuje až po vyřčení pravomocného rozhodnutí) či zániku trestnosti, který nastává např. v případech promlčení či účinné lítosti. Pokud dojde k aplikaci okolnosti vylučující protiprávnost, skutek od počátku (ex tunc) není trestným činem. Trestně právní odpovědnost zde vůbec nevzniká na rozdíl od zániku trestnosti, kde dochází až k následnému zániku již vzniklé trestní odpovědnosti z důvodů, které určuje zákon.¹²

Je třeba také vnímat, že postupem času se počet okolností, které mohou vylučovat protiprávnost, rozšiřuje, což souvisí s rozvojem různých typů lidských činností od sportu, lékařství až třeba po hospodářskou činnost osob, v rámci níž mohou vyvstávat nové problémy, které minulé generace nemohly či nechtěly vnímat. Také z tohoto důvodu nenalezneme v trestním zákoníku taxativní výčet všech okolností vylučujících protiprávnost, což ovšem ani není nutností, jak uvádí Jelínek: „*Použití těchto jiných, v trestním zákoně výslovně neuvedených případů okolností vylučujících protiprávnost je přípustné, protože analogie ve prospěch pachatele, tedy při omezování trestnosti, je v trestním právu hmotném dovolena.*“¹³ Okolnosti vylučující protiprávnost jsou institutem ve prospěch pachatele (*in bonam partem*) zužujícím sféru trestní odpovědnosti. Analogie v tomto případě není v rozporu se zásadou *nullum crimen sine lege stricta*. Tato koncepce bude mít svůj dopad i v právu procesním, kde bude docházet k aplikaci zásady *in dubio pro reo*. V pochybnostech, zda osoba jednala v rámci okolnosti vylučující protiprávnost, se bude dávat za pravdu obhajobě.

¹² NOVOTNÝ, Oto, Tomáš GRIVNA, Pavel ŠÁMAL a Rudolf VOKOUN. *Trestní právo hmotné*. 5. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012, 4 sv. ISBN 9788073575090., st. 263

¹³ JELÍNEK, Jirí. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 3. vyd. Praha: Leges, 2013, 968 s. Student (Leges). ISBN 9788087576649., str. 251

Můžeme říci, že právě kvůli vývoji nelze všechny typy okolností vylučujících protiprávnost v zákoně postihnout. Na vývoj tak by měla reagovat judikatura a doktrína. Přesto v rámci právní jistoty a předvídatelnosti práva je žádoucí, aby výčet byl co možná nejširší a zahrnoval zejména okolnosti vylučující protiprávnost, jejichž využití není výjimečné. Jejich přímá implementace do trestního zákoníku dává mimo jiné možnost stanovit podmínky aplikace a umožňuje lépe analogicky dovozovat případné další typy okolností vylučujících protiprávnost. Navíc užívání analogie je v tomto případě vnímáno spíše jako výjimečný prostředek a nelze na něj a priori spoléhat.

Důvodem, proč protiprávnost v těchto případech nevzniká, je střet dvou protichůdných norem - normy, která čin zakazuje, a normy, která dovoluje normu porušit. Toto dovolení může přejít v některých případech v příkaz, jako je tomu např. u okolností vylučujících protiprávnost pro dovolené použití zbraně a obdobných ustanovení, která upravují zásahy veřejných činitelů.¹⁴ Pro tento typ norem má německá nauka pojem *Rechtsfertigungsgrunde* (což v překladu znamená ospravedlňující důvody), v našem pojetí mají tento charakter právě okolnosti vylučující protiprávnost. Podle J. Kuchty mají tyto normy dva charakteristické znaky „*Tyto okolnosti mají dva podstatné znaky. Formálním jejich znakem je, že představují výjimku z pravidla protiprávnosti jednání naplňujícího skutkovou podstatu, po materiální stránce jsou pak charakterizovány porovnáním a vzájemným hodnocením různých hodnot.*“¹⁵ Formální znak je zde ono vyloučení právní odpovědnosti, což někteří autoři označují za negativní znaky skutkové podstaty (kontratypy). Materiálním znakem těchto norem je poměrování hodnot, ke kterému dochází v rámci střetu těchto norem. Přednost dostane ten zájem, který je označen jako hodnotnější. Konkrétní vyhodnocování ale provádíme na základě toho, kterou z norem okolností vylučujících protiprávnost používáme. Můžeme se omezit na porovnání hodnot právních statků, ale v některých případech musíme zohlednit i nositele těchto statků. V prvním případě jde o porovnávání statků, jejichž stupnici jsme obecně schopni sestavit. Na prvním místě stojí životy lidí, pak zpravidla zdraví, avšak i zde nastávají komplikace, jelikož podstatná je také intenzita

¹⁴ SOLNARĚ, Vladimír. *Systém českého trestního práva*. Vyd. 1. Praha: Novatrix, 2009, 157, 502, 283 s. ISBN 9788025440339., st. 104 - 105

¹⁵ KUČHTA, Josef. Několik poznámek k postavení a formulaci okolností vylučujících protiprávnost v připravované rekonstrukci trestního zákona. *Trestněprávní revue*. Praha: C. H. Beck, 2003, 2(2), 47 - 49.

zásahu do zájmu chráněným zákonem (je tedy možná při vysokých ztrátách na majetku dát přednost ochraně majetku před lehkou újmou na zdraví, u některých statků navíc není jednoznačné, který má mít přednost). Ve druhém případě je nutné vzít v úvahu pozici osob, kdo je agresor a kdo je obránce (typickým příkladem je nutná obrana). Tehdy může být objektivně méně závažný zájem upřednostněn s ohledem na okolnosti situace. V případě nutné obrany je společensky žádoucí útočníka v případě poměrování zájmů znevýhodnit a umožnit, aby obránce měl právo narušit zájem, který zákon určuje jako objektivně hodnotnější. Výsledná hodnota zájmů tedy bude poměřováním individuálních okolností, se kterými se orgány činné v trestním řízení budou muset u každého jednotlivého skutku vypořádat.

2.4 Omyly v okolnostech vylučujících protiprávnost

Jedná se o jeden z druhů skutkového omylu. Omylem v trestním právu rozumíme situaci, kdy dochází k neshodě pachatelova vědění se skutečností, a to buď ve smyslu, že si nějakou skutečnost neuvědomil, nebo měl o ní nesprávnou představu.¹⁶ Omyly v okolnostech vylučujících protiprávnost můžeme rozdělit na negativní a pozitivní.

V případě negativního omylu si osoba neuvědomuje, že jedná v rámci nějaké okolnosti vylučující protiprávnost. V takovém případě nemůže tato náhodná okolnost, kterou si pachatel neuvědomoval v době spáchání, svědčit v jeho prospěch, což potvrzuje i V. Kratochvíl „*Pouze objektivně v těchto případech daná nutná obrana, popř. za jiných okolností krajní nouze, pachateli svědčit ku prospěchu, protože by jinak profitoval z náhody. Uvedené závěry vycházejí z požadavku existence vůle k nutné obraně na straně pachatele tj. existence obránce v subjektivním smyslu, u něhož nestačí, aby byl obráncem jen v objektivním smyslu.*“¹⁷ Přesto se jistým způsobem negativní omyl promítne do právního stavu věci. Pachatel, jelikož zde existovaly objektivní skutečnosti okolnosti vylučující protiprávnost, nedojde k dokonání trestného činu. Jeho čin tak bude dále posuzován jako trestný čin spáchaný ve stadiu pokusu. Část autorů

¹⁶ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 4. vyd. Praha: Leges, 2014, 976 s. Student (Leges). ISBN 9788075020444., st. 247

¹⁷ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822., st. 897

však prosazuje názor, že v souladu se zásadou ignorantia facti nocet (neznalost faktů škodí), by neměla tato situace být nikterak příznivější pro pachatele. V. Kratochvíl v Komentáři uvádí: „... znamená to, že bude plně trestně odpovědný za to, co spáchal, resp. spáchat chtěl (dokonané úmyslné ublížení na zdraví nebo způsobilý pokus o ně).“¹⁸ Tedy komentář se přiklání k variantě, že je možné tuto situaci hodnotit jako dokonáný trestný čin, bez ohledu na omyl. Někteří autoři nevyklučují dokonce možnost, kdy při existenci objektivních okolností vylučující protiprávnost se jedná o čin zcela nezpůsobilý k dokonání, a tak může jít jen o nezpůsobilý pokus. Tato varianta by pak v konečném účtování vedla k beztrestnosti onoho deliktu.¹⁹ V. Klupal zde dochází srovnáním s pozitivním skutkovým omylem a logickým postupem k výsledkům, které konstrukci výše uvedenou narušují. S tímto názorem se však nelze zcela ztotožnit, jelikož výsledek by šel proti smyslu institutu okolností vylučujících protiprávnost, jelikož pachatel, který se subjektivně považoval za útočníka a agresora, byl právně postaven do role obránce. Ad absurdum by tak mohlo dojít k situaci, kdy oba dva pachatelé, útočící na sebe navzájem, by spadali do intencí institutu nutné obrany. Jelikož na použití nutné obrany je vyloučeno použití nutnou obranu, stál by soud před těžko řešitelnou situací, a to určit, který z pachatelů jednal v nutné obraně. Korektivem toho, zda by byl případ posuzován jako trestný čin, by tak spíše měla být společenská škodlivost, jak uvádí P. Šámal.²⁰ Tento korektiv se uplatňuje napříč trestním právem, a proto se uplatní i v tomto a obdobných případech.

V případě pozitivního omylu v okolnosti vylučující protiprávnost se jedná o situace, kdy osoba se domnívá, že splňuje všechny podmínky okolnosti vylučující protiprávnost, avšak nějaká z těchto podmínek splněna není. Jedná se o problematiku putativní krajní nouze či putativní nutné obrany. Tento omyl má vliv na subjektivní stránku tak, že lze vyloučit jednání úmyslné. Osoba tak může být odpovědná nejvýše za nevědomou nedbalost, a to v případě, kdy o neexistenci některé z podmínek potřebné pro naplnění okolnosti vylučující protiprávnost měla a mohla vědět. Avšak vyloučena

¹⁸ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 208

¹⁹ KLAPAL, Vít. Negativní skutkový omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost. *Trestněprávní revue*. 2012, (5), 112.

²⁰ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní právo hmotné*. 7., přeprac. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2014, 1040 s. ISBN 9788074786167., st. 202

ani není tato situace: „*Nemohl-li to vědět, není dána ani nedbalost nevědomá a tím ani jeho trestní odpovědnost.*“²¹ Tento druh omylu zákon výslovně uvádí v §18 odst. 4 TZ.

²¹ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 202

3 Jednotlivé okolnosti vylučující protiprávnost

Trestní zákoník přináší oproti zákonu č. 140/1961 Sb. změnu jak co do počtu upravených okolností vylučujících protiprávnost, tak do jejich systematiky. Obojí lze vnímat jako změnu vítanou, jelikož obě na první pohled drobné úpravy jsou výsledkem vývoje vnímání důležitosti okolností vylučujících protiprávnost. V rámci systematiky zákon postupoval od obecného ke speciálnímu, kdy jako první okolnost vylučující protiprávnost zařadil v §28 krajní nouzi. Krajní nouze je nejobecnější a nejšířší okolností vylučující protiprávnost. Ostatní okolnosti se dále odvozují od krajní nouze.²²

Zákon upravuje jen některé okolnosti vylučující protiprávnost, avšak aktuální TZ rozšířil škálu upravených druhů okolností vylučujících protiprávnost. Z hlediska části trestněprávní úpravy, kde jsou upraveny, bychom mohli tyto okolnosti dělit na ty upravené v obecné části, v části zvláštní, či v trestním řádu (v případě zadržení obviněného a podezřelého z trestného činu).

3.1 Okolnosti vylučující protiprávnost v zákoně uvedené

3.2 Krajní nouze §28 TZ

(1) Čin jinak trestný, kterým někdo odvrací nebezpečí přímo hrozící zájmu chráněnému trestním zákonem, není trestným činem.

(2) Nejde o krajní nouzi, jestliže bylo možno toto nebezpečí za daných okolností odvrátit jinak anebo způsobený následek je zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil, anebo byl ten, komu nebezpečí hrozilo, povinen je snášet.

Subjektem v tomto případě může být kdokoli, tedy nevztahuje se pouze na toho, jehož zájem je ohrožen. Klíčovým odlišením od nutné obrany je tu za prvé pojem nebezpečí, který je chápán širěji nežli útok v případě nutné obrany. Nebezpečí musí hrozit přímo a musí hrozit na zájmu chráněným trestním zákonem. O krajní nouzi se nejedná, pokud nebezpečí již pominulo či hrozí teprve v budoucnosti. Tedy jak uvádí V.

²² ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 315 - 316

Kratochvíl: „*Půjde o takový stav, kdy vývoj událostí spěje rychle k poruše, nebo když již jsou splněny téměř všechny podmínky k tomu, aby hrozící porucha nastala...*“.²³ Původce nebezpečí může být nejrůznější, např. zvíře, přírodní vliv, může jím být i člověk. Nebezpečí přitom musí být skutečné, nikoliv zdánlivé. Avšak pokud nebezpečí existovalo v představě pachatele, jedná se o putativní krajní nouzi. V takovém případě by bylo na místě použít pravidla o skutkovém omylu.²⁴ Nebezpečí musí být odvráceno na základě principu subsidiarity, pokud je možné se bezpečí vyhnout či ho odvrátit bez způsobení jakékoli škody, má být zvolena tato možnost. Pokud má jednající více možností a všechny působí škodu, nemusí být zvolena ta, která působí škodu nejmenší. Zákon pouze vyžaduje, aby způsobená škoda nebyla větší než nebezpečí, které bylo odvráceno.²⁵ Zákon také udává, že o krajní nouzi se nejedná, pokud osoba, jíž nebezpečí hrozilo, byla povinna je snášet. Tato podmínka se vztahuje nikoli na osobu odvracející, nýbrž na osobu, jíž nebezpečí hrozí.²⁶ Tuto podmínku nelze aplikovat absolutně, jelikož by v jistých případech byla zcela zjevně nepřiměřená, s čímž souhlasí i D. Císařová.²⁷

Další podmínkou, kterou zákon stanovuje, je splnění podmínky proporcionality. Následek způsobený nesmí být stejně závažný či ještě závažnější než ten, který hrozil. Dochází tedy ke konfrontaci zájmů. Stupnice chráněných zájmů přitom nelze určit jednoznačně. Do hodnocení vstupuje i intenzita, jakou je do zájmu zasaženo, a proto je nutno posuzovat ji individuálně. Samotné posouzení otázky, který z chráněných zájmů je hodnotnější, se může ukázat jako velmi obtížné. Je nutné si uvědomit, že zájem, do něhož se v rámci krajní nouze zasahuje, může být zájmem osoby, která se žádným způsobem na vzniku situace, ohrožující zájem chráněný zákonem, nepodílela. Zákon užívá slova zřejmě stejně závažný, k čemuž P. Šámal dodává: „... je třeba hodnotit nejen skutečnou situaci, ale i psychický stav jednajícího (subjektivní hledisko), přitom je

²³ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822., odst. 1229

²⁴ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 4. vyd. Praha: Leges, 2014, 976 s. Student (Leges). ISBN 9788075020444., st. 264

²⁵ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822., odst. 1223 - 1224

²⁶ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 4. vyd. Praha: Leges, 2014, 976 s. Student (Leges). ISBN 9788075020444., st. 260

²⁷ *Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky: sborník příspěvků z mezinárodní konference konané dne 17. 4. 2000 na Ministerstvu spravedlnosti ČR v Praze*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000, 256 s. ISBN 8021024690., st. 157 násl.

*třeba vycházet situace, jak se jevila v době činu.*²⁸ Důležité tedy bude, jak celou situaci vnímal jednatel, jestli věděl o všech možnostech, z jaké perspektivy se mu problém jevil. V úvahu musí být bráno, že ten, kdo jedná v krajní nouzi, může jednat pod časovým a situačním tlakem, který může zkreslovat úsudek.

V případě, že tyto podmínky nebyly naplněny zcela, ale jednatel byl jejich naplnění blízko, mluvíme o tzv. excesu (vybočení) z krajní nouze. Pachatel zpravidla odvracel nebezpečí, které již nehrozilo ani nebylo bezprostřední nebo způsobil závažnější následek, než mohl. Vybočení může sloužit jako polehčující okolnost. Z hlediska zavinění pak vybočení nemusí být jen nedbalostní, jak by se mohlo na první pohled zdát, ale může jít i o úmysl, např. ze zlosti. Od pojmu exces můžeme odlišit pojem putativní krajní nouze. Putativní krajní nouzí přitom rozumíme stav, kdy osoba se domnívá, že jedná v krajní nouzi, avšak odvracené nebezpečí je pouze domnělé (neexistující), anebo nedosahuje dostatečné intenzity. V těchto případech se mají užit pravidla o omylu.

3.3 Nutná obrana § 29

(1) Čin jinak trestný, kterým někdo odvrací přímo hrozící nebo trvajících útok na zájem chráněný trestním zákonem, není trestným činem.

(2) Nejde o nutnou obranu, byla-li obrana zcela zjevně nepřiměřená způsobu útoku.

Nutná obrana je speciálním případem krajní nouze. Zužuje definici pojmu nebezpečí, které stanovuje institut krajní nouze, na útok, přičemž je důležité, jak je odvracen hrozící zájem. Zde je obrana zaměřena striktně proti útočníkovi. Zásadním rozdílem je absence subsidiarity, která není mezi podmínkami nutné obrany. Po obránci se dále nevyžaduje, aby využil jiných možností k vyhnutí se útoku tedy např. útěk. Útočník zde může nést následky svého jednání a je spravedlivé, když nebude v tomto případě chráněn tak důsledně jako osoby v rámci krajní nouze.²⁹ Subjektem, který může

²⁸ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 325

²⁹ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 4. vyd. Praha: Leges, 2014, 976 s. Student (Leges). ISBN 9788075020444., st. 265 - 266

odvracet útok, může být kdokoliv, osoba odvracející útok může být odlišná od poškozeného, proti němuž útok směřoval (tzv. pomocník v nutné obraně). Jak uvádí P. Šámal ve svém Komentáři, nutná obrana proti jednání v nutné obraně není přípustná a útok na pomocníka v nutné obraně je tedy pokračováním v útoku.³⁰ Útok musí směřovat proti zájmu, který je chráněn trestním zákonem. V zájmu společnosti není klást na obránce přílišné nároky, jelikož ten je pod bezprostřední hrozbou újmy a právo na ochranu vlastního života a zdraví je jedním ze základních přirozených práv, které musí právní řád respektovat.

Útok musí buď přímo hrozit, nebo probíhat. Aplikace nutné obrany mimo tento rámec tedy např. po skončení útoku (např. msta) je nepřípustná. V případě pochybnosti, zda útok již skončil či nikoli, se v procesním právu bude vycházet ze zásady *in dubio pro reo* a útok bude považován za neskončený.

Pro posouzení oprávněnosti užití nutné obrany jsou zásadní dvě hlediska, a to přiměřenost a proporcionalita. Rozhodující je v tomto případě hledisko přiměřenosti, jelikož hledisko proporcionality může být narušeno. Proporcionalita mezi škodou hrozícím útokem a obranou se nevyžaduje. Obrana především nesmí být zcela zjevně nepřiměřená. Přiměřenost se určuje porovnáním intenzity útoku a obrany. Zákon používá pojem způsob útoku, který zahrnuje souhrn různých faktorů, které byly nebo mohly být použity při útoku, např. síla, věk, počet útočníků, prostředky užívané apod. Vzhledem ke způsobu se pak posuzuje intenzita obrany. Z logiky věci vyplývá, že se předpokládá, že obrana bude mít větší intenzitu než útok, k čemuž dále J. Jelínek dodává: „*Obrana se nemusí omezovat na tzv. pasivní obranu (odražení ran, ustupování apod.), nýbrž samozřejmě může být i aktivní – tím se z obránce nestává útočník. O tom, kdo je v roli útočníka, rozhoduje zásadně iniciativa na počátku střetnutí nikoli v jejím průběhu.*“³¹ Při úvaze, jaké prostředky lze použít v rámci nutné obrany, je nutné k dobru obránce připočítat silný psychický tlak a nutnost jednat co nejrychleji. Obránci nemůže být kladeno za vinu, že předem nepromyslel důsledky svého jednání a nepoužil nejvhodnější z možných řešení.

³⁰ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 329

³¹ JELÍNEK, Jirí. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 4. vyd. Praha: Leges, 2014, 976 s. Student (Leges). ISBN 9788075020444., st. 270

Pokud se obránce blížil ke splnění podmínek nutné obrany, avšak podmínky zcela nenaplnil, nazýváme tuto situaci excesem z nutné obrany. Tento exces může mít podobu intenzivní (mimořádný nepoměr škod, které způsobil obránce oproti hrozící újmě) nebo extenzivní (obrana nebyla užita ve správné době, buď byla předčasná, nebo byla užita již po skončení útoku). Exces je polehčující okolností při trestněprávním posuzování jednání obránce.

3.4 Svolení poškozeného § 30 TZ

Svolením poškozeného dochází k tomu, že čin jinak nedovolený, který zasahuje do individuálních práv poškozeného, se stává dovoleným. Musí to být zásah do takových zájmů, kterých se poškozený může vzdát. Jen v některých případech může vyloučit společenskou škodlivost. Tento institut je problematický, protože jak říká V. Kratochvíl: „... *na rozdíl od podobných institutů však nebývá objektivně společensky prospěšné.*“³² Půjde tedy především o zásahy do majetku osoby, přičemž je důležité, aby nebyly zasaženy další osoby. V takovém případě by nebylo možné svolení poškozeného použít jako okolnost vylučující protiprávnost. Zásahy do života a zdraví zpravidla možné nejsou, výjimkou je §30 odst. 3, který umožňuje svolení k lékařským zákrokům. Další zákony poté rozvádějí, jak má být souhlas udělen, že zákrok musí být proveden *lege artis* atd. Pokud by svolení poškozeného bylo uděleno ve sféře, se kterou nemohla osoba disponovat, pak by v některých případech mohlo jít alespoň o snížení společenské škodlivosti např. euthanasie. Některé zahraniční zákoníky věnují obdobným případům speciální skutkovou podstatu, nikoliv však ten český. Svolení dle §30 odst. 2 musí být učiněno dobrovolně, určitě, vážně a srozumitelně. Musí být uděleno před činem, případně nejpozději současně s jednáním osoby. Zákon také umožňuje, aby souhlas byl dán dodatečně, avšak jen v případě, že pachatel mohl důvodně předpokládat, že by osoba, jejíž zájmy jsou dotčeny, souhlas udělila vzhledem k okolnostem případu. Musí se tedy z povahy věci jednat o případ, kdy si souhlas osoby před činem nebo při něm nešlo z objektivních důvodů opatřit.

³² KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822., odst. 1315

3.5 Oprávněné použití zbraně § 32 TZ

Trestný čin nespáchá, kdo použije zbraně v mezích stanovených jiným právním předpisem.

Pravidla použití zbraně jsou vázána na další právní předpis, který upravuje práci jednotlivých ozbrojených sborů. Jednotlivé úpravy se tak mohou lišit podle toho, o který sbor se jedná. Obdobně budeme muset postupovat i při definici pojmu zbraň, jak uvádí J. Jelínek: „*Co se rozumí zbraní, je třeba posuzovat podle toho kterého právního předpisu opravňujícího k použití zbraně, protože v jednotlivých předpisech je tento pojem definován různě.*“³³ Toto ustanovení se vztahuje pouze na speciální subjekty. Pokud občan použije zbraň, mohly by se na něj vztahovat okolnosti krajní nouze či nutné obrany při splnění zákonných podmínek. Této situaci by nebránilo, ani kdyby osoba držela zbraň nelegálně, i tak by mohla jednat v rámci okolnosti vylučující protiprávnost. Ovšem v tomto případě by situace mohla být posouzena dle § 279 TZ. Obdobně postupují osoby soukromých bezpečnostních služeb, na které se rovněž § 32 TZ nevztahuje.

3.6 Zvláštní okolnosti vylučují protiprávnost

Jedná se o zvláštní případy krajní nouze, které jsou uvedeny ve zvláštní části TZ u činů, kterých se bezprostředně týkají. Jedná se o nadržování § 366 TZ, nepřekažení trestného činu § 367 TZ, neoznámení trestného činu § 368 TZ a obdobně se postupuje i v případech neposkytnutí pomoci dle § 150 a § 151 TZ. U neoznámení trestného činu rozlišujeme také speciální případ střetu zájmu mezi povinnou mlčenlivostí advokáta či zpovědního tajemství.

Specifickým případem je beztrestnost policejního agenta, která je upravena v § 363 TZ. K tomuto institutu V. Kratochvíl uvádí: „*V zájmu odhalení pachatele trestné činnosti spáchané ve prospěch organizované zločinecké skupiny se takovému agentovi*

³³ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 4. vyd. Praha: Leges, 2014, 976 s. Student (Leges). ISBN 9788075020444., st. 278

*dovoluje spáchat trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině podle §361 odst. 1,2, za který není trestně odpovědný. “.*³⁴

Další zvláštní okolností je zadržení obviněného a podezřelého z trestného činu. Tento institut je upraven v trestním řádu v §75 a 76. Hlavní význam tohoto institutu spočívá v rámci tzv. občanského zadržení. Na tuto okolnost by totiž nebylo vhodné používat ustanovení o nutné obraně v případě, že k zadržení dochází bezprostředně po činu. V této situaci již útok může být ukončen, a proto je vhodné zvlášť zahrnout i tuto situaci do okolností vylučující protiprávnost.

3.7 Výkon práva a plnění povinnosti

Tato okolnost nastává v případech, kdy osoby, kterými mohou být orgány činné v trestním řízení, organizační složky státu i občané, vykonávají právo na základě právního předpisu. Je důležité, aby dodržely postupy v zákoně uvedené, např. získání souhlasu určeného orgánu. Jedná se např. o předvedení, vzetí do vazby, domovní či osobní prohlídku. Od tohoto základního institutu lze odvodit další, které si zasluhují z důvodu frekventovanosti zvláštní pozornost, proto je třeba dále některými autory vyčleňován lékařský zákrok viz. kapitola riziko ve zdravotnictví či splnění závazného rozkazu. Splnění rozkazu opět vyplývá ze zvláštních předpisů, v tomto případě upravujících pravidla fungování jednotlivých bezpečnostních sborů. Podřízený je povinen poslechnout nadřízeného, nicméně pokud se domnívá, že rozkaz je v rozporu s právními předpisy, je povinen na to nadřízeného upozornit. Pokud rozkaz stále trvá, má povinnost ho splnit. Odpovědnost v tomto případě nese nadřízený, který rozkaz vydal. Toto však neplatí v případě, že rozkaz je zjevným trestným činem, který je zcela zjevně v rozporu s cíli a smyslem fungování bezpečnostního sboru. To potvrzuje i V. Kratochvíl: *„Podřízený je naopak povinen odepřít splnění rozkazu či pokynu nadřízeného jen tedy, jestliže by jeho splněním zřejmě spáchal trestný čin, protože byl vydán zcela mimo, resp. V rozporu s jakýmkoli oprávněním dávat rozkazy v určitém směru.“*³⁵

³⁴ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822., odst. 1340

³⁵ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822., odst. 1356

4 Historický vývoj přípustného rizika

4.1 Počátky vývoje rizika jako okolnosti vylučující protiprávnost

V průběhu 19. století vznikají jedny z prvních kodexů na našem území. Až do roku 1950 tak na našem území platí Rakousko-Uherský zákon č. 117/1852 ř.z.. V rámci tohoto zákona se setkáváme s výslovným upravením jedné okolnosti vylučující protiprávnost v §2 písm. g, kde stojí: *Proto nepřičítá se konání neb opominutí za zločin když skutek se stal z neodolatelného donucení nebo u výkonu spravedlivé nutné obrany.*³⁶ Na zákonnou úpravu přípustného rizika si naše země musela počkat až do roku 2010. Přesto první autoři se nepřímou či přímo věnují této problematice ještě před vznikem Československé republiky. Vůbec prvním autorem, který se významně věnoval riziku v naší právní literatuře, je August Miříčka. J. Kuchta dokonce o jeho práci tvrdí: *„Jeho pojetí rizika nebylo v naší literatuře do II. Světové války překonáno, i když se vzhledem k době vzniku práce nemohl vyvarovat určitého zjednodušujícího pohledu na celou problematiku ... i poplatnosti filosofickému a právnímu myšlení své doby...“*³⁷ Miříčka sice neužívá ještě pojem riziko, ale na svou dobu velmi pokrokově vnímá tuto problematiku jako celospolečenskou otázku přesahující rámec trestního práva. Miříčka ve své knize užívá pojmu „*adaequátní nebezpečí*“. Pokouší se také vymezit, jakými způsoby zjistit velikost nebezpečí. Přiřazuje jednotlivým statkům číselné hodnoty, aby vyjádřil jejich důležitost. Tímto způsobem se snaží vyrovnat s vyjádřením velikosti rizika společnost dodnes. Miříčka píše: *„Nebezpečí pokládám zajisté za tím větší, 1. čím větší hodnotu má statek ohrožený... 2. čím větší je rozsah hrozící poruchy ... 3. čím větší je možnost poruchy, t. j. čím větší množství podmínek l poruše potřebných je splněno...“*³⁸. A. Miříčka dále poměřuje zda: *„... koeficient nebezpečí vyšší než stupeň sociálnosti účelu činu, je nebezpečí nadnormální, v opačném případě je normální. Z toho je patrné, že stupeň sociálnosti účelu činu je zároveň normálem pro dovolené*

³⁶ Ze zák. č. 117/1852 čerpáno z internetového zdroje: <http://www.epravo.cz/vyhledavani-aspi/?Id=17&Section=1&IdPara=1&ParaC=2>

³⁷ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 76

³⁸ MIŘIČKA, August. *O formách trestné viny a jich úpravě zákonné*. V Praze, 1902, 171 s., st. 117

nebezpečí.³⁹ Ona Miříčková sociálnost může být chápána jako dnešní společenská prospěšnost. Je pochopitelné, že jeho pojetí zůstává poplatné době, sám o hodnotě jednotlivých sociálností říká: „*Není zajisté pochybnosti, že nemůže být účelu sociálnějšího než ochrana statků právních cizích i vlastních, a proto sluší tento účel položit na nejvyšší místo stupnice.*“⁴⁰ Dále: „*Není sociálnějšího účelu než ochrana statků lidských, pak je zřejmo, že naopak zase není účelu protisociálnějšího než porušení jich.*“⁴¹ Vyzdvihnout můžeme i pokus A. Miříčky o vytvoření číselné tabulky, které měla vyhodnotit, zda lze nebezpečí tolerovat. Byl tak vůbec prvním našim autorem, který se o tento dodnes přesně nevyřešený úkol pokusil. A. Miříčka tak zůstával dlouhou dobu nepřekonán. V téže době píše i J. Prušák, které se v části své knihy věnuje tzv. nedostatku bezprávnosti. Jako jeden z důvodů uvádí i bohulibé účely v lékařství i vědě. Říká: „*Nemohou tedy bezprávnými býti správné prostředky k dosažení cíle všeobecně správným uznávaného.*“⁴² J. Prušák dokonce zdůrazňuje: „*Veškerá činnost léčební, pokud v mezích vědou lékařskou stanovených směřuje k ochraně života a zdraví jednotlivců, je nejen beztrestná, ale i pravověrná.*“⁴³ V problému vědy speciálně dodává: „*To platí dle dnešních názorů též o vivisekci, nikoli však o nebezpečných experimentech vědeckých na lidech, byť i dali k tomu svolení.*“⁴⁴ J. Prušák však se blíže možnostmi používání institutu nezabývá. I když tak schvaluje některá riziková jednání, činí tak z potřeby a správnosti, nepřistupuje tak k problému institucionálně.

4.2 Poválečný vývoj rizika

Doba v období po druhé světové válce neprosplávala vývoji institutu. Výjimku v rámci rané poválečné právnícké literatury tvoří tak jen Schubertova monografie. L. Schubert mluví o celospolečenském prospěchu a o tom, že v některých zaměstnáních je nutné počítat s vyšší mírou nebezpečí. Kromě armády a nebezpečí v dopravě tady padá myšlenka, že do těchto oblastí patří také sport. Kuchta o Schubertově přínosu píše: „*Přínos Schubertova pojetí rizika tkví v tom, že rozpoznal jeho důležitost pro*

³⁹ MIŘIČKA, August. *O formách trestné viny a jich úpravě zákonné.* V Praze, 1902, 171 s., st. 118

⁴⁰ MIŘIČKA, August. *O formách trestné viny a jich úpravě zákonné.* V Praze, 1902, 171 s., st. 120

⁴¹ MIŘIČKA, August. *O formách trestné viny a jich úpravě zákonné.* V Praze, 1902, 171 s., st. 121

⁴² PRUŠÁK, Josef. *Rakouské trestní právo.* Praha: Všehrd, 1912. Knihovna "Všehrdu", st. 164

⁴³ PRUŠÁK, Josef. *Rakouské trestní právo.* Praha: Všehrd, 1912. Knihovna "Všehrdu", st. 164-165

⁴⁴ PRUŠÁK, Josef. *Rakouské trestní právo.* Praha: Všehrd, 1912. Knihovna "Všehrdu", st. 165

společnost, obecně určil sociálněpolitickou charakteristiku a těsné spojení se společenskou nebezpečností činu.“⁴⁵ Poprvé je tu uvažováno o dovolené míře nebezpečí jako možné okolnosti vylučující protiprávnost. Schubert však zůstává v obecné rovině a nevymezuje bližší podrobnosti, nestanovuje definici ani konkrétní kritéria, která by taková okolnost měla mít. K postupnému prosazování institutu dochází v průběhu šedesátých a především sedmdesátých let. Tento zájem roste z praktických důvodů a je spíše odvětvový. Rozvíjí se pojetí rizika v hospodářství, lékařství a vědě, kdy dochází k obecnému rozvoji těchto odvětví. Tím se jeho potřeba dostává i do práva. V oblasti zdravotnického práva je to J. Štěpán ve své knize Právní odpovědnost ve zdravotnictví. V oblasti hospodářské se soustavně zabýval problematikou P. Hajn. Asi nejdůležitějším autorem tohoto období v oblasti problematiky rizika je V. Solnař, který ve své publikaci aktualizuje pojetí rizika (i když stále nehovoří přímo o tomto pojmu). V. Solnař zdůrazňuje důležitost původního záměru a účelu nebezpečného jednání, kterého se osoba dopouští. Chápe již riziko jako součást lidské činnosti a také nutnost právní podpory ve společensky prospěšných případech, včetně zohlednění v trestním právu. Zároveň připomíná, že dovolená míra nebezpečí by měla být upravována ve zvláštních předpisech jako třeba užívání výbušnin.⁴⁶ Podle J. Kuchty však práce V. Solnaře publikována roku 1972 již v současné době neobstojí a vytýká mu: „Zcela v jejím smyslu redukuje problém rizika pouze na jednání, která se pohybují v rámci řádného obstarávání záležitostí a mají nepatrné poruchy (např. nepatrná ublížení na těle, omezení svobody apod.).“⁴⁷ Na předešlé autory do jisté míry krátce po V. Solnařovi navazuje také J. Nezkusil. Nezkusil ve své učebnici, zřejmě jako první český autor, používá slovo dovolené riziko v trestně právním kontextu. J. Nezkusil, tento pojem zavádí a zároveň konstatuje, že takové riziko musí splňovat podmínky subsidiarity a nesmí ohrožovat životy a zdraví lidí. Kromě toho takovéto riziko musí přinášet společenskou prospěšnost.⁴⁸ V osmdesátých letech se dovolené riziko již

⁴⁵ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 77

⁴⁶ SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti*. 1. vyd. Praha: Academia, 1972, 367 s. Systém československého trestního práva.

⁴⁷ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 82

⁴⁸ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 84

dostává mezi okolnosti vylučující protiprávnost, které sice nejsou v zákoně uvedené, ale odborné publikace s ním pracují a počítají. To potvrzuje i učebnice trestního práva, jejímž autorem je M. Čič. Čič o dovoleném riziku ve své učebnici konstatuje: „S výkonem povolání a zaměstnání souvisí dovolené riziko jako možný důvod vyloučení společenské nebezpečnosti jednání. Rozvoj společnosti, národního hospodářství, vědy a techniky předpokládá větší míru experimentování Hranice rizika z hlediska možnosti vzniku nebezpečí pro zdraví, život a majetek lidí se musí posoudit v souvislosti s charakterem činnosti, v jaké míře se v riziku projevila znalost o možném vzniku nebezpečí a jak se respektovaly zásady platné pro krajní nouzi (subsidiarita a proporcionalita) při posuzování rizikového jednání a jeho výsledku.“⁴⁹ Na závěr kapitoly o historickém vývoji bych rád ještě zmínil záměr, který skončil ve formě vládního návrhu č. 179/1989. Tento záměr měl v úmyslu zavést přípustné riziko do zákona. Avšak k výsledné realizaci nakonec nedošlo a to ani při následné porevoluční revizi předpisů. Přípustné riziko mělo být zakotveno v §14a a to takto: *Čin jinak trestný, který někdo vykoná za účelem dosažení společensky prospěšného cíle, není trestným činem, jestliže se stal v rámci přiměřeného rizika a byla učiněna nezbytná opatření k zabránění nebo snížení možných škodlivých následků. Přiměřenost rizika závisí na vzájemném poměru zamýšleného prospěchu a možných škodlivých následků, jakož i na jejich pravděpodobnosti. Nejde o přiměřené riziko, jestliže společensky prospěšného cíle mohlo být za daných okolností dosaženo s menším rizikem nebo bez něho.*⁵⁰ J. Kuchta pak tomuto návrhu vytyká přílišnou liberalizaci, jelikož schází podmínka souladu s jinými právními předpisy či s postupy lege artis.⁵¹

⁴⁹ ČIČ, Milan. *Trestní právo hmotné*. 1. Praha: Panorama, 1984, 240 s., st. 105 - 106

⁵⁰ http://www.psp.cz/eknih/1986fs/tisky/t0179_01.htm

⁵¹ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 85 - 86

5 Riziko, pojem a společenská prospěšnost rizika

5.1 Pojem rizika

Slovo riziko má původ v italštině ze slovo *risico*, později *rischio*. Původně zřejmě bylo spojeno s námořnictvím a námořníci tímto slovem v sedmnáctém století označovali místa, kde se nacházely nebezpečné útesy, kterým se lodě musely vyhýbat. Původní etymologie tohoto slova má stopy až ve starověkém Řecku a ty vedou ke slovu *rhizikón*, které mělo několik významů včetně nebezpečí. Odtud se dostalo až do italštiny a dále do českého jazyka. Českým ekvivalentem tohoto slova je slovo hrozba. Dnes však je slovo riziko běžnou součástí naší slovní zásoby a slovo hrozba je často vnímáno jako označení pro riziko s vyšší šancí neúspěchu. Podívejme se, co na tento pojem říkají slovníky v průběhu času. Ottův slovník naučný, který užívá pojem v písemné formě jako *risiko* (dnes stále spisovná varianta) k pojmu říká: „*jest odvaha, se kterou čelí podnikatel možné ztrátě při svém podniku. V přeneseném smysle znamená ztrátu samu.*“⁵² O několik desetiletí později najdeme např. definici: „*risk je míra možného neúspěchu při rozhodování. Každé rozhodnutí je spojeno s předpovědí a v každé předpovědi je určité množství nejistoty. Míru rizika zvyšují nedokonalé informace, minimální počet variant řešení, nízká úroveň poznání.*“⁵³ Dnešní slovník k pojmu obecně uvádí: „*nebezpečí, vysoká míra nezdaru, ztráty*“.⁵⁴ Rizik máme řadu druhů podle oblastí, v kterých o nich hovoříme, např. hospodářské riziko, bezpečnostní riziko atd. Jako rizikovou označujeme situaci s nejistým výsledkem, přičemž se snažíme dosáhnout pozitivního výsledku a spoléháme, že nedojde k nezdaru.

5.2 Společenský účinek rizika

Riziko je společenský jev, kterému se žádný člověk nemůže zcela vyhnout, jelikož život bez rizika není možný. Tento fenomén ovlivňuje veškerou lidskou činnost. Otázka, kterou si klademe, není tedy, zda riziko připustit, jelikož tomu nelze zabránit, ale jakou míru rizika je společnost ochotna připustit. Riziko je žádoucím jevem, který

⁵² Ottův slovník naučný ilustrovaná encyklopedie obecných vědomostí / díl dvacátý prvý. Praha: J. Otto, 1904., st. 819

⁵³ Naučný slovník zemědělský / díl 8. 1. vyd. Praha: SZN, 1981, 626 s., bar. obr. příl., st. 254

⁵⁴ <http://slovník-cizich-slov.abz.cz/web.php/slovo/riziko-risiko>,

nepochybně má potenciál přinášet společenskou prospěšnost. Míra a prospěšnost rizika se odlišuje dle odvětví, pro které riziko budeme posuzovat. Riziko jako vysoce prospěšný jev dnes oceňujeme především ve vědě a výzkumu, v ekonomii především v oblasti investování a podnikání, či riziko v oblasti zachraňování lidského zdraví a života tzv. lékařské riziko. Riziko přináší pokrok společnosti, slouží nejen ke zvětšování materiálního bohatství, ale je zároveň individuálním projevem svobody rozhodování, které je v rámci demokratické společnosti nezbytným a potřebným jevem. Nesmíme zapomínat, že největší objevy byly často učiněny v situaci, kdy většina společnosti, hleděla na nový záměr velmi skepticky. Společnost v těchto situacích začíná poměřovat dvě části rizika, a to naději, tj. šanci na úspěch, že podstoupené riziko přinese kladný projev. Tímto projevem může být různorodá škála pozitiv. Druhou částí rizika je nebezpečí, hrozba, která nastává v případě negativního vlivu činnosti.

Obecně lze rizika rozdělit na dva základní typy, a to společensky prospěšná, která je nutné ve společnosti realizovat, a rizika škodlivá, to potvrzuje i J. Kuchta.⁵⁵ Rizika škodlivá chce společnost potlačit, či omezit jejich realizace. Problém nastává, jak určit hranici mezi těmito riziky, kdy už negativní složka převáží pozitivní natolik, že je nutné toto chování nepřipustit. V praxi každé riziko obsahuje obě složky a výsledek, jak nám vyplývá z definic, není jistý. Míra rizika je vnímána subjektivně, každý jedinec se k této otázce staví různě a objektivizovat tento pojem je velmi složité. To se projevuje i v problematice použitelnosti rizika v trestním právu. Při posuzování vlivu rizika v trestním právu bude nutné posuzovat věci individuálně, je žádoucí aby v totožném jednání nedošlo k totožnému výsledku, je nutné vzít v úvahu i okolnosti, za kterých jednání bylo učiněno. Důležitý zde bude záměr, s kterým bylo riziko prováděno, a také informace, které měl subjekt v momentu rozhodování. Tyto aspekty jsou totiž nutné ke skutečnému posouzení, zda se v počátku jednalo o riziko zdravé či škodlivé. Pokud by osoby byly pod velikou právní hrozbou, stavěly by se i k prospěšnému riziku odmítavě, proto je v zájmu společnosti vytvořit prostředí, které umožní osobám, aby mohly riziko podstupovat, avšak zároveň dát jasně najevo, že riziko podstupované

⁵⁵ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 102 - 103

lehkomyšlně a ledabyle, spoléhající z velké části na náhodu, není žádoucí. Především pro trestní právo by tak neměl být důležitý výsledek, ale záměr.

Na tento problém se můžeme podívat ještě z jednoho pohledu, a to zda by společnost mohla určit povinnost k riziku. Tedy zda by mohla trestat za nevyužití výhodného rizika. Obecně lze říci, že není žádoucí, aby byla osoba k riziku nucena. V některých případech však jistou míru rizika od speciálních osob vyžadujeme, kupříkladu očekáváme, že hasič se za určitých okolností pokusí pomoci osobám v hořícím domě a to i v případě, že při této akci bude míra rizika, obdobný předpoklad zaujmeme u policisty, který se snaží zadržet pachatele, nebo u příslušníka armádních sborů, který je vyslán do akce.

6 Přípustné riziko, zákonné zakotvení a pozice v rámci okolností vylučujících protiprávnost

6.1 Přípustné riziko § 31 TZ

(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 přičí dobrým mravům.*

Současný TZ je prvním zákonem platným na našem území, který přináší výslovnou úpravu přípustného rizika. Systematicky můžeme přípustné riziko zařadit do poměru speciality ke krajní nouzi. Krajní nouze tu působí, jako obecná okolnost vylučující protiprávnost, oproti krajní nouzi se přípustné riziko vymezuje několika zásadními odlišnostmi. Tím základním je, že u přípustného rizika nemusí nebezpečí hrozit bezprostředně, to potvrzuje i T. Gřivna v komentáři.⁵⁶

Přípustné riziko zákon definuje jako soubor několika pozitivních znaků a následně k nim přidává některé znaky negativní, které nejsou slučitelné s přípustným rizikem. Tyto podmínky platí kumulativně. Základními pozitivními znaky jsou optimální informovanost a postup lege artis, hodnocení rizika dle informací v době rozhodování, specifický subjekt, společenský prospěch, subsidiarita v rámci rizikového jednání. Negativními znaky dále jsou zákaz ohrožení lidských životů a zdraví, nesoulad jednání s jinými právními předpisy, veřejným zájmem, zásadami lidskosti a dobrými

⁵⁶ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 356

mravy a nedostatečná proporcionalita mezi rizikem a ztrátou. Podívejme se na jednotlivé znaky blíže.

6.2 Optimální informovanost a postup lege artis a hodnocení rizika v době rozhodování

Tato podmínka jasně stanovuje, že osoba, která provádí rizikové jednání, se musí dostatečně informovat a k realizaci rizika vycházet také ze současného stavu poznání. Právě množství informací, které jednotlivci mají, je jedním ze základních znaků, které mohou subjekty v totožných jednáních od sebe odlišovat. Tato podmínka jasně vylučuje lehkovážné chování, kterému nepředcházela dostatečná průzkum před učiněním rozhodnutím. Smyslem podmínky však není, aby osoba, která riziko provádí, znala veškeré informace, to není ani možné. Je také zřejmé, že množství informací, které jsou adekvátní k podstoupení rizika, se musí posuzovat subjektivně, vzhledem k objektivním možnostem informace získat. To potvrzuje i J. Kuchta a to včetně toho, že na rozdílné subjekty lze klást rozdílné nároky: „*Současně je však třeba podotknout, že pro potřeby rozhodnutí není vždy nutné a možné zjistit všechny skutečnosti. Rozhodovací subjekt je v tomto směru často omezen materiálními náklady i časem pro získání informací.*“⁵⁷ Dále J. Kuchta dodává: „*Třeba ovšem také zhodnotit jejich osobní znalosti a možnosti, tedy zda subjekty tyto skutečnosti znát také mohly. V tomto směru nelze klást rovnítko např. mezi zkušeného inženýra a čerstvého absolventa vysoké školy.*“⁵⁸

Důležitým vodítkem jsou zde postupy používané v daném oboru tzv. technické normy. Ani vybočení z těchto norem nelze automaticky vnímat jako nenaplnění podmínek přípustného rizika, jelikož vývoj v určité době může přinést nové efektivnější postupy, které nemusí být v těchto normách obsaženy. Toto se projevuje také v oblasti lékařské vědy, kde jednotlivé postupy nejsou zcela správně stanoveny zákonem. Jednotlivé postupy lege artis je nutné vnímat jako postupy, které byly doporučenými jako vhodné v době vzniku těchto norem, avšak při vysoké dynamice zdravotnictví tyto

⁵⁷ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 116

⁵⁸ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 118

postupy nemusí být aktuální. Posuzování rizikového chování musí zásadně probíhat ex ante, jelikož principem rizika je ona nejistota, jak se události vyvinou. Je nutné brát tedy v úvahu situaci, v které se jedinec rozhodoval, a to včetně informací, které byly v této době k dispozici. To konstatuje i J. Kuchta.⁵⁹ K efektivnímu fungování institutu nelze v mnohých případech vykládat jako povinnost mít veškeré informace v *souladu s dosaženým stavem poznání*, jak zákon uvádí. Při rozvoji, který věda zaznamenala zejména ve dvacátém století, v kterém v současném století pokračuje, vzniká mnoho oborů, kde skuteční znalci oboru se mohou počítat jen do několika jedinců na světě. Je jisté, že v takovém případě se dosažený stav poznání nebude posuzovat dle těchto jedinců. Kromě toho, že pro takovéto zjišťování by soud ani nenašel prostředky, je zřejmé, že takovýto přístup by byl zcela kontraproduktivní. Ono riziko je právě v tom, že jedinec nezná všechny neznámé, a tak nemůže přesně určit, jak se situace vyvine.

6.3 Subjekt

Naše úprava přípustného rizika umožňuje užití přípustného rizika jen vymezenému okruhu osob. Týká se osob jednajících v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce. Tento zákonný výčet můžeme ještě upřesnit o informace, které nám dává důvodová zpráva. V důvodové zprávě k § 31 najdeme: *„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.) či výkonem povolání (zejména lékařů, ale i horských vůdců, lyžařských instruktorů apod.) atd.“*⁶⁰ Tato podmínka se snaží, aby se tento institut vztahoval na osoby, které jsou v daném oboru dostatečně kvalifikované. Projevuje se zde zájem společnosti, aby riziko bylo prováděno osobami, které mohou odpovědně a odborně rozhodovat. V. Kratochvíl však k tomuto konstatuje: *„Nemůže však být patrně zcela vyloučeno, aby zejména v případech, které nesnesou odklad, rozhodl pracovník níže v hierarchii postavený, pokud má k tomu základní informace, a někdy i dokonce kdokoli, kdo je na místě přítomen a má vůbec nějakou šanci jisté*

⁵⁹ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 102

⁶⁰Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku, čerpáno z internetového zdroje <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrqga4v6nbql5shultdmeys2ma>

nebezpečí a poruchu odvrátit...“⁶¹ Příkladem, zde má být kupříkladu amatérský pilot, který se ujme řízení letadla při indispozici posádky. Dle mého názoru bychom si v těchto případech však mohli vystačit spíše s jinými okolnostmi vylučující protiprávnost, především s krajní nouzí. Samozřejmě pokud to není dostačující, je možné využít analogie ve prospěch pachatele. Kromě toho, že subjekt musí mít určitou kvalifikaci, je nutné, aby subjekt ke své činnosti měl také adekvátní pomůcky a prostory. Proto je žádoucí, aby kontrolu při některých rizikových činnostech převzal stát a vyžadoval tak kvalifikovanost nejen v oblasti znalostí, ale zároveň i z hlediska vybavení.⁶² Další nespornou výhodou vztažení tohoto institutu na odborné osoby je to, že tato osoba by měla být schopná posoudit, zda k podstoupení rizika má dostatek informací. Laik má daleko větší tendenci spoléhat v těchto ohledech na náhodu a chová se tedy nezodpovědně. V případech těchto neoborných subjektů nic nebrání, aby bylo postupováno v intencích institutu krajní nouze.

6.4 Společenský prospěch

Zákon zavádí pojem společensky prospěšné činnosti, ale tento pojem dále nerozvádí. O vysvětlení tohoto pojmu se snaží J. Kuchta, kdy píše: „*Riziko je celospolečensky prospěšné, jestliže se jeho podstoupením zvyšuje celková společenská efektivnost a produktivita práce, jestliže dochází k osobním, časovým a materiálovým úsporám...“⁶³ Společenský prospěch je nepochybně odvislý od aktuálních a budoucích potřeb společnosti. Společenský prospěch rozhodně nevylučuje prospěch osobní, ten může být v jednání obsažen a může být nepochybně i jeho základní motivací. To potvrzuje i T. Gřivna: „*Vyloučeny budou zájmy individuální, pokud nejsou zároveň zájmy společenskými.*“⁶⁴ Je nepochybně v souladu se smyslem institutu přípustného rizika, aby se nedotýkal rizikového jednání, které od počátku nemělo mít společenský prospěch. Úprava zde odráží společenskou potřebu rizika, ta je ovšem jen v*

⁶¹ KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822. odst. 1326

⁶² KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 115 - 116

⁶³ KUČHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*. 2004, (6), 165.

⁶⁴ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 357

některých případech. Tyto případy lze označit za společensky prospěšné. Nepostačí tedy ani prospěch skupiny osob či jedné obchodní společnosti. V rámci hospodářské soutěže však není vyloučeno, že společenský zájem bude realizován na úkor jiných subjektů v rámci hospodářské soutěže. Toto soutěžní jednání pochopitelně naráží na omezení v normách o nekalé soutěži. Po společenské prospěšnosti v ideálním případě vzniká viditelná poptávka. Tato potřeba dle J. Kuchty vyplývá z faktorů společenské nutnosti, kterými jsou např. výsledky analýzy trhu, výsledky prognóz, politické faktory, hospodářský užitek, úspory pracovních sil apod.⁶⁵ V některých případech ale prospěšnost určit jednoznačně nelze, zejména tehdy, kdy část obyvatelstva poptávku vytváří např. z ekonomických důvodů, avšak část odmítá např. z etických důvodů. Do této oblasti patří problematika pokusů s lidskými embryi či klonování lidských buněk. Jelikož společenskou prospěšnost podrobujeme společenské poptávce, tento pojem je nutné vždy vztahovat k době, v které je riziko postupováno.

6.5 Subsidiarita rizikového jednání

K rizikovému jednání by mělo dojít až tehdy, kdy není jiná možnost. V případě, že je tu bezriziková varianta, měla by dostat přednost. Pokud bychom setrvali jen na této možnosti, nebyla by realizována celá řada projektů. Vedlo by to k přílišné opatrnosti, které by byla pro společnost ztrátou nejen materiální, ale i ztrátou lidské kreativity, tím přeneseně i svobody tvořit. Proto další možností je, že jiná možnost by nepřiměřeně zvyšovala náklady a čas potřebný k uskutečnění záměru. V případech, kdy jsou náklady příliš vysoké, je racionálním rozhodnutím zvolit řešení, které přináší vyšší míru rizika. Je tu jasná snaha zamezit tak riziku, které by bylo podstupováno zcela zbytečně. Mělo by tak vyloučit samoučelný výzkum, který ani neočekává pozitivní výsledky. Zároveň však nevylučuje výzkumy, jejichž předmětem je pouze teoretické poznání či výzkum, který počítá s výsledky až ve vysoce dlouhodobém horizontu. Tato snaha omezit počet rizikových jednání na ta opravdu potřebná je nepochybně žádoucí. Ve spojení s tím, že subjektem tohoto jednání je profesionál, půjde o případy, kdy tato osoba měla a mohla vědět, že tu existuje jiná bezriziková varianta, které nepřináší podstatně zvýšené náklady. Je třeba ještě posoudit variantu, kdy všechna jednání jsou

⁶⁵ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 104

riziková, a položit si otázku, zda v takovéto situaci je možné volit varianty rizikovější. Je nutné si uvědomit, že varianty s nižší hodnotou rizikovosti mohou nést také nižší míru společenské prospěšnosti. Nelze proto zcela jednoznačně říci, že subjekt musí volit variantu nejméně rizikovou. V těchto případech bude vždy nutné postupovat individuálně.

6.6 Proporcionalita mezi rizikem a výsledkem

Nejvýhodnější zde není varianta, která má potenciál přinést největší užitek, ani ta, při níž jsou rizika nejmenší. Důležitou roli zde hraje jak velikost obou faktorů, tak pravděpodobnost, že nastanou. Půjde tedy o porovnání dvou misek vah, kdy na jedné straně vážíme velikost přínosu a míru pravděpodobnosti úspěchu a na druhé velikost hrozícího nebezpečí a pravděpodobnosti, že nastane. Čím větší rozdíl mezi těmito hodnotami bude ve prospěch první strany, tím je riziko výhodnější postupovat. V těchto případech je vhodné používat zásadu, že zisk má podstatně převyšovat ztrátu, a proto se nelze spokojit pouze s tím, že zisk je vyšší než ztráta. Je racionální podstupovat riziko pouze v případě, že přidaná hodnota je dostatečně vysoká. Hodnotu zde nelze chápat jen ve smyslu materiálního přínosu, ale důležitý je i etický a společenský aspekt. S tím souhlasí i J. Kuchta: *„Užitnost těch či oněch alternativ není možno přitom hodnotit pouze finančně či z hlediska krátkodobé perspektivy, ale i z hlediska etického (zákaz některých typů pokusů na dětech, těhotných ženách, duševně poškozených apod.)“*⁶⁶ Osoba, která riziko podstupuje, si musí být vědoma jednotlivých možností, které mohou nastat, a vynaložit úsilí k tomu, aby negativní varianta nenastala. Možnost této snahy minimalizace rizika je nutné také uvažovat, pokud budeme hledat nejvýhodnější variantu. Pokud vznik rizika je zcela v rukou náhody a na jeho snížení se nelze podílet, není tak výhodné jako riziko, které mohu svým úsilím minimalizovat. K celkovému posouzení, zda se jedná o riziko, které by měla společnost podporovat, musíme také přičíst následnou možnost minimalizace ztrát v případě, kdy nastane negativní varianta, kterou riziko přinášelo. Je nepochybně nutné vnímat, zda ztráty, které by vznikly, jsou

⁶⁶ KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*. 2004, (6), 165.

nenahraditelné a nevyčíslitelné např. některé ztráty na životním prostředí, nebo zda se jedná o ztráty ekonomické, které lze zabezpečovat např. formou pojištění.

6.7 Zákaz ohrožení lidských životů a zdraví

V naší společnosti je hodnota života nevyčíslitelná, a proto je nutné rizika, která by vedla ke ztrátám na životech, odmítnout. Opačný názor by nebyl slučitelný nejen s naším kulturním a morálním smýšlením, ale ani s právním řádem České republiky. Tento zákaz v rámci této úpravy však není absolutní. Je nutné vnímat, že se zde jedná jen o potenciální zásah do těchto hodnot a v některých zvlášť nebezpečných provozech je nikdy nelze vyloučit. Tento zásah je možný jen v některých případech a za předpokladu dodržení dalších zákonných postupů. Je jasné, že na straně zisku musí být naléhavý a důležitý společenský zájem. Absolutní zákaz v této problematice by nebyl možný, jelikož přípustné riziko se nevyhnutelně týká právě situací, kdy tyto hodnoty mohou být zasaženy, a v některých případech se jedná výlučně o zásahy do těchto hodnot. Typicky jsou tyto hodnoty zasahovány ve sportu či v medicíně, při záchranné akci. To rovněž potvrzuje J. Kuchta: „*Vyskytují se totiž případy, kdy se zájem na ochraně života a zdraví dostává do objektivního rozporu se zájmem na výkonu určitých rizikových činností (doprava, těžební průmysl, atomová energetika, lékařské a kosmické výzkumy apod.)*.“⁶⁷ V těchto případech je nutné se zaměřovat na minimalizaci vzniku rizika a případně následků. Jisté je, že v těchto případech je vyloučeno, aby následek byl jistý či s vysokou mírou pravděpodobnosti. Osoby, které jsou ohrožené, musí být o ohrožení informovány a musí riziko postupovat dobrovolně a na základě přísných bezpečnostních pravidel (s využitím moderních bezpečnostních pomůcek a přístupů). Souhlas musí být odvolatelný a udělený na základě podrobných a pravdivých informací o podstupovaném riziku. Vyloučit však zcela můžeme např. vivisekční zákroky na živém člověku, kromě etického problému by tento postup narazil právě na existenci této podmínky.

⁶⁷ KUČHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*. 2004, (6), 165.

6.8 Nesoulad jednání s jinými právními předpisy, veřejným zájmem, zásadami lidskosti a dobrými mravy

Nesoulad s jinými právními předpisy je u této skupiny nejjednoznačnější podmínkou. T. Gřivna k tomu dodává: „*Zásadně nelze tolerovat, aby se přípustné riziko aplikovalo na činnosti, které zřejmě odporují požadavkům jiného právního předpisu.*“⁶⁸ Toto tvrzení nutno vzít do úvahy s tvrzením J. Kuchty: „*Z tohoto hlediska povinnost dodržovat právní předpisy při rizikovém rozhodování nemůže asi platit zcela bez výjimky pro obecně formulované povinnosti „nezpůsobit škodu“*“⁶⁹ V literatuře nalezneme ještě třetí názor, který s porušováním norem přímo počítá např. J. Šebek uvádí: „*...riziková tvořivá činnost si často vyžaduje právě vědomé odklonění se od právních norem a normativů, kterými je regulovaná hospodářská činnost. Dodržování právních norem a normativů v rámci generální prevence sice můžeme v jednotlivých případech předejít vzniku škod, ale současně se tím brzdí i tvořivá novátorská činnost.*“⁷⁰ Je pravdou, že pokud bychom připustili, že jednání nesmí být ani v rozporu s těmito vysoce obecnými normami, mohlo by to silně ohrozit praktičnost využití přípustného rizika. Riziková jednání by se kupříkladu mohly snadno dostat do rozporu s ustanoveními o prevenci v zákoně č.89/2012 § 2900 a následujícími. Rovněž do rozporu s § 31 by se dostávala lékařská věda a výzkum v případě testování ještě zcela neověřených metod na člověku (postupy zatím neuznané jako *lege artis*). Je nutné vzít v úvahu, že při těchto postupech je žádoucí, aby byly kryty okolností vylučující protiprávnost, právě proto, že tato testování přináší svá rizika. V takovém případě by bylo zřejmě nutné využití analogie, jelikož analogie v těchto případech svědčí ve prospěch pachatele. Trvání na absolutním souladu s právními předpisy by tak ohrozilo aplikaci přípustného rizika na jeden ze základních důvodů vzniku tohoto institutu, a to vědecký výzkum v lékařské či farmaceutické vědě. V jádru věci se však lze shodnout, že jednání má být v souladu s právním řádem jako celkem a nebyť tak v rozporu

⁶⁸ ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník: komentář. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 359

⁶⁹ KUČHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*. 2004, (6), 165.

⁷⁰ KUČHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 123

s jednotlivými předpisy. Zákodárce pak dále staví přípustnost přípustného rizika ke vztahu s několika neurčitými právními pojmy.

Co se týče veřejného zájmu, tento pojem je používán napříč právním řádem v různých právních odvětvích. T. Gřivna k problematice dodává: „*Tak veřejný zájem lze definovat jako opak ryze zájmu soukromého*“.⁷¹ Některé zájmy již byly mezi veřejný zájem zařazeny, ale žádný taxativní výčet těchto zájmů neexistuje a ani existovat nemůže. K problematice se v minulosti vyjadřoval několikrát Ústavní soud, ale ani ten striktně tento pojem nevymezil. Zásady lidskosti jsou pojmem používaným běžně v mezinárodním právu jako jedna ze zásad, které mají být dodržovány státy v rámci jejich činnosti, jsou uplatňovány také v rámci humanitárního práva. Poprvé tento termín zazněl již v Norimberských procesech. Těžko si lze představit, že riziko, které by bylo v rozporu s těmito zásadami, by zároveň neodporovalo právním předpisům našeho právního řádu. Tento pojem tak zřejmě může značit zásady, které formuluje odborná vědecká veřejnost jako jednu ze základních zásad, s kterými musí být každý výzkum v souladu. V případě dobrých mravů máme rozsáhlou představu, co je jejich obsahem, jelikož v rámci soukromého práva se tento pojem užívá běžně již staletí (užívaný již v antickém římském právu). Rizikové jednání tak nemá být *contra bonos mores* a respektovat zásady slušnosti, poctivosti, tolerance. I k problematice dobrých mravů se opakovaně vyjadřoval Ústavní soud ve svých rozhodnutích. Ústavní soud konstatoval, že dobré mravy jsou nedílnou a podstatnou součástí našeho práva: „*Pojem dobré mravy nelze vykládat pouze jako soubor mravních pravidel užívaných jako korektiv či doplňující obsahový faktor výkonu subjektivních práv a povinností, ale jako příkaz soudci rozhodovat praeter legem či dokonce contra legem, pokud jde o reprobaci jednání přičícího se dobrým mravům... Dobré mravy v tomto pojetí tedy jsou souhrnem etických obecně uznávaných a zachovávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými mravními zásadami a právními principy.*“⁷²

⁷¹ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník: komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093., st. 359

⁷² IV.US 3653/11

6.9 Předem deklarované riziko

Nad rámec zákonné úpravy J. Kuchta uvádí ještě jednu podmínku, a to že jako k rizikovému jednání má být k tomuto jednání přistupováno od počátku. Osoba si toho má být vědoma a dle toho jednat. Vědomí neúspěchu pak může být podloženo dokumentací, které s těmito variantami počítá a nabízí případná řešení.⁷³ Můžeme v tom vidět jakýsi subjektivní vztah osoby jednající k riziku. Subjekt jedná s úmyslem jednat rizikově. Tato podmínka ze zákonné úpravy nevyplývá, leč slouží jako prevence vůči osobě, která až po následném nezdaru se bude bránit, že jednala v rámci přípustného rizika. Tato osoba by sice mohla mít problém naplnit některé znaky tohoto institutu, avšak jaký postoj zaujmout v případě, že by objektivně kritéria splnila, zůstává otázkou. Tuto otázku zodpoví případně až judikatura. Je nutné vnímat, že obdobný problém je předmětem sporu odborné veřejnosti i u jiných okolností vylučujících protiprávnost. Pravděpodobným postupem se tedy jeví přistoupit k této situaci jako k negativnímu omylu na straně pachatele a postupovat podle těchto pravidel.

6.10 Shrnutí specifík přípustného rizika v rámci okolností vylučujících protiprávnost

Nyní bychom měli vymezit několik zásadních rozdílů, které přináší přípustné riziko oproti jiným okolnostem vylučujícím protiprávnost. Přípustné riziko nereaguje na nebezpečí bezprostředně hrozící či trvající, jako je tomu v případě krajní nouze. Naopak stojí na tom, že hrozba je zde nejistá, aby šlo o přípustné riziko, porušení zájmů chráněných zákonem zde musí být pouze potenciální a působí v budoucnu. Osoba postupující riziko nechce, aby zájem chráněný zákonem byl narušen. Pokud by zde narušení zájmů bylo jisté, nelze použít pravidla o přípustném riziku. Dalším zásadním rozdílem je okruh subjektů, který se může tohoto institutu dovolávat. Zákon vymezuje specifický okruh subjektů, jako je tomu např. u oprávněného použití zbraně a tím se naopak odlišuje od krajní nouze. Tento institut je věnován kvalifikovaným subjektům, na které mohou být kladeny i některé znalostní nároky. Přípustné riziko je zároveň jednou z okolností, kde může být potenciálně ohroženým zájmem život a zdraví osob, jako je tomu např. u svolení poškozeného. Rozdílnost lze dále spatřovat v míře rozdílu

⁷³ KUCHTA, Josef. *Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825., st. 124

mezi způsobeným následkem. Zatímco u krajní nouze je vyloučeno způsobit následek závažnější než, který byl odvrácen, přípustné riziko není takto striktně vymezeno. Je to způsobeno tím, že v počátečním rozhodování zde má vliv pravděpodobnost, že riziko nastane. V případě, že byla pravděpodobnost minimální, může jít často o hrozbu mimořádně velkých rozměrů např. práce s atomovou energií. V takovýchto odvětvích se musí věnovat značné úsilí předcházení negativních důsledků, což se odráží i v právních předpisech, které se tímto zabývají. Avšak je zde vždy povinnost osoby postupující riziko mít připravené různé havarijní plány pro případ, že by přece jen došlo k hrozícímu nebezpečí, vyžadují se i zabezpečení finanční, např. formou pojištění či rezervních fondů. Tato diplomová práce se dále zaměří na uplatnění přípustného rizika v oblasti zdravotnictví, sportu a na problematiku hospodářského rizika, jelikož s těmito odvětvími se nejčastěji tento institut spojuje.

7 Riziko ve zdravotnictví

Zdravotnictví je oblastí, ve které lze institut přípustného rizika využít opravdu ukázkově. V tomto oboru je totiž téměř veškeré jednání spojeno s rizikem. Lidské tělo je vysoce individuální a nevyzpytatelné a při komplikacích hrozí ohrožení těch nejzávažnějších zájmů, které právo chrání. Trestněprávní odpovědnost je jedním z druhů odpovědností, které mohou nastat v případě pochybení ve zdravotnictví, avšak zde snad ještě více než jinde musí platit zásada ultima ratio. Trestněprávní odpovědnost tu působí jen v případech, kdy nepostačují jiné prostředky. Přílišné trestání zdravotnických pracovníků, by mohlo vést k negativnímu vlivu na jejich práci. K efektivnímu fungování je nutné, aby lékaři nemuseli mít neustálý strach při výkonu svého povolání. Snaha řešit problémy, které se vyskytnou v rámci poskytování zdravotní péče, trestními oznámeními narůstá. Orgány činné v trestním řízení by v těchto případech měly postupovat velmi obezřetně a respektovat zásadu subsidiarity trestní represe. Zatímco právo občanské má reparační charakter, v trestním právu se uplatňuje represe vůči pachateli. Přípustné riziko může sloužit jako další korektiv nežádoucí trestněprávní odpovědnosti. To ovšem neznamená, že se v tomto odvětví nemohou osoby dopouštět trestné činnosti, přičemž není vyloučen ani souběh více právních odpovědností najednou. Pokud již nárok byl projednán v rámci občanského práva, může stále být projednán i v rovině trestněprávní.

Přípustné riziko se může dotýkat dvou základních oblastí: samotného výkonu povolání včetně lékařských zákroků a výzkumu ve zdravotnictví. Ve velmi malé míře se ve zdravotnictví setkáváme s úmyslnými trestnými činy a jejich kvalifikace zpravidla nečiní tolik potíží. Setkáváme se také s nedbalostním jednáním, které je často na hraně trestněprávního posouzení. S tímto problémem je nutné se vypořádat i s ohledem na okolnosti vylučující protiprávnost. Základním mezinárodním dokumentem v této oblasti je Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny (dále jen Úmluva). Byla přijata v Oviedu v roce 1997 a Česká republika ji ratifikovala v roce 2001, čímž převzala i standardy vyplývající z této smlouvy. Zhruba deset let tu tak trval nesoulad vnitřních předpisů, kdy zde byl stále v platnosti Zákon o péči o zdraví lidu č.20/1966 Sb. z. Tento zákon byl nahrazen Zákonem č. 372/ 2011 Sb. o zdravotních službách (dále jen ZZS), který doplnil také

Zákon č. 373/2011 Sb. o specifických zdravotních službách (dále jen ZSZS). Tyto nové zákony již počítají s Úmluvou a napravují tak některé nedostatky předešlé právní úpravy.

7.1 Subjekt

Speciální subjekt jako jeden ze znaků přípustného rizika není příliš problematický. Přípustné riziko se v těchto případech bude vztahovat pouze na profesionální osoby ve zdravotnické oblasti, nebude se však vztahovat na osobu, která poskytuje první pomoc osobě na ulici. V takovém případě bychom museli použít obecná pravidla o krajní nouzi. Nároky kladené na ně jsou mnohem nižší, jelikož je nutné počítat s omezenými znalostmi těchto osob v rámci pravidel první pomoci. Trestný čin, který by se mohl těchto subjektů dotýkat, tedy Neposkytnutí pomoci § 150, kriminalizuje nekonání, není pro něj rozhodující výsledek, v jaký nakonec pomoc vyústí. Stát za pomoci orgánů vykonává kontrolu v oblasti zdravotní péče. Poskytovat tuto péči mohou jen osoby k tomu oprávněné, na které se bude vztahovat institut přípustného rizika. Jedná se o poskytovatele zdravotních služeb a pracovníky, prostřednictvím kterých jsou služby poskytovány. Tento subjekt lze nazvat pojmem zdravotnický pracovník. D. Císařová do tohoto pojmu zahrnuje: „*Těmito pracovníky se rozumí lékaři, farmaceuti, kliničtí psychologové a logopedové...*“⁷⁴ I v této problematice bychom však mohli najít některé sporné otázky. Jedná se o otázku, zda speciálním subjektem ve smyslu přípustného rizika mohou být různé osoby léčitelů, kteří poskytují služby, jež mají ovlivňovat zdravotní stav klientů. Tyto skupiny obyvatel nepodléhají žádné sjednocující právní regulaci, a proto je rozhodně nelze zařadit do kategorie zdravotnických pracovníků.

7.2 Přípustné riziko v rámci výkonů ve zdravotnictví

7.2.1 Lege artis

Tato podmínka, která je kladena v rámci institutu přípustného rizika, je do značné míry odvislá od vysvětlení pojmu lege artis. Lege artis je latinským úslovím, které překládáme jako dle pravidel umění, vědy či zákona. Lze zde vnímat původ tohoto

⁷⁴ CÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st. 18

pojmu, kdy lékařství bylo vnímáno jako umění a patřilo pravděpodobně mezi artes liberales (svobodná umění). Přestože je tento pojem všeobecně známý a je v jisté podobě obsažen v Úmluvě i v ZZS, jeho vymezení není vůbec jednoduché. Právo doslovně pojem lege artis nepoužívá a tím pádem ho ani striktně nedefinuje. Úmluva k tomu říká v čl. 4: „*Jakýkoliv zákrok v oblasti péče o zdraví, včetně vědeckého výzkumu, je nutno provádět v souladu s příslušnými profesními povinnostmi a standardy.*“⁷⁵ Úprava, kterou volí Úmluva, je zcela záměrně obecná. Konkrétní úpravu přenechává jednotlivým vnitřním právním předpisům. „*Toto ustanovení ukládá sledovat pokrok v medicíně, sledovat nový vývoj a vyloučit metody, které již neodpovídají současnému stavu oboru.*“⁷⁶ Náš základní zákon v oblasti zdravotnictví ZZS se tomu věnuje v § 28 odst. 2, kde garantuje pacientovi právo na poskytování zdravotních služeb na *náležitě odborné úrovni*. Pojem *náležitě odborné úrovně* definuje v § 4 odst. 5 takto: „*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.*“ Dalším dokumentem, který může pomoci v interpretaci tohoto pojmu je Etický kodex České lékařské komory. Ten sice není předpisem na úrovni zákona, avšak přesto je významným dokumentem v rámci poskytování zdravotní péče. V § 2 odst. 1 je napsáno: „*Lékař v rámci své odborné způsobilosti a kompetence svobodně volí a provádí ty preventivní, diagnostické a léčebné úkony, které odpovídají současnému stavu lékařské vědy a které pro nemocného považuje za nejvýhodnější. Přitom je povinen respektovat v co největší možné míře vůli nemocného (nebo jeho zákonného zástupce).*“ Postup lege artis je uznávaný medicínský postup, který je v souladu se současným vědeckým stavem poznání, aplikovaný s ohledem na individualitu pacienta a na podmínky, ve kterých je prováděn. Důležité je, že orgány činné v trestním řízení nesmí zapomínat na poslední z uvedených podmínek, tedy že je nutné v případě posouzení lege artis určit, v jakých podmínkách byl zákrok prováděn. Jiné standardy budeme mít u zákroku poskytovanému na ulici při autohavárii, jiné v perfektně vybaveném moderním zdravotnickém zařízení. To, že v některých případech nemohou být použity nejlepší

⁷⁵ http://www.clk.cz/oldweb/zakpred/Uml096-2001_EtikaBiomed.html

⁷⁶ *Zdravotnictví a právo: komentované předpisy*. 2., rozš. a dopl. vyd. Praha: LexisNexis CZ, 2005, 455 s. Digesta (LexisNexis CZ). ISBN 8086920127., st. 14

metody, potvrzuje i K. Cibulka, když tvrdí: *Jestliže totiž objektivně nemohl příslušnou metodu použít, protože mu nebyla vůbec k dispozici na pracovišti, nelze jeho postup označit za non lege artis. K tomu je vhodné zdůraznit, že použití jiných vhodných prostředků musí být dosažitelné bez zřejmých obtíží.*⁷⁷ Pokud vzhledem k situaci nebude odůvodněně možné zvolit nejlepší možnost, stále platí, že postup lékařem zvolený musí být varianta, která je rovněž postupem lege artis. Poskytování nejlepší možné péče tak naráží na bariéry, které neumožňují vždy její využívání. Jsou to především překážky ekonomické, ale také etické.⁷⁸

Literatura i praxe má často tendenci pojem lege artis ztotožňovat s pojmem profesních povinností a standardů. Dochází tak k názoru, že pojem lege artis je postupem v souladu se zákonem, přičemž definice tohoto pojmu je vyhrazena medicíně, nikoliv právu. K tomu je nutné připomenout, že soud je vázán pouze zákonem, proto by bylo zaujetí tohoto stanoviska nepřesné a zjednodušující. Problematika, zda lze pojem lege artis užívat jako pojem práva či nikoliv, je stále spornou otázkou, nad kterou se jednotliví autoři dosud neshodnou. Esence pojmu je však nepochybně právně relevantní. ZZS tedy stanovuje povinnost postupu na náležité odborné úrovni.

Konkrétní podobu náležité odborné úrovně můžeme nalézt pod pojmem profesní standardy. Profesní standardy již mají jisté právní zakotvení, které je však samo o sobě velmi problematičké. Jde o podzákonné právní předpisy, které jsou vydány na základě velmi obecného zmocnění.⁷⁹ Konkrétní vymezení zákonných postupů by tak mohlo být v metodických opatřeních Ministerstva zdravotnictví a v metodických návodech, které jsou publikované ve věstníku ministerstva. Zde narážíme na problém právní závaznosti těchto návodů. K tomu se ještě přidává problém dynamiky vědy ve zdravotnictví, která velice rychle činí postupy zastaralými. Proto musí standardy být velmi často aktualizovány, jinak by jejich praktické využití pozbylo významu. Snaha vytvořit jakýkoliv soubor konkrétních postupů, který by musel být dodržován, není řešením pro zdravotnickou praxi. Za těchto podmínek mohou plnit alespoň základní

⁷⁷ CIBULKA, Karel. O některých otázkách trestního postihu ve zdravotnictví. *Trestněprávní revue*. Praha: C.H. Beck, 2012, 9(3), 69 - 76.

⁷⁸ CÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st. 21

⁷⁹ CÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st. 55

pilíř právní jistoty pro pacienty a lékaře. P. Zímová k problému uvádí: „*Lékař musí vždy a za všech okolností respektovat individualitu a jedinečnost každého pacienta. Nemůže být vázán žádnými standardy, ty pro něj mají být pouze doporučující. Pokud si lékař vybere nějaký z uznávaných postupů, pak jednoznačně bude postupovat lege artis.*“⁸⁰ Ideální přístup k těmto pravidlům by tak mohl být takový, jaký navrhuje D. Císařová: „*Měly by si však zachovat charakter vyvratitelné domněnky, proti které by byl vždy přípustný protidůkaz, zejména zastaralosti.*“⁸¹

7.2.2 Vitium artis proti non lege artis

Tyto dva pojmy jsou v právní praxi často ztotožňovány, i když soudní znalci ve zdravotnickém oboru to neměli v úmyslu. D. Císařová považuje pojem vitium artis za překonaný.⁸² V tom s ní nelze než souhlasit, i když možná z odlišného důvodu. Hlavním důvodem je odmítnutí tohoto pojmu soudní praxí a nepřistoupení na snahu znalců, kteří se v řadě sporných situací, které si nedovolili označit za postupy non lege artis, snažili vymezit nový pojem. Vitium artis by tak měl označit situaci, kdy zvolený postup je lege artis, avšak dojde k tzv. *chybě v umění*. Ta může být způsobena manuálním nezdarem, který pak celkově může vyústit v následky, které naruší zájmy chráněné TZ. Zde dochází ke sporu mezi odborníky. J. Mach k situaci uvádí: „*Jde však o předvídanou a přípustnou komplikaci, o které je pacient předem poučen.*“⁸³ Je dobré také konstatovat: „*... komplikaci výkonu, o které pacient samozřejmě musí být předem poučen nelze považovat za porušení právní povinnosti lékaře, ale za přípustné riziko příslušného výkonu.*“⁸⁴ Citace se sice týkají příkladů konkrétních výkonů, avšak pravidla v nich aplikovaná je možno zobecnit. V některých případech ani nemusí jít o nedostatek v umění lékaře. Složitost oboru je na takové úrovni, že nelze počítat s neomylností zdravotnických pracovníků viz kapitola vzdělání lékaře a jeho vliv na trestněprávní odpovědnost. Zatímco postup non lege artis můžeme v základu vnímat

⁸⁰ ZÍMOVÁ, Pavlína. Etika v lékařském výzkumu za účasti lidských subjektů z pohledu lékařského a filozofického. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2011, (3), 80 - 93. ISSN 1804-8137.

⁸¹ CÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st. 55

⁸² CÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st. 22

⁸³ MACH, Jan. *Medicina a právo*. Vyd. 1. V Praze: C. H. Beck, 2006, xiii, 257 s. Beckova edice ABC. ISBN 807179810x., st. 58

⁸⁴ MACH, Jan. *Medicina a právo*. Vyd. 1. V Praze: C. H. Beck, 2006, xiii, 257 s. Beckova edice ABC. ISBN 807179810x., st. 58

jako postup protiprávní, existuje ještě skupina výkonů, které nelze prohlásit za non lege artis, přesto na nich můžeme najít problematické souvislosti, které nám brání je prohlásit za postup lege artis.

7.2.3 Vzdělání lékaře a jeho vliv na trestně právní odpovědnost

S problematikou aplikování postupu v souladu se stavem vědy a dosaženým stupněm poznání souvisí subjektivní znalost lékaře. Nelze lékaře vnímat jako studnici všech metod, které existují. Je nutné připustit, že vzdělání zdravotnického pracovníka nelze vnímat absolutně. Je nutné připustit rozdíly v kvalitě jednotlivých zdravotnických pracovníků, aniž by vyvolávaly trestní odpovědnost za jejich jednání. Společně tak s konkrétními podmínkami, v kterých je zákrok prováděn, je osoba lékaře a jeho vzdělání další individuálním parametrem, ke kterému by se mělo při posuzování trestní odpovědnosti přihlížet. Jiné nároky klademe na lékaře, který právě opustil fakultu, jiné na zkušeného specialistu. Tímto samozřejmě nelze ospravedlnit základní neznalosti v oblasti medicíny a neadekvátní neaktualizaci zastaralých metod. Měřítkem pro posuzování by zde mohl být zákon č. 95/ 2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta. Zejména bych v této souvislosti vyzdvihl §22, který stanovuje povinnost lékaře se celoživotně vzdělávat a aktualizovat vlastní poznatky. Je v zájmu společnosti připustit, že v případě flagrantního porušení této povinnosti a následně vzniklé újmy na zájmech chráněných zákonem je možné, aby na základě nevědomosti zdravotnického pracovníka vznikla trestněprávní odpovědnost. To potvrzuje i K. Cibulka: *„Jestliže by tedy lékař nebo jiný zdravotník prokazatelně soustavně hrubě zanedbával své povinnosti průběžně se vzdělávat v rámci své profese nebo specializace, nemohla by tato okolnost při hodnocení subjektivního měřítka postupu lege artis zůstat bez povšimnutí.“*⁸⁵

7.2.4 Subsidiarita přípustného rizika

Považuji za důležité samostatně zmínit tuto problematiku, jelikož v oboru zdravotnickém se může jednat o relativně častý případ. Subsidiarita obecně stanovuje

⁸⁵ CIBULKA, Karel. O některých otázkách trestního postihu ve zdravotnictví. *Trestněprávní revue*. Praha: C.H. Beck, 2012, 9(3), 69 - 76.

povinnost zvolit bezrizikovou variantu či variantu podstatně méně rizikovou, pokud si okolnosti nevyžadají jiný postup. Typickým příkladem je lékař, který má správné informace a je si vědom různých variant postupu. Nevolí nejlepší variantu z důvodu neodkladnosti úkonu, protože nejlepší varianta nemůže být provedena ve zdravotnickém zařízení, ve kterém se pacient nachází. Pokud převoz pacienta nebyl možný, není lékař na újmu, že volil „zastaralou variantu“ zákroku. Takovéto jednání nemůže mít trestněprávní následky a je zaštitěné institutem přípustného rizika.

Že je nutné brát v úvahu okolnosti, za kterých k jednotlivým pochybením lékařů dochází, potvrzuje i Nejvyšší soud, kdy konstatuje: „*V trestněprávní nauce se běžně považuje za porušení postupu „lege artis“, pokud lékař při výkonu svého povolání nedodrží rámec pravidel vědy a medicínských způsobů, a to v mezích daných rozsahem jeho úkolů podle pracovního zařazení i konkrétních podmínek a objektivních možností.*“⁸⁶ Ve stejném rozsudku popisuje další znak, který je nutno brát v úvahu při aplikaci přípustného rizika a to hodnocení stavu ex ante. Je důležité vnímat situaci tak, jak se jevila v době učinění rizikového jednání. „*Postup lékaře je ovšem vždy nutno hodnotit tzv. „ex ante“, tj. na základě informací, které měl lékař k dispozici v době svého rozhodování o diagnóze.*“⁸⁷

7.2.5 Soulad s podmínkami § 31 odst. 2 TZ

Při provádění zdravotnických výkonů dochází téměř bez výjimek k ohrožení lidského zdraví potažmo i životů. Za těchto okolností je nutné, aby byl dán osobou souhlas s takovýmto rizikem.⁸⁸ Zákon výslovně vyžaduje souhlas podle zvláštního právního předpisu. Ve zdravotnickém právu máme takovýto souhlas speciálně upraven. Souhlas je důležitým prvkem moderního zdravotnictví a je diskontinuálním vůči paternalistickému modelu aplikovanému nejen na našem území v minulých desetiletích. Pacient se v souladu s Úmluvou i ZZS stává partnerem a může svobodně rozhodovat o své léčbě. Toto pojetí je důležité i pro aplikaci přípustného rizika. Úmluva rozvádí souhlas v kapitole druhé. Klade důraz na skutečnost, že souhlas musí být informovaný,

⁸⁶ 7 Tdo 219/2005

⁸⁷ 7 Tdo 219/2005

⁸⁸ KUCHTA, Josef. Přípustné riziko jako okolnost vylučující protiprávnost v návrhu kodifikace trestního práva hmotného. *Trestněprávní revue*. 2004, (6), 165.

svobodný a odvolatelný. Řeší se tu také problém případů, kdy osoba z různých důvodů nemůže dát souhlas s postupem. Existují výjimky, kdy lze přistoupit k zákroku dodatečně, avšak v těchto případech je nutné jednat jen po dobu, dokud souhlas udělit nelze. Jakmile pominou důvody, je nutné si souhlas vyžádat.

Zárok musí směřovat k přímému prospěchu osoby a obvykle se vyžaduje náhradní souhlas osob příbuzných či soudu. Tato obecná úprava Úmluvy je vtělena do našeho ZZS. Základní pravidlo je obsaženo v § 28 odst. 1 a je dále rozvedeno v § 34 a § 35 ZZS. Podmínka, že souhlas musí být informovaný, v praxi znamená, že bude pacientovi vysvětleno, jakým způsobem má být zárok proveden, k čemu povede, jaká jsou rizika či jaké jiné alternativy léčby jsou možné. Vysvětlení musí být srozumitelné, musí být provedeno ve vztahu k osobě, které je podáváno. Jinak lze informovat jiného zdravotnického odborníka, který se stal pacientem, a jiný přístup je zapotřebí k osobě, která nemá v oboru žádné hlubší vědomosti či zkušenosti. Osobě musí být umožněno klást doplňující otázky. Na základě těchto informací se pak osoba svobodně rozhodne, zda zárok podstoupí či nikoli. Pokud pacient léčbu odmítne, jedná se o informovaný nesouhlas (negativní revers). Není tedy dostačující, aby pacientovi byla předložena k podpisu listina plná neznámých pojmů. Bez souhlasu nelze aplikovat institut přípustného rizika, což ovšem neznamená, že nesprávné poučení by automaticky zakládalo trestněprávní odpovědnost.

Problémy informovaného souhlasu by měly být řešeny primárně na úrovni pracovněprávní a občanskoprávní. V případě, že osoba za sebe nemůže samostatně rozhodovat, zákon stanovuje, kdo je v takových chvílích oprávněn souhlas udělit. V takovémto případě je nutné podle stejných pravidel poučit osobu, která disponuje rozhodovacím právem. Výjimkou je případ, kdy si pacient nepřeje být informován a využije možnosti, kterou obsahuje § 32 ZZS. V takovém případě je nutné respektovat vůli pacienta, a tedy bude v tomto případě možné aplikovat na zárok přípustné riziko, jelikož speciální zákon toto odmítnutí považuje za informování pacienta. Tuto možnost

nelze využít vždy. Je nepochybné, že proti vůli pacienta bude nutné informovat a poučit ho v případě, že pacient trpí např. nakažlivou chorobou.⁸⁹

Zárok dále nesmí být proveden v rozporu se zásadami lidskosti a dobrými mravy. V aplikaci na problematiku zdravotnictví lze tyto podmínky vnímat tak, že zárok musí být v souladu s etickými zásadami. Tyto zásady jsou obsaženy např. v Etickém kodexu ČLK, který v § 1 odst. 1 stanovuje: „*Stavovskou povinností lékaře je péče o zdraví jednotlivce i celé společnosti v souladu se zásadami lidskosti, v duchu úcty ke každému lidskému životu od jeho počátku až do jeho konce a se všemi ohledy na důstojnost lidského jedince.*“ Etické normy jsou ve zdravotnictví zásadní otázkou a jejich dodržování je velmi důležité pro jednotlivé stavy i pro společnost jako celek. To, že etické zásady ve spojení se zdravotnictvím nejsou nic nového, potvrzuje i dobře známá Hippokratova přísaha, jejíž smysl se až na drobné úpravy v podstatě nezměnil, přestože se její vznik datuje do doby před více než 2000 lety. Etické zásady se odrážejí i v právu např. na povinnosti mlčenlivosti a šetrném nakládání s osobními údaji. S novými tématy dochází i k novým výzvám oblast etiky. Těmito tématy jsou např. otázky ovlivňování lidské reprodukce (sterilizace, interrupce), klonování, zkoumání lidského genomu, sexuální orientace atd. Názory na tyto problémy se v čase dynamicky mění, a proto je nutné vnímat časovou proměnlivost tohoto znaku. Pokud by chování bylo neetické, nemohli bychom na něj aplikovat ustanovení o přípustném riziku, avšak v rámci právní jistoty je žádoucí, aby toto jednání bylo rozpoznatelné. Obzvlášť v trestním právu, kde by bylo dobré být v souladu se zásadou nulla poena sine lege certa.

7.3 Přípustné riziko v rámci zdravotnického výzkumu

7.3.1 Historický vývoj

Abychom mohli v dnešní době prohlubovat své znalosti v oblasti lidského těla a jeho zdraví, je nutné vzít v potaz člověka jako součást lékařského experimentu. Experimentování na živém člověku má velký potenciál přinést nové poznatky a vylepšit tak současné zdravotnické postupy. Je potřebné vnímat etický rozměr této problematiky.

⁸⁹ MACH, Jan. *Medicina a právo*. Vyd. 1. V Praze: C. H. Beck, 2006, xiii, 257 s. Beckova edice ABC. ISBN 807179810x., st. 23

Soulad s etikou zde nepochybně bude mít i trestněprávní význam jako součást podmínek přípustného rizika.

V minulých dobách se jednalo o téměř jediný relevantní zdroj, jehož zkoumání přineslo často velké pokroky, ať už jde o znalosti anatomie člověka či fyziologické reakce lidského těla na různé podněty. V průběhu dvacátého století začala praxe narážet na stále větší množství eticko-právních problémů.

Pokusy v oblasti medicíny mají dlouhodobou tradici. Provázejí i nestory zdravotnictví jako je Galénos a Avicenna. Galénos si osvojil své umění ve válkách za císaře Marca Aurelia, kdy se mohl seznámit velmi podrobně s anatomii lidského těla. Z dob Avicennových je zase znám úryvek, který zdůrazňuje důležitost experimentu na člověku, ale zároveň varuje před experimenty: „*na osobách vyšších vrstev a společensky významných*“⁹⁰. Nežřídka v těchto dobách experimentovali lékaři přímo na sobě jako tzv. obětaví lékaři. Nutno dodat, že ve středověkých dobách bylo experimentování na člověku zčásti v rozporu s křesťanskou naukou, a tudíž probíhalo často v rozporu s tehdejšími předpisy.

Ve dvacátém století dochází k razantní změně v celospolečenském vnímání. Důvodem je především hrůza způsobená světovými válkami. V oblasti zdravotnické etiky způsobilo velký šok dění během druhé světové války, konkrétně pak nacistické pokusy, které byly prováděny v koncentračních táborech proti vůli osob. Jednalo se především o osoby židovské víry, ale terčem těchto pokusů byli i Romové, homosexuálové či sovětští zajatci. Mezi těmito pokusy se vyskytovaly např. sterilizace, pokusy o transplantace kostí a svalů, známé jsou různé druhy pokusů na dvojčatech. Při těchto pokusech docházelo téměř výlučně k fatálním následkům, tedy ke způsobení smrti či trvalých následků v různých podobách. Tyto události vedly k zamýšlení nad etikou lékařského výzkumu a vyústily ve vznik Norimberského kodexu. V něm bylo formulováno deset základních pravidel pro provádění výzkumu. Tato pravidla obsahovala např. souhlas osoby, na které je pokus prováděn, možnost kdykoli souhlas odvolat, adekvátní poměr mezi přínosem a nebezpečím a vyloučeny měly být pokusy, u

⁹⁰ MACH, Jan. *Medicína a právo*. Vyd. 1. V Praze: C. H. Beck, 2006, xiii, 257 s. Beckova edice ABC. ISBN 807179810x., st. 167

nichž s vysokou pravděpodobností mohlo dojít ke smrti osoby. Myšlenka kodexu byla dále rozvíjena v následných konferencích a dokumentech (např. Helsinská deklarace z roku 1964), na kterých měla a má významný podíl Světová zdravotnická organizace. Již Helsinská deklarace v článku 5 stanovuje: „*Při provádění medicínského výzkumu na lidech je nezbytné upřednostňovat zájem a blaho pacienta, který se výzkumu účastní, před zájmy vědy a společnosti.*“ Toto téma je stále aktuální a je na něj kladen velký důraz i v dnešní době.

7.3.2 Lékařský experiment

Každá nová metoda (ať už lék či postup), která se má dostat do rutinní zdravotnické praxe, musí být časem poprvé použita na živém člověku a ani sebelepší testování, které je prováděno např. na pokusných zvířatech, nemůže předpovědět průběh a následky její aplikace. V lékařském výzkumu je tak vždy určitá míra rizika, která se bude dotýkat zájmů chráněných zákonem. Na tuto problematiku tak především původně mířil institut přípustného rizika. Věda a výzkum se totiž měla stát hlavním tématem přípustného rizika. Abychom mohli pokračovat dále, musíme si vymezit pojem lékařský experiment. Výstižnou definici podává M. Munzarová: „*Lékař experimentuje tehdy, pokud se ve svých postupech vzdaluje od standardní lékařské praxe za účelem získání nového zevšeobecnitelného poznání anebo, snaží-li se ověřit hypotézu za pomoci vědecké metody.*“⁹¹ Pro úplné ujasnění se můžeme podívat i na pojetí D. Císařové, která říká: „*Pro pokus je podstatné, že jde o nový postup vycházející z předpokladu společenského přínosu zkoušené metody, přičemž je zde určitá nejistota v účinku, zejména pokud jde o přípustná rizika.*“⁹² Je tedy nutné si uvědomit, že metoda, která je předmětem výzkumu není dosud uznána za postup *lege artis*, k čemuž nemusí ani nikdy dojít, pokud se metoda při testování prokáže jako nevhodná. Dodejme, že v této oblasti si nelze zcela vystačit s institutem souhlasu poškozeného, jelikož římskoprávní zásadu

⁹¹ MUNZAROVÁ, Marta. *Lékařský výzkum a etika*. Vyd. 1. Praha: Grada, 2005, 120 s. ISBN 8024709244., st. 12

⁹² CÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st. 37

Volenti non fit iniuria (chtějícímu se neděje bezpráví), lze v trestním právu používat jen omezeně a v některých případech ji ani nelze připustit.⁹³

7.3.3 Zákonné zakotvení

V současně platné právní úpravě je výzkum zakotven v Úmluvě v člancích 15 až 17 a velmi důležitým zákonem v této oblasti je ZSZS. Článek 15 zdůrazňuje nutnost existence svobodného výzkumu a souladu tohoto výzkumu jak s úmluvou, tak s dalšími vnitrostátními předpisy jednotlivých států. Předpisy i Úmluva slouží k ochraně lidské bytosti. Tou je zde myšlena ochrana fyzická i psychická, je nutné zachovávat důstojnost člověka. Článek 16 Úmluvy stanovuje kumulativní podmínky, které je nutné splnit, aby mohl být výzkum na člověku prováděn. Těchto podmínek je pět a vytváří základní prostředí pro korektní zdravotnický výzkum.

První podmínkou je neexistence jiné alternativy se srovnatelným účinkem, jakýsi princip subsidiarity. Dále rizika hrozící nesmí být neúměrná přínosu. Výzkum musí být schválen příslušným nezávislým orgánem. Osoby účastníci se na výzkumu musí být důkladně informovány o svých právech a důsledcích a je nezbytné, aby na základě těchto informací vyslovily svobodný, informovaný a odvolatelný souhlas, který musí být řádně zdokumentován.

Článek 17 se zabývá ochranou osob neschopných dát souhlas k výzkumu. Zde jsou pravidla pochopitelně přísnější. Přínos, který je tím sledován, se musí týkat osoby, která není schopna dát souhlas, zároveň nesmí existovat možnost provádět srovnatelný výzkum na jiné osobě, která je schopna souhlas udělit. Osoba nesmí projevovat nesouhlas. Dle J. Macha je nutné: „*V případě nezletilých dětí je nezbytné posoudit jejich postoj a brát v úvahu jejich věk a rozumovou vyspělost.*“⁹⁴ Pokud zde není dán prospěch pro osobu, na které je výzkum prováděn, lze výjimečně takový výzkum povolit, a to v případě, že poznatky, které je možné získat, jsou *podstatným zlepšením vědeckého poznání* a mohou přinést prospěch osobám trpícím stejnou chorobou, postižením či poruchou, osobám ve stejné věkové kategorii a se stejným zdravotním

⁹³ ŠTĚPÁN, Jaromír. *Právo a moderní lékařství*. 1. vyd. Praha: Panorama, 1989, 347 s. Praktické příručky (Panorama). ISBN 8070380683., st. 267

⁹⁴ *Zdravotnictví a právo: komentované předpisy*. 2., rozš. a dopl. vyd. Praha: LexisNexis CZ, 2005, 455 s. Digesta (LexisNexis CZ). ISBN 8086920127., st. 29

stavem. Zároveň musí být splněna podmínka, že tento výzkum představuje pro osobu minimální riziko a minimální zátěž.

Pokud dáme tento text Úmluvy do kontextu se současnou úpravou ZSZS, pak vidíme, že tento zákon již reaguje na text úmluvy. To nebylo vždy samozřejmostí, jelikož před tímto zákonem asi deset let po přijetí úmluvy, neměla tato úprava vědeckého výzkumu v České republice dostatečnou zákonnou oporu. Zásadním pro naši problematiku jsou ustanovení v § 34 odst. 4 až 6. Tato ustanovení upravují podmínky, za kterých je možné výzkum na živém člověku provádět.

§ 34 odst. 4 ZSZS stanoví: „*Ověřování nezavedené metody lze provádět pouze za předpokladu, že*

- a) pacient, na němž má být nezavedená metoda ověřována, udělil na základě informace podle § 34 odst. 1 písemný souhlas s ověřováním nezavedené metody,*
- b) lze očekávat, že nezavedená metoda přinese příznivé výsledky ve prospěch pacienta, na němž má být ověřována, a lze důvodně předpokládat, že se po úspěšném ověření stane novým způsobem prevence, diagnostiky nebo léčení,*
- c) ověření nezavedené metody nelze dosáhnout se srovnatelnou účinností jiným způsobem a*
- d) nehrozí opodstatněné nebezpečí, že následkem ověřování nezavedené metody dojde k dlouhodobému nebo vážnému poškození zdraví pacienta, na němž má být nezavedená metoda ověřována.“*

Podmínky jsou skutečně velmi podobné. Je vyžadován souhlas, který splňuje všechna pravidla výše uvedená, tedy opět se musí jednat o souhlas svobodný, informovaný a odvolatelný. § 34 poté stanoví, které všechny informace musí být osobě poskytnuty. Opět je zde podmínka přínosu pro zúčastněnou osobu, zároveň je nutné, aby byl naplněn princip subsidiarity. Obdobně jako Úmluva upravuje i § 33 odst. 5 problematiku výzkumu u osob, které souhlas dát nemohou. § 33 odst. 6 po té stanovuje zákaz provádění neověřených metod na osobách ve výkonu vazby, trestu odnětí svobody nebo zabezpečovací detence, pokud by se nejednalo o jedinou alternativu léčby jinak neléčitelného onemocnění.

Limitem pro výši rizika je zde opodstatněné nebezpečí, že dojde k *dlouhodobému nebo vážnému poškození zdraví pacienta*. Argumentem ad maius zde můžeme dojít k tomu, že tímto nebezpečím bude v krajním případě i smrt osoby. Toto ustanovení je nutné podrobit konfrontaci s náročnou otázkou principu favor vitae, zda je možné u pacienta, kterému hrozí smrt, použít metody, jejímž znatelným rizikem je smrt pacienta. Jako neadekvátnější vypořádání s touto otázkou se jeví odpověď, že riskovat život je možné pouze v případě, kdy zhoršit stav pokusné osoby již v podstatě není možné. Jedná se o osobu, jejíž stav by brzy vyústil ve smrt, tzv. experimentování in articulo mortis. Přes toto všechno je nutné minimální rizika těžké újmy na zdraví a smrti připustit i v jiných případech. Problematika medicíny nemůže stoprocentně vyloučit tato rizika vlastně v žádném z případů. Je tedy nutné debatu vtáhnout na otázku, jaká míra rizika je v daném případě přípustnou. Pro tuto velice složitou kazuistickou otázku se spokojíme zatím s tím, že čím vyšší je očekávanější prospěch, tím vyšší může být podstoupené riziko.

I zde uplatníme všechny obecné podmínky přípustného rizika. Je důležité, aby výsledek, který je sledován, byl společensky prospěšný. Tento apel je obsažen v obou výše zmíněných úpravách. Význam výzkumu směřuje ku prospěchu více osob často ve vzdálenějším časovém horizontu, je proto dobré ho odlišit od metody trial and error. Tato metoda směřuje k řešení individuálního problému pacienta, v případě nejasností ke zkoušení metod, které nevedou ke zhoršení zdravotního stavu pacienta a nejsou výzkumem.⁹⁵

Vyloučit můžeme samoučelné experimentování bez vize k účelnému výsledku. I zde ale můžeme nalézt výjimku, jelikož někteří autoři za ni považují tzv. klinické zkoušení léčiv, sér a očkovacích látek.⁹⁶ Tento druh výzkumu skýtá zvláštnosti např. jednoduchý a dvojité zaslepený test (užívání placebo kontrolní skupinou pacientů). Převážně tu nastává situace, kdy jde o postup ryze klinický s badatelskými znaky, který může být velmi vzdálen přímému přínosu. Tyto pokusy však budou kryty přípustným rizikem, i když někteří autoři je mají tendenci řadit k pokusům blížícím se

⁹⁵ ČÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st. 40

⁹⁶ ČÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st. 41

samoúčelným. Je nutné zdůraznit, že tyto pokusy musí provádět speciální kvalifikovaný subjekt, viz kapitola subjekt. Ke specifiku tohoto výzkumu dodejme ještě to, že ačkoli má být účast na výzkumu bezplatná, v těchto typech tzv. badatelských výzkumů se odměna připouští, což zdůrazňuje ono specifické postavení. Ačkoli naše názory na morální stav této okolnosti mohou být různé, je nutné si uvědomit, jak podotýká D. Císařová: „Zčásti však i pro tyto pokusy, a tím spíše pro experimenty, kde může hrozit určité riziko pro zdraví, je nutno uznat možnost odměňování účastníků.“⁹⁷ Musíme vzít v úvahu, že zde jde o případy, kdy se výzkumu účastní zcela zdravé osoby a reálně by bez finanční podpory jejich účast nešlo příliš předpokládat.

7.3.4 Účast na výzkumu jako povinnost

Závěrem této kapitoly bych se chtěl věnovat problematice, která u nás ještě příliš nerezonuje, ale v zahraničí je vysoce palčivou otázkou. Již v předchozích kapitolách jsem se zabýval, zda je možné, aby někdo byl nucen riziko podstoupit, přičemž závěrem je, že nelze trestat za nevyužitou příležitost, i když by se jednalo o riziko prospěšné, které by bylo zahrnuto v rámci institutu přípustného rizika.

J. Harris nahlíží na problém z jiné strany, když tvrdí, že spor o účasti na výzkumu není mezi jednotlivcem a společností, ale mezi dvěma bezbrannými jednotlivci, kdy současné omezení jednoho pomáhá v budoucnu zachraňovat další. Upozorňuje na tzv. free rider problém, kdy jedinec využívá oběti předků a sám se na dalším vývoji již nepodílí. Přirovnává dále účast na výzkumu k povinnému očkování.⁹⁸ M. H. Evans se dokonce nebál povinnosti účastnit se na výzkumu a podstoupit tak riziko přirovnat k povinnosti platit daně. Tyto názory nicméně nekorespondují se současnou úpravou a zračí se spíše v radikálním spektru. Lze si představit, že mohou fungovat jako morální apely, avšak představa, že by byly přeneseny do textů právních norem, není příliš představitelná ani povzbuzující. Jednalo by se o tvrdé omezení lidské svobody, které by bylo v rozporu se základními úmluvami, které jsou součástí našeho

⁹⁷ CÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754., st 43

⁹⁸ DOLEŽEL, Adam. Je účast na vědeckém výzkumu naší morální povinností? *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2011, 1(2), 1 - 11. ISSN 1804-8137

stejně jako jiných právních řádů. Takovéto jednání nekoresponduje ani s úpravou přípustného rizika v druhém odstavci, jelikož by zde nebyl poskytnut souhlas, který je nutný v případě ohrožení zájmu lidského života či zdraví.

8 Riziko ve sportu

Oblast sportu je ve spojení s rizikem a jeho zohledněním v právu velmi specifickým tématem. Sport patří mezi vysoce signifikantní a prestižní součásti naší společnosti. Existuje celá řada sportovních odvětví a v rámci profesionálního sportu jsou vynakládány značné částky pro jeho rozvoj. Sport je navíc podporován i z veřejných prostředků vládami jednotlivých zemí. Jedná se tedy o fenomén, kterým se právo nutně musí zabývat. Jelikož v rámci sportovní činnosti dochází k ohrožení některých hodnot chráněných trestním zákonem, je nutné, aby k této skutečnosti zaujalo postoj i trestní právo. Obzvláště problematičtějšími se stávají sporty, jejichž výkon téměř nevyhnutelně vede k menším či větším zraněním osob, tzv. bojové sporty. Pro oblast rizika jako okolnosti vylučující protiprávnost je tedy zajímavá především oblast úrazů způsobených sportovcem jinému sportovci v rámci podávání sportovního výkonu.

8.1 Historický vývoj

Na úvod bych rád uvedl vhled do historie této problematiky. Ačkoliv se to možná nezasvěceným nezdá být pravděpodobné, právo se zabývalo oblastí sportu již ve starověku velmi podrobně a nijak v tomto ohledu nezaostávalo za současným stavem v České republice. Činili tak již staří Řekové, kteří se často museli vypořádávat s problémy, k nimž docházelo během nespočetných sportovních klání, která byla v antickém Řecku pravidelně pořádána. Řekové nechtěli spojovat sport a trestní právo. Provinilce, který úmyslně porušil pravidla a způsobil druhému újmu, však čekal tvrdý trest. Takový člověk nebyl prohlášen vítězem a byl holí vyhnán pryč a další účast mu byla zapovězena. To byl pro tehdejšího Řeka potupný a nekompromisní trest. Tamní nauku, která byla postavena především na rozhodujícím významu úmyslu sportovce způsobit druhému zranění, dále rozvíjeli Římané. Z tohoto období se dochovalo i několik autentických textů, které vypovídají o tom, že již v této době měl sport v rámci práva specifické postavení. V Digestech 47, 10, 3 najdeme tento text: „*Si quis per iocum percutiat, aut dum certat, iniuriarum non tenebur*“, což znamená: „*jestliže někdo při hře nebo zatímco zápasí, způsobí probodnutí, není to považováno za bezprávi*“. Hry pořádané v těchto obdobích s sebou nesly velkou míru rizika, a tak často docházelo k úrazům. Pokud sportovec jednal v rámci pravidel a neměl úmysl způsobit druhému újmu, nehledělo se na čin jako protiprávní. Středověk pak přichází s různými způsoby

vyrovnání se s úrazy přivozenými v tehdejších sportech např. rytířských turnajích. M. Králík upozorňuje, že kanonické právo přišlo s koncepcí, která odlišovala pro smrtelná zranění hry dovolené (ludi permissi) a hry zakázané (res illicitae). Podle toho, během které ke zranění došlo, mělo být k události přistupováno na základě římskoprávní zásady ludus noxius in culpa est.⁹⁹

8.2 Trestní právo a sport dnes

Na otázku propojení trestního práva se sportem existuje v současné době několik teoretických koncepcí. Než si tyto koncepce rozebereme, zmiňme tu několik základních předpokladů, které by měly být vzaty v úvahu. V případě sportu je nutné pečlivě aplikovat zásadu ultima ratio, jelikož primárně by do této problematiky mělo zasahovat disciplinární řízení či občanskoprávní odpovědnost. Trestní právo by mělo být používáno pouze tehdy, když ostatní prostředky nepostačují. To potvrzuje i J. Pinkava: „Zároveň je třeba posuzovat otázku trestní odpovědnosti ve sportu velmi citlivě, neboť nepodstatné a zbytečné zásahy do této společenské činnosti by mohly mít negativní vliv na fungování sportu.“¹⁰⁰ Jako jistý korektiv v tomto případě mohou posloužit i okolnosti vylučující protiprávnost. Z okolností, které jsou uvedeny v trestním zákoně, připadá v úvahu kombinace přípustného rizika se svolením poškozeného. Někteří autoři se domnívají, že současná úprava přípustného rizika je pro oblast sportu nevhodná, avšak nutno dodat, že důvodová zpráva prozrazuje, že i sportovců se měl tento institut týkat. Tito autoři mají tendenci mluvit o speciální okolnosti vylučující protiprávnost tzv. sportovním riziku, které nese určité specifické znaky. Můžeme tedy říci, že se jedná o analogickou okolnost, kterou lze odvodit z přípustného rizika nesoucí jisté specifické znaky. Analogie by zde byla možná, jelikož by vyznívala ve prospěch pachatele. Tak či onak je nutné riziko jako faktor v těchto činnostech zohledňovat. Pojďme tedy rozebrat problematiku více dopodrobna.

⁹⁹ KUKLÍK, Jan, Pavel HAMERNÍK, Martin SUP, et al. *Sportovní právo*. Praha: Auditorium, 2012. ISBN 9788087284285. st. 67

¹⁰⁰ COUFALOVÁ, Bronislava, Jan PINKAVA a Veronika POCHYLÁ. *Trestněprávní odpovědnost ve sportu*. Praha: Leges, 2014. Teoretik. ISBN 9788087576885., st. 11

8.3 Sport

Abychom mohli pracovat s pojmy sport, sportovní činnost apod., musíme si nejprve tento pojem nějak definovat. Překvapivě to není jednoduchý úkol. Základem pro právní definování sportu jsou dva předpisy. Mezinárodní předpis Evropská charta sportu a vnitrostátní předpis zákon č. 115/2001 o podpoře sportu. Evropská charta sportu definuje sport v článku 2 písm. a takto: *sportem se rozumí všechny formy tělesné činnosti, které at' již prostřednictvím organizované účasti či nikoli si kladou za cíl projevení či zdokonalení tělesné i psychické kondice, rozvoj společenských vztahů nebo dosažení výsledků v soutěžích na všech úrovních.* V souladu s touto definicí postupuje náš zákon a v § 2 odst. 1 definuje sport: *Pro účely tohoto zákona pojem sport představuje všechny formy tělesné činnosti, které prostřednictvím organizované i neorganizované účasti si kladou za cíl harmonický rozvoj tělesné i psychické kondice, upevňování zdraví a dosahování sportovních výkonů v soutěžích všech úrovní.* Sportem tedy jsou aktivity provozované člověkem vedoucí k pozitivnímu rozvoji člověka. Sport tedy provozuje jak profesionál, tak amatér.

8.4 Koncepce vztahu trestního práva a sportu

Existují tři základní koncepce vztahu sportu a trestního práva, které jsou vesměs teoretické a v čisté podobě se nevyskytují, ale v různých dobách a na různých místech se aplikovaly příklony k těmto koncepcím.

První je teorie absolutní sportovní imunity. Ve své krajní podobě implikuje, že sport je autonomním odvětvím, do kterého právo nesmí žádný způsobem zasahovat. V rámci sportu jsou vytvářena závazná pravidla pro sportovce, jejichž porušení si řeší autonomní instituce pomocí svých disciplinárních orgánů. Jak podotýká J. Pinkava: *„Sportovní jednání tedy nepodléhá právnímu řádu, neboť sport má své vlastní mechanismy, pomocí nichž je možno právní vztahy uvnitř sportu regulovat.“*¹⁰¹ Vychází se z toho, že jiný postup by byl neefektivní a zabraňoval by autonomii sportovního prostředí. Tato teorie má velkou slabinu v tom, že nenajde žádnou právní oporu, jelikož imunita by musela být stanovena v zákoně. Tento koncept byl částečně aplikován

¹⁰¹ COUFALOVÁ, Bronislava, Jan PINKAVA a Veronika POCHYLÁ. *Trestněprávní odpovědnost ve sportu*. Praha: Leges, 2014. Teoretik. ISBN 9788087576885., st. 13

starověkými antickými polis a říšemi, které sport v rizikové formě oceňovaly. Sportovci byli obdivováni za svou odvahu a Ulpianus dokonce hovoří o tom, že zde není bezpráví, jelikož sportovec jedná: „*v rámci slávy a statečnosti*“. Tento princip v ryzí podobě je nutno absolutně odmítnout. Nelze připustit, aby byl vytvářen ring, v kterém je vše dovoleno. Docházelo by tak k negativní dekriminálnímu některých jednání. Je žádoucí, aby si sportovec byl vědom odpovědnosti a částečně reguloval své chování. Dalším důvodným argumentem je i to, že tresty, které mohou být uděleny v průběhu disciplinárního řízení, nemohou být v závažných případech adekvátní. A praxe nám také ukazuje, že se na disciplinární komise nelze zcela spolehnout. Odbornost a vůle jejich členů není často na dostatečné úrovni pro posuzování závažných prohřešků.

Druhou koncepcí je teorie rigidního uplatňování právního řádu. Tato teorie nezohledňuje a nezvýhodňuje okolnost, že k činu došlo při sportu. Neuznává ono sportovní riziko za relevantní argument a jednoznačně konstatuje, že na sport plně dopadají veškeré zákony a je nutné tyto činy stíhat stejným způsobem jako jiné. Při této teorii by došlo už jen z praktického hlediska k nesmírnému zatížení systému, některé sporty by musely být úplně zrušeny, jiné by se hrály bez plného nasazení s obavami před trestním postihem, což by mohlo vyústit i v zánik sportovních odvětví na profesionální úrovni. M. Králík k této koncepci dodává: „*Postuláty plného právního postihu sportovců jsou pak dosti často odůvodňovány okolností, že kodexy neobsahují žádná ustanovení, která by vylučovala právní odpovědnost sportovců.*“¹⁰² Tento koncept si nikdy nezískal hojnou podporu, a když tak jen na velmi krátkou dobu. Existovaly pokusy cíleného stíhání sportovců, avšak dnes lze považovat tuto teorii za zcela překonanou a nevyhovující současnému systému.

Nejtypičtějším modelem je v moderní době třetí model, který kombinuje prvky obou předchozích teorií tzv. koncept modifikované trestní odpovědnosti. Tento koncept se v současnosti uplatňuje ve všech vyspělých právních systémech. Přesto každý nabízí odlišnosti, které jsou dány především historickým vývojem vztahu ke sportu. Komplikace působí skutečnost, že míra rizika je vysoce odlišná u jednotlivých sportů. Je zde nutný značně individuální přístup jak k případu, tak k charakteru sportovní

¹⁰² KRÁLÍK, Michal. Komparativní pohled soudobé právní doktríny a soudní praxe na právní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy (vybrané otázky). *Bulletin advokacie*. 2006, (9).

disciplíny, ve které k činu dojde. V rámci této koncepce se v oblasti odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy vyvinuly teorie, které by mohly odůvodňovat vyloučení trestněprávní odpovědnosti. Těchto teorií je celá řada, pokusím se tedy v následujících odstavcích některé z nich přiblížit.

8.5 Teorie trestní odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy

Teorie souhlasu poškozeného vychází z toho, že pokud se osoba účastní dobrovolně sportovní aktivity, přijímá jistou míru nebezpečí a dává souhlas, že může být zasaženo do jeho práv i činností ostatních účastníků aktivity. Tato teorie nese několik obtíží. Udělení souhlasu nemůže mít dopad na závažnější formy zranění, nebo dokonce na smrt. Teorie by tak mohla být aplikována jen na lehká zranění způsobená v rámci sportovních pravidel. Nelze tvrdit, že osoba účastnící se sportu dává souhlas i k následkům, které jsou v rozporu s principem hry. Praktická využitelnost této teorie tedy není velká.

Teorie sportovního práva úzce souvisí s pojetím absolutní imunity sportovců a staví na autonomii sportu a sportovních institucí. Jelikož v současné době z různých důvodů již tento koncept není přijatelný, nelze takto odůvodňovat netrestání sportovců. A to ani s argumentem, že regulaci zde upravuje sportovní právo. Právo nelze vnímat izolovaně, jednotlivá právní odvětví jsou propojena, a proto ani regulace tohoto odvětví specifickým předpisem nijak nebrání využití trestního práva, ba spíše naopak, trestní zákoník v některých situacích předjímá jednání osoby v rozporu s jiným právním předpisem.

Teorie nedostatku zavinění vychází z toho, že sportovec, který vykonává činnost, nemá úmysl zranit sportovce. Jeho cílem je zvítězit a v zápalu boje se může dopustit činu, který ke zranění vede. Tato teorie má velmi staré kořeny, a jak jsem připomněl výše, stavěli na ní již ve starověkém Řecku, kde šlo v první řadě o úmysl sportovce. Problémem je, že v této teorii by některé zákroky rozhodně neobstály a nemuselo by se jednat o ty, na které bychom chtěli aplikovat trestní právo. Na většině zákroků vedoucích k zraněním bychom mohli najít zavinění ve formě nedbalosti. Tuto teorii zcela boří tzv. bojové sporty, kde je zavinění nezpochybnitelné. To potvrzují i P. Kučera a M. Ptáček, když o boxu tvrdí: „*Podstatou tohoto sportu je tedy přímo fyzický*

*útok. O nedbalosti zde nemůže být vůbec řeč.*¹⁰³ I tuto teorii tedy musíme odmítnout jako nevyhovující.

Teorie nešťastné náhody se může vztahovat pouze na úzkou skupinu zranění, u kterých lze touto argumentací obstát. Sportovec by mohl jednat i zaviněně, ale vzniklý následek by byl zcela nepředvídatelný. V některých případech by mohlo dojít k úplnému zbavení odpovědnosti nebo alespoň ke zmírnění. Pokud by například na vině následku byla unikátní choroba, o které pachatel nevěděl ani vědět nemohl. M. Králík k této teorii píše: „*Tato teorie odráží faktickou stránku sportovní činnosti potud, že při výkonu sportovní činnosti dochází k úrazům nikoliv v přímé snaze protivníka zranit, ale ve snaze o dosažení sportovního cíle. Z tohoto pohledu jsou doktrínou některých zemí takto způsobené úrazy považovány za úrazy podřaditelné pod nešťastnou náhodu, za kterou sportovec nemůže odpovídat.*“¹⁰⁴

Teorii účelu definuje J. Pinkava následovně: „*Tato teorie trestní odpovědnosti vychází z toho předpokladu, že sport je chápán jako prospěšná společenská činnost s určitým výchovným efektem.*“¹⁰⁵ Týká se však pouze případů, kde jsou dodrženy právní předpisy, včetně prevenční povinnosti, i pravidla hry. Z tohoto hlediska opět nepostihne většinu případů.

Teorie souhlasu s pořádáním sportovního mítinku úzce souvisí s předchozí. Stojí na faktu, že sportovní prospěšná činnost, jejíž pořádání dovolily příslušné správní orgány, nebo jež byla řádně ohlášena, je přijata i s riziky, která přináší a která nemají být dále postihována. Tato teorie nápadně připomíná koncept her dovolených a nedovolených, který byl ve středověku formulován v kanonickém právu. Ani tato teorie dle mého názoru není aplikovatelná.

Jako poslední bych rád rozebral teorii, která se nejvíce dotýká této práce. Teorie sportovního rizika dle mého názoru také nejlépe vystihuje potřebu sportu ve vztahu k možnému stíhání úrazů způsobených sportovci. Je postavena na tezi, že vykonávání

¹⁰³ KUČERA, Pavel a Michal PTÁČEK. Několik poznámek k trestní odpovědnosti ve sportu. *Trestní právo*. 2009, (1), 3 - 6.

¹⁰⁴ KRÁLÍK, Michal. Několik poznámek k právní odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy. *Právní rozhledy*. 2006, (15).

¹⁰⁵ COUFALOVÁ, Bronislava, Jan PINKAVA a Veronika POCHYLÁ. *Trestněprávní odpovědnost ve sportu*. Praha: Leges, 2014. Teoretik. ISBN 9788087576885., st. 69

sportovní činnosti s sebou nevyhnutelně nese zdravotní riziko. Toto riziko a jeho možná míra pak vyplývá z druhu sportovní disciplíny. V kontaktních sportech a v bojových sportech je nevyhnutelné, že čas od času dojde ke zranění. Otázku, jakou míru rizika připustit, by měla zodpovědět judikatura. Vodítkem by mohla být běžnost posuzovaného jednání v daném sportu. Typickým příkladem jsou potyčky v ledním hokeji, které jsou jedním ze znaků tohoto odvětví. Pravidla ledního hokeje na ně pamatují a dle toho je i trestají, a přestože jde o jednání odporující sportovním pravidlům, v jisté míře je součástí sportovního soupeření. Opakem by bylo, pokud by k podobné šarvátce došlo například při kulečnicku, golfu, ale i fotbalovém zápase. To souvisí i s ochrannými pomůckami, kterými jsou sportovci v rámci svého sportu vybaveni. Jisté je, že tato míra bude v různých sportech odlišná a bude záviset na více faktorech. Koncept, že by míra rizika měla být vnímána stejně ve všech sportech generálně, je nesmyslný. Vedl by nepochybně buď k vymizení některých sportovních odvětví, a pokud by míra byla určena dle nejrizikovějších sportů, tak k nedostatečné ochraně zájmů trestního práva a společnosti. Z tohoto pohledu se aplikace přípustného rizika jeví jako nejvhodnější varianta.

8.6 Přípustné riziko v oblasti sportu

8.6.1 Subjekt

§ 31 TZ vyžaduje, aby činnost byla vykonávána specifickým subjektem, slovy zákona *v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce*. Z toho jasně vyplývá, že tento institut nelze vztáhnout na sportovce v obecném slova smyslu, jelikož dle výše zmíněných definic může být sportovcem každý z nás. Lze si těžko představit takto široké pojetí. Dle mého názoru rekreačního sportovce jej nelze podřadit ani pod jednu z kategorií zmíněných zákonem. Přesto důvodová zpráva jasně podotýká, že tímto speciálním subjektem mohou být sportovci. Důvodová zpráva zmiňuje boxery, hokejisty či závodníky a dle dikce a kontextu lze vyvodit, že má na mysli právě profesionální sportovce. Tento koncept nemusí být ve svém principu závadný, jelikož je v pořádku, aby v rámci amatérského sportu byla poškozeným dána vyšší ochrana, neboť není žádoucí, aby amatérský sportovec podstupoval stejně velké riziko jako profesionál. V případě amatérského sportu se nabízí varianta využití zákonného institutu svolení poškozeného, které, jak jsme zmínili, může pokrývat lehká zranění. Vymezení

profesionálního sportovce je však obtížnou záležitostí. K vymezení sportovce profesionála může docházet v různých odvětvích různým způsobem. Sportovní sdružení si určují různé podmínky, např. FA ČR stanoví: „*Profesionální smlouva je hráčská smlouva, kterou má hráč uzavřenou s členským klubem, v němž působí (má působit), a jež obsahuje alespoň základní náležitosti závazného vzoru, který je přílohou č. 1 této směrnice.*“¹⁰⁶ Hokej rovněž spojuje statut profesionála s existencí profesionální smlouvy. Tyto otázky jsou řešeny v judikatuře zejména v otázkách daňových např. rozhodnutím Nejvyššího správního soudu 2 Afs 16/2011 – 78. Takovéto judikáty se týkají vztahu sportovce a klubu, který by mohl být vnímán jako OSVČ či jako osoba v pracovním poměru. V obou případech jsou podmínky pro přípustné riziko splněny.

8.6.2 Společenská prospěšnost

O společenské prospěšnosti sportu jako celku se může vést polemika. Faktem je, že sport je vysoce populární činností, kterou aktivně či pasivně provozuje drtivá většina obyvatel euroamerické civilizace. Sport jako takový má velký ekonomický vliv, velká pozornost je mu věnována i v mediálním prostoru. Mnozí sportovci se stávají vzory budoucích generací. Olympijská charta v čl. 4 mluví o sportu jako o jednom z lidských práv. Evropská charta sportu zdůrazňuje, že sport chrání a rozvíjí morální a etické zásady. Tyto vzletné věty by byly rozhodně argumentem, proč zařadit sport mezi společensky prospěšné činnosti. Nesmíme zapomenout, že společenská prospěšnost je do jisté míry dána poptávkou obyvatel, kteří si sami určují, co považují za prospěšné. Z tohoto hlediska profesionální sport nepochybně splňuje podmínky společenské prospěšnosti. Na podporu tohoto závěru lze uvést i sérii rozhodnutí, která se týkala korupce ve fotbale, kde byl fotbal shledán jako oblast obecného zájmu, což naznačuje, že musí nést společenskou důležitost. Nejvyšší soud proto v jednom ze svých rozsudků konstatoval: „*V této souvislosti je třeba vycházet z významu fotbalu a jeho role, jakou ve společnosti sehrává. Především je nutné mít na mysli, že fotbal, byť jde o sportovní odvětví, sehrává podstatně důležitější úlohu. Nelze přehlédnout, že má obrovský význam při pořádání mezinárodních soutěží završených olympijskými hrami, kde nepochybně kromě toho, že jde o největší celosvětové sportovní soutěžení mezi národy a státy, jde o*

¹⁰⁶ čl. 1 Směrnice pro evidenci profesionálních a neamatérských smluv FA ČR

významný zdroj finančních a ekonomických příjmů, které rovněž přesahují hranice jednotlivých států a kontinentů.¹⁰⁷ Společenskou prospěšnost zřejmě můžeme vyloučit u amatérského sportu, kde nelze spatřovat celospolečenské dopady. Jedná se spíše o individuální prospěchy jednotlivce, jehož hlavní motivací bývá zábava. Tohoto názoru je J. Pinkava: „Jedná se totiž pouze o činnost vykonávanou za účelem zábavy, nikoli v kontextu společensky prospěšné činnosti zamýšlené v tomto ustanovení, resp. společensky prospěšného následku.“¹⁰⁸

8.6.3 Soulad s dosažením současného stavu poznání a lege artis

Tato podmínka je v kontextu sportovního rizika spíše nepodstatnou. Její význam je koncipován na oblast vědy a výzkumu. Toto pravidlo se tak může vztáhnout pouze na znalost pravidel daného sportovního odvětví a využívání aktualizovaných bezpečnostních a sportovních pomůcek (výstroje apod.). Mohou zde být na mysli i různá technická pravidla.

8.6.4 Proporcionalita mezi ziskem a ztrátou a rozpor s jiným právním předpisem, veřejným zájmem, zásadami lidskosti či dobrými mravy

Ani tato podmínka není šita na míru riziku v oblasti sportu. Někteří by mohli pod touto podmínkou vidět soulad jednání sportovce s pravidly hry. Takovýto výklad by zcela znemožnil uplatnění tohoto institutu na oblast sportovního práva. Zde je nutné důrazně odlišit sportovní pravidla od právních norem. Sportovní pravidla mají zcela odlišné cíle, než je tomu u pravidel právních. Je sice pravdou, že jedním z cílů je, jak konstatuje Nejvyšší soud ve svém rozsudku: „...účelem pravidel sportovních her je nejen stanovit soupeřícím stranám rovné podmínky, ale současně i chránit zdraví hráčů...“.¹⁰⁹ Dále je nutné připomenout, že pravidla slouží k vytvoření speciálního systému hry pomocí originálních norem. Ve světě sportu se porušení pravidel stává běžnou součástí hry a někdy je způsobení prohřešku proti pravidlům i taktickou herní variantou, kdy např. hráči basketbalu opakovaně úmyslně faulují těsně před koncem hry

¹⁰⁷ 6 Tdo 272/2008 z internetového zdroje: <http://kraken.slv.cz/6Tdo272/2008>

¹⁰⁸ COUFALOVÁ, Bronislava, Jan PINKAVA a Veronika POCHYLÁ. *Trestněprávní odpovědnost ve sportu*. Praha: Leges, 2014. Teoretik. ISBN 9788087576885., st. 85

¹⁰⁹ 3 Tdo 1355/2006, z internetového zdroje: <http://kraken.slv.cz/3Tdo1355/2006>

ve snaze dostat šanci rozehrávat útoky navíc. Zajímavý pohled na problematiku nabízí dva judikáty z Anglie 19. Století, jedná se o případy Bradshaw a Moore. Nutno přiznat, že západní judikatura i teorie v oblasti trestněprávního postihu sportovců jsou v porovnání s českou mnohem zběhlejší. Již v těchto případech soud připustil, že není zcela směrodatné, zda hráč jedná v souladu s pravidly či nikoli, avšak v případě Bradshaw bylo konstatováno, že pokud obviněný hrál v souladu s pravidly, poškozený mohl počítat s tímto jednáním a účastí na hře tak souhlasil s rizikem.¹¹⁰ Obecně pro trestní právo není relevantní, zda došlo k porušení sportovních pravidel. To může sloužit pouze jako vodítko. Toto se konstatuje i v zajímavém případě R vs. Moore, kde hráč v souboji nastrčil druhého na brankáře, který šel do souboje koleny napřed a v důsledku tohoto zákroku obviněný zemřel. Soud v tomto případě konstatoval, že není hlavním kritériem, zda došlo k porušení pravidel. Všichni hráči si musí počínat tak, aby síla, kterou použijí, nezpůsobila fatální následky ostatním hráčům. Porušení pravidel hry tak nemůže vyloučit užití přípustného rizika, stejně jako dodržení nemůže ve všech případech vyloučit trestní odpovědnost (tuto možnost je dobré zachovat pouze v extrémních případech, když se ukáže, že pravidla daného sportu jsou nedostatečná a vymykají se únosným mezím). Na závěr dodejme, že ona vyváženost zisků oproti riziku je velmi sporná především v rizikových sportech, obzvláště když na straně zisku nefiguruje finanční zisk klubu či sportovce, který riziko podstupuje. Oním relevantním ziskem musí být celospolečensky prospěšné cíle, pokud chceme aplikovat přípustné riziko. Rizika zranění pak mohou být v některých případech zdánlivě neúměrně velká.

8.7 Riziko a bojové sporty

Pokud jsme hodlali připustit riziko v obecné rovině, extrémně problematickou je problematika bojových sportů. Na ni nelze v žádném případě aplikovat svolení poškozeného, a jak si ukážeme, tak i použití přípustného rizika je vysoce obtížné, spíše nemožné. Ikonickým příkladem, na jehož podkladě vznikala řada judikatury, byl již od přelomu 19 a 20. století box. Ve Velké Británii rozlišili dva typy boxu tzv. prize fighting a sparring. Zatímco prize fighting byl boj na neomezenou dobu, dokud soupeř nepadne, sparring chtěl ukázat, kdo bude lepší v rámci pravidel. Čas zde byl omezený a

¹¹⁰ KRÁLÍK, Michal. Legislativní a judikatorní východiska trestněprávní odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy. *Trestněprávní revue*. 2006, (8).

během něho zvítězil boxer s více body. J. Pinkava píše: „Zatímco tedy cílem prvního druhu zápasení bylo způsobení zranění jako nezbytná podmínka k vítězství... ... u druhého se nejednalo primárně o způsobení zranění, ale o nasbírání určitého počtu bodů k vítězství...“.¹¹¹ Sparring byl považován za dovolenou formu boxu. Tento názor se odrazil i do pravidel současných bojových sportů. Paradoxně v sobě kombinuje prvky prize fighting i sparring. Dnes jsou možné obě podmínky vítězství, tedy pokud se nerozhodne v limitu vyřazením soupeře, výsledek určí body. Principem sportu ale stále zůstává neustálý fyzický kontakt, který nevyhnutelně vede k vysoce pravděpodobnému zranění soupeře. J. Pinkava dodává: „Z hlediska obecných sportovně-právních teorií o trestní odpovědnosti se dalo hovořit o kombinaci dovoleného rizika a svolení poškozeného.“¹¹²

Pokud bychom uplatňovali pravidla o přizpůsobování míry rizika druhu sportu, byla by trestněprávní odpovědnost v bojových sportech v podstatě nemožná, jelikož veškeré násilné jednání by se více méně dalo označit za běžnou součást sportu, a tudíž bychom měli laťku rizika nastavenou nesmírně vysoko. Výjimku by tak snad tvořily pouze případy, kdy by zápasník použil nedovolený úder či udeřil soupeře mimo limit, ve kterém boj probíhal. Avšak i tyto prohřešky by zřejmě bylo nutné posuzovat s ohledem na agresivitu a vlastnosti sportu, tedy shovívavě. Uvedu zde případ ze zahraniční praxe ve sporu *People vs. Fitzsimmons*, kdy byl v rámci exhibičního zápasu boxer usmrčen svým soupeřem úderem, který byl označen jako v souladu s pravidly. Obviněný byl shledán nevinným.

Z domácí judikatury pak lze uvést rozsudek v rámci občanského práva, kdy Nejvyšší soud stanovil žalovanému povinnost zaplatit částku jako odškodné za újmu na zdraví: „...že žalovaný udeřil žalobce v rozporu s pravidly karate a při tomto jeho jednání vznikla žalobci (jako jeho soupeři) škoda na zdraví, je uvedené jednání žalovaného postižitelné nejen v rámci pravidel zápasu karate, kterým se podřídil, ale představuje současně i porušení prevenční povinnosti založené ustanovením § 415 obč.

¹¹¹ COUFALOVÁ, Bronislava, Jan PINKAVA a Veronika POCHYLÁ. *Trestněprávní odpovědnost ve sportu*. Praha: Leges, 2014. Teoretik. ISBN 9788087576885., st. 57

¹¹² COUFALOVÁ, Bronislava, Jan PINKAVA a Veronika POCHYLÁ. *Trestněprávní odpovědnost ve sportu*. Praha: Leges, 2014. Teoretik. ISBN 9788087576885., st. 58

zák. ¹¹³. Trošku zvláštní se může jevit aplikování obecné prevenční povinnosti v rámci bojového sportu. Česká justice aplikovala teorii, že porušení pravidel hry znamená nedodržení prevenční povinnosti. Tato dle mého názoru ne úplně šťastná koncepce, která vede ke zjednodušení problému, vyústila v zajímavý vývoj. Velmi aktuální rozhodnutí Nejvyššího soudu zásadně mění tento pohled, alespoň co se občanského práva týká. Nejvyšší soud konstatoval: „*Každý, kdo se takového sportu účastní, si musí být tohoto rizika vědom a určitou, v daném druhu sportu obvyklou míru rizika tedy vědomě akceptuje. Pokud dojde ke zranění hráče, je namístě posoudit nejen, zda spoluhráčem provedený herní zákrok byl v souladu s předepsanými pravidly hry, ale též za jakých okolností k němu došlo a zda jeho negativní následek byl pro daný okamžik nevyhnutelný v důsledku nastalé herní situace. Dovolací soud se ztotožňuje s názorem odvolacího soudu, že nikoli každé porušení pravidel hry je bez dalšího porušením prevenční povinnosti ve smyslu § 415 obč. zák. a že toto porušení pravidel musí mít určitou vyšší intenzitu, tedy musí podstatným způsobem vybočovat z běžného způsobu hry.*“¹¹⁴ Ani v jednom z těchto dvou případů nenásledoval trestněprávní postih. Bylo tedy shledáno, že z roviny trestněprávní zde sportovci mohou dobrovolně podstupovat velká rizika v rámci sportu. J. Pinkava tedy píše: „*Osoby, které do tohoto sportu vstupují a aktivně se jej účastní, si musí být vědomy této míry rizika, stejně jako faktu, že jim může být způsobena újma s vážnými či trvalými následky.*“¹¹⁵

Tento přístup však není zcela v souladu s obecnou teorií přístupu trestního práva ke sportu, jelikož podstatou bojového sportu je téměř přímo jednání, které je v rozporu se zájmy chráněnými trestním zákonem. To, že aplikace přípustného rizika v bojových sportech není zcela vyhovující, je skutečnost, na které jistě bude panovat shoda, avšak jako vhodné řešení je navrhována aplikace jistého specifického rizika. Dle mého názoru je i tento návrh nutné odmítnout, jelikož nekoresponduje s teoretickým přístupem vztahu sportu a práva. Autoři se pravděpodobně k tomuto řešení uchylují, protože nenacházejí východisko, jak teoreticky oprávněnost bojového sportu v rámci právního řádu obhájit. Hlavní slabinou je jasný nepoměr mezi cílem a rizikem a nesoulad

¹¹³ 25 Cdo 1960/2002 z internetového zdroje <http://kraken.slv.cz/25Cdo1960/2002>

¹¹⁴ 25 CDO 493/2015 z internetového zdroje <http://kraken.slv.cz/25Cdo493/2015>

¹¹⁵ COUFALOVÁ, Bronislava, Jan PINKAVA a Veronika POCHYLÁ. *Trestněprávní odpovědnost ve sportu*. Praha: Leges, 2014. Teoretik. ISBN 9788087576885., st. 61

s právními normami, tak navíc dle mého názoru nevyhovující koncepce rizika pro některé bojové sporty, kde ublížení na zdraví (alespoň ve formě pokusu) není vůbec nepravděpodobným rizikem, ale jedná se o pravděpodobnost hraničící s jistotou.

8.8 Vhodnost přípustného rizika ve sportu

Na závěr této kapitoly dodejme, že po rozboru možnosti aplikace § 31 TZ na oblast sportu je nutné konstatovat, že ustanovení není zcela vyhovující a je na něm pozorovatelné, že sport nebyl jeho primárním cílem. Problematických je hned několik základních znaků, které zákon kumulativně stanoví. Na druhou stranu je nepochybné, že sportovní aktivity jsou chráněny okolností vylučující protiprávnost dovoleného rizika. Nesmíme zapomínat, že pokud bychom shledali nemožnost aplikace § 31, stále existuje teorie sportovního rizika, jako samostatné okolnosti vylučující protiprávnost, která je v některých ohledech podobná § 31. Tato okolnost existuje jen v rovině odborné literatury, avšak běžně ve světě s ní pracuje i judikatura. Je zřejmé, že zákonodárce se snažil v této okolnosti zahrnout i tento druh rizika, což se však ukázalo být obtížným. Bylo by tedy na zvážení, zda by si tato okolnost nezasloužila samostatné ustanovení v TZ, které by zohlednilo specifika sportovního rizika. V tomto směru je nutné spatřovat úpravu § 31 jako nedostačující, avšak stále nejvhodnější ze všech v zákoně uvedených okolností vylučujících protiprávnost. Nedostatečná se jeví i pozornost, která se tomuto problému věnuje.

Je zřejmé, že společnost si trestněprávní odpovědnost vůbec nepřipouští, což se odráží i na minimu případů ze sportu, které řeší soudy civilní, natož pak soudy trestní. Je nutné zdůraznit, že trestní procesy v zahraničí, které proběhly, jsou vázány na spolupráci poškozeného. Poškození, kteří jsou rovněž profesionální sportovci, ale spolupracovat povětšinou nechtějí, jelikož se obávají přílišného zásahu trestního práva do jejich odvětví. I oni by pak v budoucnu mohli stanout před trestním soudem. Na samotné neintervenci trestního práva není nic špatného, avšak jako nedostatečné se jeví vysvětlení, kterým tuto neintervenci lze zdůvodnit. Opravdovým řešením by tak mohlo být zakotvení takové okolnosti vylučující protiprávnost, o které by nebylo pochyb, že je aplikovatelná ve sportu a zahrnuje případy, které nechceme kriminalizovat.

9 Hospodářské riziko

Když jsem mluvil o tom, že riziko je běžnou součástí lidského života a je podmínkou dosahování neustálého pokroku ve společnosti, totéž platí i v oblasti hospodářství. Při hospodářské činnosti riziko vystupuje jako běžná součást tržního prostředí. Je důležité, aby trestní právo nezastrašovalo subjekty od těchto rizik a nepůsobilo na ně demotivačně, a tím nepodvazovalo činnosti typické pro tržní ekonomiku, jelikož tím by fakticky narušovalo jednu ze základních svobod. V trestním právu uplatňujeme již mnohokrát zmíněnou zásadu ultima ratio, která umožňuje, aby před trestní odpovědností nastupovaly jiné formy právní odpovědnosti. Běžně jde v této oblasti o občanskoprávní a obchodněprávní odpovědnost. Zájem, který je v této oblasti převážně ohrožen, tedy ochrana majetku, je chráněn v Hlavě V TZ.

Rizikové jednání by mohlo vést k naplnění skutkových podstat např. tzv. úpadkových deliktů. Tedy je třeba mít na paměti, že jistou ochranu v těchto směrech poskytují i jiné mimotrestní předpisy jako je insolvenční zákon apod. Je tedy na místě zamyslet se nad tím, jakým způsobem chránit méně závažné případy před trestní odpovědností, jejíž nepřiměřená aplikace by měla pro společnost negativní dopady. Cílem by navíc nemělo být jen chránit, ale zároveň nabízet srozumitelný a předvídatelný postup, který by závazně a jasně sdělil subjektům, co mohou očekávat, a byl tím pádem v souladu s principem právní jistoty.

Nalézt institut, který by tyto problémy vyřešil, je možné v oblasti okolností vylučující protiprávnost. J. Kuchta k problému dodává: „*Pro zavedení institutu přípustného rizika v hospodářské oblasti, resp. pro vypuštění některých nedbalostních i úmyslných skutkových podstat, jako jsou např. trestné činy porušení předpisů pravidel hospodářské soutěže, z důvodů, že podvazují ekonomický růst, působí na podnikatele demotivačně, že by takto bylo postihováno každé rizikové jednání projevující se v poškození konkurenta, je i značná část podnikatelské obce.*“¹¹⁶ Možnost aplikovat přípustné riziko na hospodářskou oblast je stále novou a dosud nedořešenou otázkou.

¹¹⁶ FRYŠTÁK, Marek (ed.). *Nové jevy v hospodářské kriminalitě ve světle reformy trestního práva: sborník příspěvků z mezinárodní konference pořádané katedrou trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity dne 2. února 2011 v Brně the conference proceedings* [CD-ROM]. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2011. ISBN 9788021054936., st. 153

Samo ustanovení, které je obecně formulované, jeho aplikaci nevyklučuje, avšak praxe tento institut v tomto kontextu zatím neuzívá. Za jeden z důvodů můžeme paradoxně označit jeho obecnost, kdy právě vágnost pojmů může vést ke komplikacím. Pokud by pro jednotlivá rizika byly upraveny jednotlivé okolnosti vylučující protiprávnost, mohly by se vztahovat ke konkrétním problémům, a tudíž být použitelnější v praxi. Nicméně si lze položit otázku, zda úprava rizika je pro oblast hospodářství vůbec vhodná, což zpochybňuje německá právní úprava, jak J. Kuchta dokládá: „*Vždyť např. německá právní úprava ani trestněprávní nauka vůbec nezná institut přípustného rizika jako okolnost vylučující protiprávnost a používá ho jen okrajově v souvislosti s výkladem pojmu příčinné souvislosti...*“.¹¹⁷

9.1 Pojem hospodářského rizika a podnikatelské riziko

Pojem hospodářské riziko se v našem právním řádu objevil v zákoně č. 65/1965 Sb. (dřívější zákoník práce). Ten v § 178b odst. 2 stanovil, že *zaměstnanec neodpovídá za škodu, která vyplývá z hospodářského rizika*. Avšak tento pojem nebyl dále rozveden. M. Bělina dodává: „... jde zejména o škody a ztráty, které vzniknou nepatrným přehlédnutím nebo nepozorností a nepřesahují stanovené procento, a o škody způsobené při zkušební době.“¹¹⁸ Hospodářské riziko tak působilo jako okolnost vylučující protiprávnost v pracovním právu, avšak při vzniku nového Zákoníku práce se již tento institut znovu neobjevil.

Ani TZ nejen že hospodářské riziko nedefinuje, dokonce jej ani nezmiňuje, a tak nemůžeme podat zákonnou definici. J. Kuchta definuje hospodářské riziko následovně: „*Půjde patrně o rizika vznikající a uplatňující se při realizaci hospodářské činnosti ve společnosti, která jsou zdrojem ekonomických ztrát.*“¹¹⁹ Můžeme dokonce rozlišovat různé druhy hospodářských rizik např. výrobní, investiční či obchodní. Podnikatelské riziko musíme od přípustného či hospodářského rizika zjevně odlišit, jelikož zákon ho

¹¹⁷ PÚRY, František a Josef KUCHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. *Bulletin advokacie*. 2011, (9), 13-25., st. 18

¹¹⁸ BĚLINA, Miroslav. *Pracovní právo*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001. Beckovy právnické učebnice. ISBN 8071795216., st. 323

¹¹⁹ FRYŠTÁK, Marek (ed.). *Nové jevy v hospodářské kriminalitě ve světle reformy trestního práva: sborník příspěvků z mezinárodní konference pořádané katedrou trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity dne 2. února 2011 v Brně the conference proceedings* [CD-ROM]. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2011. ISBN 9788021054936., st. 158

výslovně zmiňuje v trestném činu způsobení úpadku § 224, kdy stanovuje: „*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...*“ F. Púry k tomu dodává: „... *každé podnikání je spojeno s určitou mírou rizika, jejíž přiměřenost závisí na mnoha okolnostech, počínaje oborem podnikání a konče zkušenostmi každého podnikatele. Pokud jde o hrubý nepoměr obchodu nebo operace k majetkovým poměrům pachatele...*“¹²⁰.

Dodejme, že jak přiměřenost podnikatelského, tak přípustného rizika je nutno posuzovat individuálně podle okolností případu. Nesmí dojít k absolutnímu smísení obou pojmů, jelikož problematiku přípustného rizika v hospodářské oblasti nelze zúžit jen na § 224 TZ. Máme řadu dalších trestných činů, kde bude nutné brát v potaz riziko jako okolnost relativní pro posuzování trestnosti. Pokud bychom však tyto pojmy smísili, došli bychom k poznání, že zákon výslovně zmiňuje riziko jen v § 224 TZ, a pokud by ho chtěl aplikovat jinde, výslovně by jej zmínil. TZ tak toleruje podnikatelské riziko, jelikož si uvědomuje jeho nezbytnost, avšak nečiní tak v rámci okolností vylučujících protiprávnost. Tato dvojkolejnost je trochu matoucí a v důvodové zprávě, komentáři ani jiné literatuře se s ní nedaří uspokojivě vypořádat. Měli bychom chápat podnikatelské riziko jako specifický pojem, vztahující se pouze na § 224 TZ a týkající se vysoce specifického problému.

9.2 Užití § 31 TZ v oblasti hospodářské

Abychom mohli vyhodnotit, zda lze použít přípustné riziko v hospodářské oblasti, musíme se podívat blíže na jednotlivé podmínky, které je nutné splnit v případě jeho aplikace. Platí, že pokud jediným subjektem, který byl rizikem poškozen, je ten, kdo riziko činí, není třeba tyto podmínky posuzovat, jelikož zde nebude docházet k narušení zájmů trestního práva. Avšak v současné době dochází častěji k případům, že rozhodnutí činí management, který nespravuje vlastní prostředky, ale prostředky akcionářů apod. Tyto případy týkající se kapitálových společností bude nutné posoudit i dle § 31 TZ.

¹²⁰ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákoník II: § 140 - § 421 komentář*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2010. ISBN 9788074001789., st. 2033

9.3 Společenský prospěch

§ 31 TZ může být použit pouze v případech, kdy je od počátku sledován společensky prospěšný cíl, který však nevylučuje prospěch individuální. Společensky prospěšné nebudou projekty, které směřují ku prospěchu úzké skupiny lidí. Již v úvodu jsem zmínil, že tato podmínka nevylučuje soupeření subjektů, které, pokud probíhá v souladu s jinými právními předpisy, může vést a běžně také vede ke společensky prospěšnému cíli. Projekty, které nesledovaly společenský prospěch, nejsou chráněné touto okolností. V hospodářské sféře však často dochází k problému, zda je tato podmínka splněna. Nesmíme zapomenout, že s vývojem společnosti se mění i okruh jí prospěšných činností. Zároveň se nelze spolehnout výhradně na ekonomický ukazatel věci, jelikož pro posuzování jsou zcela rovnocenně relevantní i jiné hodnoty. J. Kuchta dodává: „*Tyto faktory ani faktory z jiných oblastí činnosti spolu nemusí vždy ladit, mohou dokonce působit navzájem antagonisticky a při hodnocení různými subjekty jsou na ně různé názory...*“.¹²¹ Jako příklady zde uvádí vývoz zbraní do ciziny či budování atomových elektráren. V těchto situacích je nutné stanovit společenské priority a nezapomínat, že relevantní je situace v době učinění rozhodnutí, a tedy průběžná změna názoru na situaci tak není na závadu aplikaci institutu přípustného rizika.

9.4 Subsidiarita rizika

Platí pravidlo, že přednost má nerizikové jednání před rizikovým. Připomeňme však V: Kratochvíla, který píše: „*Pokud sice existuje neriziková cesta, vyžaduje však nepoměrně více nákladů a času než riziková, jeví se riziková cesta jako racionálnější a bude ji možno použít...*“.¹²² To má nepochybně význam právě v této problematice, kdy prodlení může znamenat ztrátu slibné příležitosti a promarnění šance na uskutečnění.

9.5 Vztah mezi ziskem a ztrátou

Tato podmínka má značný význam pro hospodářské riziko. Stanovit optimální míru rizika je vysoce obtížné, přesto v rámci hospodářské oblasti, kde se často poměřují

¹²¹ FRYŠTÁK, Marek (ed.). *Nové jevy v hospodářské kriminalitě ve světle reformy trestního práva: sborník příspěvků z mezinárodní konference pořádané katedrou trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity dne 2. února 2011 v Brně the conference proceedings* [CD-ROM]. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2011. ISBN 9788021054936., st. 160

¹²² KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822., odst. 1328

majetkové zisky a ztráty, představitelně měřitelné. Jak jsem již zmiňoval výše, nejde jen o poměření, která z hodnot je významnější, přičemž bereme v potaz, že zisk musí výrazně převyšovat možnou ztrátu, ale do hry zde vstupuje celá řada dalších faktorů. Tím druhým hlavním je pravděpodobnost úspěchu oproti pravděpodobnosti ztráty. Složitá komparace rizik je dnes předmětem analýz, které se snaží pomocí porovnávání jednotlivých podnikatelských projektů vytvořit ustálený systém matematických tabulek pro výpočet vhodnosti rizika. Žádná z těchto metod zatím jednoznačně neodpověděla na otázku, jak hodnotná která rizika jsou. Problém do značné míry řeší právní úprava, která nabízí relativně široké pole přiměřenosti pro realizaci rizik.

9.6 Vyloučení škod na životě a na zdraví

Pokud by mělo hospodářské riziko ohrozit život či zdraví jedinců, je nutné, aby byl udělen souhlas dle zvláštních předpisů. Právní řád nezná speciální způsob souhlasu pro hospodářská rizika, avšak vodítko zde může poskytnout zákoník práce, který obsahuje ustanovení o bezpečnosti práce, kde je upozorňováno na možná rizika a zaměstnanci jsou školeni za účelem jejich předcházení. Hlavní význam najdeme v případech zvláště nebezpečných provozů, které jsou vysoce užitečné, avšak zároveň vysoce nebezpečné pro zdraví subjektů. Problémem není, pokud jsou poškozeny osoby, které souhlas učinily, avšak nastává v případě, kdy provoz ohrožuje neurčitý okruh osob, který explicitní souhlas neudělily (v některých případech mohly dokonce dát najevo explicitní nesouhlas). Příkladem může být problematika atomových elektráren a jejich případných havárií. Je otázkou, jestli by v takových situacích mohl § 31 TZ obstat.

9.7 Optimální informovanost a postup lege artis

K této podmínce je s ohledem na hospodářskou oblast nutné zdůraznit několik specifik. Tato podmínka rozhodně neznamená zjistit všechny související informace, jelikož některé jsou pro daný subjekt nezískatelné či získatelné s velkými obtížemi, přičemž navíc nelze ani znalost všech dostupných informací po subjektu požadovat. J. Kuchta píše: „*Velké množství nepodstatných informací, jež nyní není obtížné získat při současném stavu počítačové techniky, může vést až ke zkreslení skutečného výchozího*

stavu a zastření podstaty rizik.“¹²³ Nehledě na to, že čas strávený shromažďováním informací by mohl zhatit celý projekt. To je nutné při posuzování situace brát v úvahu. Co se týče pojmu lege artis, jednotlivé postupy nelze stanovit právními normami, výjimkami jsou technické normy, které by mohly poukázat na zjevnou nedbalost subjektu. Ani tyto technické normy však nelze brát absolutně, jelikož i ony se mohou stát překonanými a neaktualizovanými a v takovém případě je nutné dát přednost postupu zvolenému subjektem. Vodítkem k tomu, jak principiálně jednat, by mohl být pojem péče řádného hospodáře, který se jako neurčitý právní pojem pokusil vymezit pro účely obchodních korporací Zákon o obchodních korporacích v § 51 odst. 1 „*Pečlivě a s potřebnými znalostmi jedná ten, kdo mohl při podnikatelském rozhodování v dobré víře rozumně předpokládat, že jedná informovaně a v obhajitelném zájmu obchodní korporace; to neplatí, pokud takovéto rozhodování nebylo učiněno s nezbytnou loajalitou.*“

9.8 Subjekt

§ 31 TZ vyžaduje, aby jednání bylo činěno specifickým subjektem. Tento požadavek je logický a zapadá do kontextu dalších podmínek. Subjektem tedy budou lidé, kterým bylo vyhrazeno specifické rozhodování v rámci postavení či zaměstnání. Výjimečně by oprávněným subjektem mohl být i nižší pracovník, který má dostatek informací a rozhodnutí nemůže pro danou situaci učinit někdo jiný. To potvrzuje i J. Kuchta: „... oprávnění k rizikovým rozhodnutím zejména odborníci na vyšších stupních řízení, není však vyloučeno, aby zejména v případech, které nesnesou odklad, rozhodl pracovník i v rámci svého byť nižšího postavení, pokud má k tomu základní informace. I zde by šlo o určité jeho postavení...“¹²⁴. Kromě pracovníků je tímto specifickým subjektem podnikatel ve svém širokém pojetí. Námítka, že takový rozsah je neúměrně široký, není ve skutečnosti relevantní. Je nutné si uvědomit, že se vztahuje pouze na jednání v rámci jeho podnikatelské činnosti. Podnikatele je nutné vnímat jako odborníky ve své oblasti podnikání. Toto potvrzuje i zákon 89/2012 občanský zákoník v

¹²³ PÚRY, František a Josef KUČHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. *Bulletin advokacie*. 2011, (9), 13-25., st. 21

¹²⁴ FRYŠTÁK, Marek (ed.). *Nové jevy v hospodářské kriminalitě ve světle reformy trestního práva: sborník příspěvků z mezinárodní konference pořádané katedrou trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity dne 2. února 2011 v Brně the conference proceedings* [CD-ROM]. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2011. ISBN 9788021054936., st. 164

§ 5 odst. 1, kde stojí „*Kdo se veřejně nebo ve styku s jinou osobou 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. Jedná-li bez této odborné péče, jde to k jeho tíži.*“ Není proto jediný důvod, proč nezahrnovat například instalátéra jako subjekt v určitých případech speciální, když u obchodníka s cennými papíry by o tom nikdo nepochyboval.

9.9 Soulad s požadavky právních norem

Tento zákonný požadavek vychází z logického hlediska, že se nelze dovolávat ustanovení, pokud dochází k porušení právních norem. Tím spíše, že v oblasti hospodářské dochází k aplikaci individuálních či skupinových zájmů. Zákon se v tomto ohledu velmi striktně vymezuje, avšak v zájmu použitelnosti institutu by bylo vhodné, aby výklad ustanovení byl extenzivní. V případě rizikového chování bychom často mohli dojít k závěru, že subjekt svým chováním porušil obecně formulované povinnosti, jako je např. obecná prevenční povinnost. Pokud bychom i v těchto případech chtěli omezovat subjektům rizikové chování, využitelnost institutu by značně poklesla. J. Kuchta by rovněž viděl možnost aplikace přípustného rizika v případě rozporu s předpisy, které ztratily své technické i společenské uplatnění, jsou zastaralé a nestihly reagovat na rychlejší vývoj v hospodářské oblasti.¹²⁵ V některých případech může být vodítkem skutečnost, že předpisy s jistou mírou rizika počítají. Jako příklad bych uvedl předpisy upravující činnost zvláště nebezpečných zařízení.

9.10 Použitelnost přípustného rizika v právní praxi

Institut je ve státu, kdy aplikace v hospodářské problematice je možná, ale vzhledem k jeho obecným formulacím, které zcela neřeší specifika hospodářského riskování, nenachází v praxi přílišné uplatnění. V rámci předchozích podkapitol si můžeme všimnout, že pro některé podmínky je nutné užít extenzivní výklad, jinak by se přípustné riziko stalo zcela nevhodným pro řešení této problematiky. To však skýtá řadu nepříjemností a orgány činné v trestním řízení raději volí jiné varianty, jak riziko

¹²⁵ FRYŠTÁK, Marek (ed.). *Nové jevy v hospodářské kriminalitě ve světle reformy trestního práva: sborník příspěvků z mezinárodní konference pořádané katedrou trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity dne 2. února 2011 v Brně the conference proceedings* [CD-ROM]. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2011. ISBN 9788021054936., st. 165

zohlednit. V praxi se tak argumentace ubírá jiným směrem. Z tohoto pohledu je přípustné riziko další možnou argumentací, kterou lze zvolit při posuzování jednotlivých případů. Není příliš pravděpodobné tak, že by přípustné riziko bylo v hospodářské oblasti příliš používané, jelikož jeho potřeba v této oblasti nebyla natolik zásadní a orgány činné v trestním řízení zejména soudy zřejmě nebudou mít důvod přizpůsobovat ustálenou argumentaci tomuto novému institutu. To zřejmě bude podporovat i fakt, že při tvorbě přípustného rizika zřejmě nebylo speciálně myšleno na možnost užití v hospodářství, jelikož úprava v tomto směru trpí nedostatky a nejasnostmi. Přílišné pozornosti se institutu pro tyto případy nedostává ani v rámci odborné právní veřejnosti, a tak zřejmě využití přípustného rizika bude minimální.

10 Závěr

Ve své diplomové práci jsem se věnoval problematice rizika a jeho možnosti uplatnění jako okolnosti vylučující protiprávnost v trestním právu. Z tohoto hlediska jsem se výrazně zaměřil na institut obsažený v § 31 TZ přípustné riziko. Práce se však neomezuje pouze na § 31 TZ. Zabývám se vývojem smýšlení o riziku v trestním právu a alternativami k § 31 TZ, které můžeme v právních předpisech naléznout.

Zavedení přípustného rizika do zákona vyplnilo dlouhodobý nedostatek této teoreticky existující okolnosti vylučující protiprávnost. Její vymezení tak je nepochybně krokem vpřed, který vede ke zvýšení právní jistoty a reaguje na společenskou poptávku. Je také příslibem toho, že v budoucnu mu bude věnována větší pozornost právnické veřejnosti. Riziková jednání jsou od věků nutná k pokroku společnosti a dnešní složitá doba tomu není výjimkou. I v dobách neexistence této okolnosti a před jejím teoretickým zakotvením bylo riziko v některých odvětvích mlčky tolerováno a uznáváno. Zavedení přípustného rizika tak nejen umožňuje činit rizikové jednání, ale zároveň je omezením, které zcela správně a jasně dává najevo, že bezbřehé a bezúčelné riskování nemá oporu v právním řádu. Ustanovení tedy nejen nabízí ochranu osobám riziko podstupujícím, ale zároveň rozptyluje obavy osob poškozených rizikovým jednáním, když stanovuje zákonné pozitivní i negativní podmínky pro aplikaci přípustného rizika.

§ 31 TZ zaštiťuje různé druhy rizikového jednání. K omezení oblasti, na které se přípustné riziko může vztahovat, nedošlo. Každé rizikové jednání tak, pokud splní zákonné podmínky, může být kryto tímto rizikem bez ohledu na odvětví, pod které činnost spadá. Tím si zákonodárce stanovil nepochybně nelehkou úlohu, jelikož se musel pokusit formulovat podmínky dostatečně obecné, aby mohly takto širokou škálu rizik pokrýt. Definice § 31 TZ tak obsahuje několik neurčitých právních pojmů. K tomu ještě nalezneme jeden důležitý důvod, a to možnost aplikace na konkrétní případy a zohlednění konkrétních okolností případu. Díky tomuto stavu se však doslovný výklad § 31 TZ jeví jako nevhodný na některé oblasti, pro něž byl i dle důvodové zprávy cílen, např. oblast sportu, ale i hospodářství. Vysoká obecnost, která měla zřejmě zvýšit použitelnost institutu napříč odvětvími, tak paradoxně vede zřejmě k menší

aplikovatelnosti v praxi. Orgány činné v trestním řízení zřejmě nebudou tolik ochotny k práci s § 31 TZ, jehož výklad nabízí řadu obtíží a komplikací. I když tedy v řadě případů je riziko zohledňováno přímo, o § 31 TZ se nemluví.

Přípustné riziko však nepochybně zůstává v oblasti zdravotnické a výzkumu ve zdravotnictví i výzkumu obecně. Tento stav tak potvrzuje původní záměry, kdy se otázka rizika a jeho úpravy začala skloňovat zejména s otázkou vědy a výzkumu. Na tomto poli tak působí úprava velmi zdařile. Praktických možností vyzkoušet tuto okolnost v praxi na poli vědy není mnoho a to ani ve světě. I když rizika vědeckého výzkumu mohou být velká, naštěstí k nim zpravidla nedochází, což však není argument pro nepotřebnost institutu, ba právě naopak. Cílem institutu je, aby projekty způsobující pokrok mohly beze strachu z trestního postihu pokračovat. Malý výskyt problémů, které jsou s rizikem spojeny, je jen důkazem, že takováto rizika byla postupována správně. Tato úprava slouží do jisté míry jako podpora těchto jednání.

Přípustné riziko, které tak je první rizikovou okolností vylučující protiprávnost v trestním právu u nás, představuje velký krok vpřed, jelikož umožňuje právně argumentačně obstát v potřebných situacích, kdy nechceme kriminalizovat pozitivní riziková jednání. Tato novinka má velký potenciál rozšíření a vylepšení, a to jak v aplikaci, tak v zdokonalení samotného institutu. Institut by mohl být také výzvou pro právnickou obec, která tématu rizika po celé století nevěnovala přílišnou pozornost. Přínos pro vědu a výzkum je nezpochybnitelný, a jak se ukazuje, velice solidně může institut působit v oblasti sportu. Na uvážení do budoucna pro zákonodárce by tak mohlo být, zda nevytvořit dva rizikové instituty okolností vylučující protiprávnost, které by umožnily být konkrétnější a lépe vystihnou specifika oblastí, na které by se vztahovaly.

11 Seznam literatury

Knižní zdroje

BĚLINA, Miroslav. Pracovní právo. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2001. Beckovy právnické učebnice. ISBN 8071795216.

ČÍSAŘOVÁ, Dagmar a Olga SOVOVÁ. Trestní právo a zdravotnictví. 2., upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2000, 183 s. Studijní texty (Orac). ISBN 8086199754.

COUFALOVÁ, Bronislava, Jan PINKAVA a Veronika POCHYLÁ. Trestněprávní odpovědnost ve sportu. Praha: Leges, 2014. Teoretik. ISBN 9788087576885.

COX, Neville, Alex SCHUSTER a Cathryn COSTELLO. *Sport and the Law*. 1. Dublin: First Law, 2004.

ČIČ, Milan. Trestní právo hmotné. 1. Praha: Panorama, 1984, 240 s.

DRAŠTÍK, Antonín. Trestní zákoník: komentář. Vydání první. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 2 svazky – svazek 1. Komentáře (Wolters Kluwer ČR). ISBN 9788074787904.

GARDINER, Simon, John O'LEARY, Roger WELCH, Simon BOYES a Urvasi NAIDOO. *Sports Law*. 4. Routledge, 2012. ISBN 9780415591843.

FRYŠTÁK, Marek (ed.). Nové jevy v hospodářské kriminalitě ve světle reformy trestního práva: sborník příspěvků z mezinárodní konference pořádané katedrou trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity dne 2. února 2011 v Brně : the conference proceedings [CD-ROM]. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2011. ISBN 9788021054936.

HAJN, Petr. Jak uzavírat hospodářské smlouvy. 2., přeprac. vyd. Praha: Orbis, 1973. Praktické příručky (Orbis).

JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 3. vyd. Praha: Leges, 2013, 968 s. Student (Leges). ISBN 9788087576649.

JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 4. vyd. Praha: Leges, 2014, 976 s. Student (Leges). ISBN 9788075020444.

Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky: sborník příspěvků z mezinárodní konference konané dne 17. 4. 2000 na Ministerstvu spravedlnosti ČR v Praze. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000, 256 s. ISBN 8021024690.

KRATOCHVÍL, Vladimír. Trestní právo hmotné: obecná část. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xl, 921 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788071790822.

KUCHTA, Josef. Riziko v pojetí kriminologickém a juristickém. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 168 s. ISBN 8021016825.

KUKLÍK, Jan, Pavel HAMERNÍK, Martin SUP, et al. Sportovní právo. Praha: Auditorium, 2012. ISBN 9788087284285.

LEWIS, Adam a Jonathan TAYLOR. *Sport: Law and Practice*. 3. Bloomsbury Professional, 2014. ISBN 9781780431130.

MACH, Jan. Medicína a právo. Vyd. 1. V Praze: C. H. Beck, 2006, xiii, 257 s. Beckova edice ABC. ISBN 807179810x.

MÍŘIČKA, August. O formách trestné viny a jich úpravě zákonné. V Praze, 1902.

MUNZAROVÁ, Marta. Lékařský výzkum a etika. Vyd. 1. Praha: Grada, 2005, 120 s. ISBN 8024709244.

Naučný slovník zemědělský / díl 8. 1. vyd. Praha: SZN, 1981, 626 s., bar. obr. příl.

NOVOTNÝ, Oto, Tomáš GRIVNA, Pavel ŠÁMAL a Rudolf VOKOUN. Trestní právo hmotné. 5. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012, 4 sv. ISBN 9788073575090.

Ottův slovník naučný ilustrovaná encyklopedie obecných vědomostí / díl dvacátý prvý. Praha: J. Otto, 1904.

SKŘEJPEK, Michal, Prameny římského práva: *Fontes iuris romani*. Vyd. 2., (jako Prameny římského práva - *Fontes iuris romani* vydání 1.). Praha: LexisNexis, 2004, 375 s. Focus. ISBN 8086199894.

SOLNAŘ, Vladimír. Systém českého trestního práva. Vyd. 1. Praha: Novatrix, 2009, 157, 502, 283 s. ISBN 9788025440339.

SOLNAŘ, Vladimír. Základy trestní odpovědnosti. 1. vyd. Praha: Academia, 1972, 367 s. Systém československého trestního práva.

ŠÁMAL, Pavel. Trestní právo hmotné. 7., přeprac. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2014, 1040 s. ISBN 9788074786167.

ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník II: § 140 - § 421 komentář. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2010. ISBN 9788074001789.

ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník: komentář. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074004285.

ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník: komentář. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 2 sv. Velké komentáře. ISBN 9788074001093.

ŠTĚPÁN, Jaromír. Právo a moderní lékařství. 1. vyd. Praha: Panorama, 1989, 347 s. Praktické příručky (Panorama). ISBN 8070380683.

TĚŠINOVÁ, Jolana, Roman ŽDÁREK a Radek POLICAR. Medicínské právo. Vyd. 1. V Praze: C. H. Beck, 2011. Beckovy mezioborové učebnice. ISBN 9788074000508.

Zdravotnictví a právo: komentované předpisy. 2., rozš. a dopl. vyd. Praha: LexisNexis CZ, 2005, 455 s. Digesta (LexisNexis CZ). ISBN 8086920127.

Časopisecké články

CIBULKA, Karel. O některých otázkách trestního postihu ve zdravotnictví. Trestněprávní revue. Praha: C. H. Beck, 2012, 9(3), 69 - 76.

DOLEŽEL, Adam. Je účast na vědeckém výzkumu naší morální povinností? Časopis zdravotnického práva a bioetiky. 2011, 1(2), 1 - 11. ISSN 1804-8137.

EVANS, H. M.,(2003) SHOULD PATIENTS BE ALLOWED TO VETO THEIR PARTICIPATION IN CLINICAL RESEARCH?, J Med Ethics 2004;30: s. 198-203. doi: 10.1136/jme.2003.002444.

HARRIS, J. (2005), SCIENTIFIC RESEARCH IS A MORAL DUTY, J Med Ethics 2005 31: s. 242-248. doi: 10.1136/jme.2005.011973.

KLAPAL, Vít. Negativní skutkový omyl o okolnostech vylučujících protiprávnost. Trestněprávní revue. 2012, (5).

KOCINA, Jan. Přípustné riziko ve sportu. Bulletin advokacie. 2016, (1-2), 28.

KRÁLÍK, Michal. Komparativní pohled soudobé právní doktríny a soudní praxe na právní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy (vybrané otázky). Bulletin advokacie. 2006, (9).

KRÁLÍK, Michal. Legislativní a judikatorní východiska trestněprávní odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy. Trestněprávní revue. 2006, (8).

KRÁLÍK, Michal. Několik poznámek k právní odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy. Právní rozhledy. 2006, (15).

KRÁLÍK, Michal. Sportovní legislativa a její význam v současném právním světě. Právní rozhledy. 2001, (1), 23 a násl.

KUČERA, Pavel a Michal PTÁČEK. Několik poznámek k trestní odpovědnosti ve sportu. Trestní právo. 2009, (1), 3 - 6.

KUCHTA, Josef. Několik poznámek k postavení a formulaci okolností vylučujících protiprávnost v připravované rekodifikaci trestního zákona. Trestněprávní revue. Praha: C. H. Beck, 2003, 2 (2).

PÚRY, František a Josef KUCHTA. Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. Bulletin advokacie. 2011, (9), 13-25.

ZÍMOVÁ, Pavlína. Etika v lékařském výzkumu za účasti lidských subjektů z pohledu lékařského a filozofického. Časopis zdravotnického práva a bioetiky. 2011, (3), 80 - 93. ISSN 1804-8137.

Prameny práva

Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů.

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

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

Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 117/1852 ř. z., zákon trestní o zločinech, přečinech a přestupcích, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně č. 96/2001 Sb. m. s.

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

Zákona č. 20/1966 Sb., o péči a zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 95/ 2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení, insolvenční zákon, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

Internetové zdroje

<http://slovník-cizich-slov.abz.cz/web.php/slovo/riziko-risiko>

<http://pravniradce.ihned.cz/c1-42774960-lege-artis-znamy-pojem-neznameho-obsahu>

<http://www.epravo.cz/vyhledavani-aspi/?Id=17&Section=1&IdPara=1&ParaC=2>

http://www.clk.cz/oldweb/zakpred/Uml096-2001_EtikaBiomed.html

<https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrqga4v6nbql5shuldmey2ma>

Judikatura

Tpjn 301/2012

7 Tdo 219/2005

6 Tdo 272/2008

3 Tdo 1355/2006

25 Cdo 1960/2002

25 CDO 493/2015

IV.US 3653/11

12 Abstrakt

Tématem této práce je dovolené riziko. Jde o vliv rizika jako možné okolnosti vylučující protiprávnost. Český právní řád zná okolnost vylučující protiprávnost přípustné riziko, na kterou je zaměřena značná pozornost v této práci.

Zpočátku se věnuji vymezení okolností vylučujících protiprávnost ve snaze srovnat specifika institutu přípustného rizika. Stručně se věnuje základním trestněprávním otázkám, které souvisí s tématem, včetně pojetí trestného činu či omylům v okolnostech vylučujících protiprávnost. Další kapitoly se zabývají zákonným a obecným vymezením přípustného rizika a historickým vývojem této problematiky v našem právním prostředí včetně práce Augusta Mířičky, zřejmě vůbec prvního domácího právníka, který se otázkou zabývá. Již v těchto kapitolách se nastiňují otázky, které vyplývají ze zákonného zakotvení přípustného rizika, které jsou dále rozvedeny ve speciálních kapitolách pro jednotlivá odvětví.

Zákonodárce okruh odvětví nijak výslovně neomezil. Na každé odvětví, pokud splní podmínky dané v zákoně, může být aplikováno přípustné riziko. Práce se zaměřuje na oblasti, ve kterých má riziko prokazatelné potenciální uplatnění, avšak rozhodně tím okruh odvětví nemusí být zcela vyčerpán. Hodnotím také vhodnost úpravy přípustného rizika v jednotlivých oblastech. V kapitolách se tak práce zaměřuje na oblast zdravotnictví, sportu a hospodářství. Ve všech těchto kapitolách jsou rozebrány jednotlivé zákonné pozitivní i negativní podmínky, které je nutné splnit. Ve zdravotnické oblasti se v podkapitolách věnuji jak možnosti použití v lékařských zákrocích, tak i užití v lékařské vědě. V případě sportovního odvětví se práce neomezuje jen na riziko, ale dává ho do kontextu s dalšími teoriemi vyloučení protiprávnosti ve sportu.

Docházím k závěru, že institut je velmi prospěšný a že jako relativní novinka v právním řádu má velkou perspektivu. Velmi cenné a účinné může být využití institutu v oblasti vědy. V našem právním prostředí se úspěšně uchytil zejména ve zdravotnictví.

Klíčová slova

Okolnosti vylučují protiprávnost, dovolené riziko, riziko

13 Abstract

The topic of this diploma thesis is allowable risk and its impact as a potential circumstance excluding liability. Czech law system takes into account tolerable risk as a circumstance excluding liability which this thesis is substantially focused on.

At the beginning of the thesis circumstances excluding liability are defined in order to compare specifics of the tolerable risk institute. Briefly it analyzes some basic criminal law questions related to the thesis subject including concept of crime or errors in circumstances excluding liability. Next chapters deal with legal and general definition of tolerable risk and historical development of this issue in our law environment, including work of August Mířička, probably the first Czech lawyer addressing this issue. Further questions are suggested in these chapters. These questions are derived from legal status of tolerable risk and are thoroughly discussed in separate chapters for each sector.

Legislator did not restrict sectors of usage explicitly. If conditions stated in the criminal code are fulfilled, tolerable risk can be always used. Although the thesis focuses on sectors in which risk has been proven usable, potential list of fields of application is not totally exhausting. I also evaluate suitability of the definition of tolerable risk in different sectors. My thesis contains chapters about health, sport and economy. In these, positive and negative law conditions, which necessarily have to be fulfilled, are confronted. I also write about possibilities in using tolerable risk in healthcare and health science in specific subchapters. Concerning the sport field, the thesis content is not limited to the tolerable risk issue only but moreover it provides context to other theories of circumstances excluding liability in sport.

It can be concluded that the tolerable risk is generally beneficial and relatively modern institute with great perspective. Its usage can be very valuable and effective in a field of science. In our law environment, it became successfully utilized especially in health care issues.

Keywords

circumstances excluding liability, allowable risk, risk