

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta – katedra trestního práva

Posudek oponenta diplomové práce

Jméno diplomanta: **Pavel Raček**

Téma práce: **Zásada subsidiarity trestní represe**

Rozsah práce: 111 stran (10 stran – literatura a resumé)

Datum odevzdání práce: 5. 9. 2011

1. Aktuálnost tématu

Diplomovou práci studenta 5. ročníku Právnické fakulty UK v Praze Pavla Račka, která je věnována zásadě subsidiarity trestní represe, považují za velmi aktuální, a to s přihlédnutím k nedávno přijaté nové kodifikaci trestního práva hmotného, která tuto zásadu upravuje v § 12 odst. 2 tr. zákoníku. Autor se touto úpravou zabývá a její analýza a posouzení tvoří podstatnou část předložené práce, byť nikoli v takovém rozsahu, jak by si zasloužila (viz dále). Správně však v této úpravě autor nespátřuje hlavní motiv zpracování své práce, neboť ten hledá ve vztahu uvedené zásady k tzv. legislativním optimismu zákonodárce, podle něhož je trestní právo nejlepším prostředkem k dosažení „žádaného“ cíle, v rámci kterého dochází k častým legislativním návrhům jednotlivých poslanců či jejich skupin, k nárůstu předčasně dokonaných či abstraktně ohrožovacích deliktů a někdy i kuriózních poruchových deliktů (např. „sprejerství“). Správně autor odhaluje, že k vzrůstající kriminalizaci přispívá i právo Evropské unie.

2. Náročnost tématu

Zvolené téma je pro diplomovou práci poměrně náročné vzhledem k rozsahu a složitosti problematiky jednotlivých aspektů zásady subsidiarity trestní represe, jejíž obsah i právní závaznost nejsou vždy jednoznačné, a také s přihlédnutím k tomu, že judikatura ohledně těchto otázek, a to jak Nejvyššího soudu, tak zejména Ústavního soudu, jakož i Evropského soudu pro lidská práva (dále jen ESLP), je poměrně rozsáhlá a stále se vyvíjí.

Hlavní metodou zpracování posuzované diplomové práce je analýza právní úpravy ve světle literárních pramenů a judikatury. V práci byla zčásti využita i komparativní metoda ve vztahu k německé nauce (viz např. výklad o teorii právem chráněných hodnot na str. 33 až 51). Na základě těchto partií je třeba konstatovat, že autor prokázal velmi dobrou schopnost práce s cizojazyčnými texty (seznam pramenů obsahuje velké množství německy psané literatury a jeden pramen z polské literatury – *Gardocky, L. Subsidiarność ...*).

3. Hodnocení způsobu zpracování tématu

Po stručném úvodu a obecných otázkách vztahujících se k základním pojmům dokazování a základním zásadám dokazování se diplomant věnoval problematice zásady

subsidiarity trestní represe v obecné rovině, přičemž na základě shromážděné literatury a judikatury poukázal na rozhodné otázky a s tím spojené problémy vztahující se zejména k poměru této zásady k zásadě proporcionality mající ústavní rozměr a konstatoval, že z tohoto hlediska se mu jeví definice v § 2 slovinského trestního zákoníku přesnější.

Aniž bych chtěl popírat svobodu názoru autora na konečný závěr, jeví se mi jím uváděná nejasnost vztahu zásad proporcionality ve výkladu podávaném Ústavním soudem a subsidiarity trestní represe vymezené v trestním zákoníku nedostatečně odůvodněná (jím tvrzená „nedostatečnost“ není rozvedena do té míry, aby bylo jasné v čem spočívá), zvláště když ani z judikatury Ústavního soudu nevyplývá, že by tyto zásady měly být stavěny proti sobě nebo nezávisle vedle sebe, neboť Ústavní soud tyto zásady, a to i v nálezech autorem v práci citovaných, propojuje (viz slova „... jen důsledně respektování principu ultima ratio ... zaručuje, že takové omezení bude možno ještě považovat za proporcionalní s účelem sledovaným trestním řízením ...“). Troufám si tvrdit, že už vzhledem k závaznosti nálezů Ústavního soudu pro obecné soudy budou soudy stejně postupovat v judikatuře při výkladu ustanovení § 12 odst. 2 tr. zákoníku, a to i v návaznosti na účel trestního řízení zdůrazňovaný v souvislosti se zásadou proporcionality Ústavním soudem. Z těchto důvodů se domnívám, že autor dostatečně nepochopil vztah těchto dvou zásad, což se projevuje i např. na str. 45 až 46 při hodnocení nálezu německého Ústavního soudu o kriminalizaci incestu, a to přesto, že jinak mají námitky tam uvedené autorem vůči tomuto nálezu nepochybně své opodstatnění).

Podstatnějším nedostatkem však je, že diplomant se blíže nezabývá, a to ani v rozsahu Komentáře k trestnímu zákoníku (*Šámal, P. a kol.*) výkladem ustanovení § 12 odst. 2 tr. zákoníku, zejména vztahem pojmu společenské škodlivosti k principu ultima ratio, přičemž lze samozřejmě v rámci zásady subsidiarity trestní represe použít společenskou škodlivost i bez vztahu k principu ultima ratio (srov. *Šámal, P.* K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5. s. 129 až 134). Pojednání je v této kapitole s přihlédnutím k složitosti řešených otázek relativně stručné a v důsledku toho nepodává ani výklad zmiňovaného ustanovení § 2 slovinského trestního zákoníku, které je podle mého názoru formulováno spíše pro zákonodárce a příp. pro ukládání trestů (viz slova „Definování trestných činů a ukládání trestů ...“), a proto dostatečně nevymezuje spodní hranici trestní odpovědnosti, na kterou se naopak zaměřuje definice v § 12 odst. 2 tr. zákoníku, což je její základní přínos, neboť je formulována z hlediska aplikační praxe a snaží se z tohoto důvodu o stanovení kritérií k řešení této otázky – viz pojem společenské škodlivosti a formulování principu „ultima ratio“. Naproti tomu slovinská definice, která v důsledku své obecnosti podle mého názoru neřeší poměr shora uvedených zásad subsidiarity a proporcionality, ani nestanoví žádná kritéria pro vymezení pojmu „nemůže být zajištěna jinak“, a navíc klade přílišný důraz na objekt trestných činů, což nakonec činí i autor ve své práci (viz např. str. 14, 39 až 40 atd.). Nedostatečný akcent autora diplomové práce na tyto okolnosti se pak projevuje i v závěrech práce.

V další části se autor zabývá konkrétním rozbořem kritérií společenské škodlivosti podle § 39 odst. 2 tr. zákoníku, kde podává přehled názorů obsažených v literatuře a judikatuře, byť někdy nikoli zcela přesně rozlišuje mezi následkem jako porušením objektu a účinkem jako porušením předmětu útoku (např. na str. 18 – uvedená věta „Konkrétní význam dotčeného zájmu tak, jak je demonstrován v citovaném komentáři, může být totiž obtížné nalézt u abstraktně ohrožovacích deliktů, které postrádají předmět útoku, z jehož množství, hodnoty atd. by se konkrétní význam dovozoval.“). Být nepopírám určitou souvislost následku s účinkem, nelze takto tyto pojmy zaměňovat, neboť „... z množství, hodnoty atd. ...“ nelze zkratkovitě dovozovat význam zasažení objektu, ale spíše rozsah či míru zasažení předmětu útoku, tedy účinek a nikoli následek, navíc zde jde o „význam objektu“, a nikoliv jak se zřejmě domnívá autor o míru jeho zasažení, která se projevuje v následku. Podobné

nepřesnosti jsou i v dalších částech práce (např. na str. 20 autor uvádí, že v § 3 odst. 4 tr. zákona /č. 141/1961 Sb./ měla být „definice stupně společenské nebezpečnosti“, což samozřejmě není pravda, neboť v tomto ustanovení byla uvedena jen kritéria pro stanovení jeho stupně; stupeň „nepatrný“ byl uveden /nikoli definován/ v § 3 odst. 2 tr. zákona) Takovýto přístup činí úvahy autora v některých směrech nikoli dostatečně jasné, a lze říci i nepřehledné, což je však samozřejmě dáno i složitostí problematiky. Nejasná je také poměrně častá kritika definic pojmů v trestním zákoně kladením otázek (např. str. 18, 19, 20 atd.), u kterých není zřejmé, co tím autor sleduje. Aniž bych chtěl popírat nutnost co nejpřesnějších definic, není možné přehlížet úlohu praxe, zejména soudů při interpretaci těchto tzv. výkladových ustanovení, což nelze považovat za „přepisování vůle zákonodárce“ jak uvádí autor na str. 19, ale za legitimní roli judikatury. Diplomová práce by neměla otázky klást, ale spíše se na ně snažit odpovědět. Naproti tomu v zásadě dobře je v této kapitole vymezen vztah formální či materiální definice trestného činu a formálního nebo materiálního pojetí trestného činu a rovněž kritika materiálního pojetí trestného činu v dřívějším tr. zákoně (str. 26 až 32).

Velmi dobrá je kapitola třetí, kde se diplomant zejména na základě německé nauky a některých nálezů německého Ústavního soudu nejprve zabývá teorií právem chráněných hodnot (Rechtsgutstheorie). Úroveň je však poněkud snižována tím, že určité otázky jsou pojednány bez hlubšího analytického přístupu (viz např. tvrzení na str. 39, že český zákonodárce se problémem objektu soulože mezi příbuznými nezabýval, kde vychází jen z důvodové zprávy, ač jsou v literatuře i prameny jiné, viz např. *Šámal, P. Osnova trestního zákoníku 2004 – 2006*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 188). Podobné rozpaky je třeba vyjádřit nad jednoznačným odsouzením skutkové podstaty šíření pornografie podle § 191 tr. zákoníku slovy „... z hlediska teorie právem chráněných zájmů je však bezbřehá trestnost jednání, které popisuje skutková podstata § 191 odst. 1 nepřijatelná.“, zvláště když se autor jejímu znění z hlediska jednotlivých znaků, které snad mají onu „bezbřehou trestnost“ dovolovat, v práci vůbec nevěnuje. Autor se nezabývá tím, že je zde postihováno jen šíření tzv. tvrdé pornografie, přičemž podle uznávané literatury jde o zájem na ochraně mravopoctnosti dospělých před útoky (obtěžováním) tzv. tvrdou pornografií a také zájem na ochraně mravního rozvoje a výchovy mládeže v současné euro-americké společnosti, která je snad stále ještě založena na křesťanských základech (srov. *Novotný, O., Vokoun, R. Šámal, P. a kol. Trestní právo hmotné. 2. Zvláštní část*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 128 až 129). Rovněž tak se nezabývá ani mezinárodními smlouvami, které upravují tuto oblast, ani výrobou a distribucí této pornografie a postižením lidí, kteří se na ní podílejí atd. Tato příkrá odsouzení bez bližší analýzy podstatně snižují úroveň jinak kvalitní práce. Myslím si, že i u této skutkové podstaty platí to, co autor uvádí dále, že nelze většinovou populaci nutit k diskriminaci ze strany deviantních osob, a to z hlediska mírového a svobodného spoluzití. K tomu je třeba zdůraznit, že „tvrdost odsouzení“ bez bližšího a podrobnějšího rozboru podle mého názoru nesvědčí kvalitní vědecké práci.

Zajímavé jsou také kapitoly čtvrtá, která podává výklad abstraktně ohrožovacích deliktů z hlediska zásady subsidiarity trestní represe, a to jak v teorii, tak i v judikatuře, dále pátá věnovaná subsidiaritě ve vztahu k soukromoprávním prostředkům, jakož i šestá o subsidiaritě trestního práva k správnímu právu. Při hodnocení německé teorie restriktivního výkladu abstraktně ohrožovacích deliktů je zejména zajímavé autorem uváděné spojení „principu viny“ a „kritéria společenské škodlivosti“ (str. 56), které však podle mého názoru jde nad rámec německého učení o vině uplatňovaného v rámci teorie o trestněprávním přičítání, neboli „systému trestného činu“, který se podle obecného učení skládá ze tří komponentů: „skutková podstata“ („Tatbestand“), „protiprávnost“ („Rechtswidrigkeit“) a „vina“ („Schuld“), kdy trestný čin je dán jen tehdy, jestliže byla naplněna zákonná skutková podstata, pachatel jednal protiprávně (tzn. že se nemůže odvolávat na nějaký důvod vylučující

protiprávnost) a také pachatel musí nést individuální odpovědnost za čin. Zjednodušeně řečeno, je tedy podstatou trestnosti podle německého práva trestný čin, který je chápán jako souhrn objektivních a subjektivních podmínek trestnosti.¹ Podobně neodůvodněné je i tvrzení autora u úvěrového podvodu, že posuzování, zda pachatel při uvádění nepravdivých nebo hrubě zkreslených údajů měl úmysl splácet úvěr, a poté ho i splácel, je z hlediska subsidiarity trestní represe v rozporu se zásadou rovnosti, neboť podle autora „trestnost závisí na náhodě“, což však není pravda, neboť to, zda někdo měl úmysl úvěr splácet a také ho splácel, není věcí náhody (v té souvislosti uváděná „návrtnost rizikového obchodu“ je již jinou otázkou, kterou by bylo třeba též uvažovat při uplatňování subsidiarity trestní represe, ale již jako další, byť související, okolnost). Srov. k tomu i nálezn Ústavního soudu ze dne 7. 11. 2006, sp. zn. I ÚS 631/05, uveřejněn pod č. 205 ve sv. 43 Sb. nál. a usn. ÚS, a také str. 91 této diplomové práce. Navíc, pokud se v literatuře uvádí, že při splácení úvěru je třeba uvažovat o použití zásady subsidiarity trestní represe, neznamená to samozřejmě, že bude vždy použita, neboť to závisí na konkrétních okolnostech posuzovaného případu. V kapitole páté nazvané „Subsidiarita trestního práva k soukromoprávním prostředkům“ autor zjevně nezaznamenal novelu trestního řádu uveřejněnou pod č. 181/2011 Sb., která nabyla účinnosti dne 1. 7. 2011 (srov. str. 75). Pokud jde o šestou kapitolu, je třeba autorovi vytknout, že je s výjimkou krátkého úvodu (str. 93 a 94) v podstatě celá v bodě 6.1 založena na německém přístupu k tomuto problému a německé literatuře, aniž by zde byla sebe méně reflektována česká literatura, což je přeci jenom s ohledem na obecný přístup (nejde o komparativní kapitolu) neobvyklé. Tento nevyrovnaný přístup nemůže vyvážit krátký bod 6.2 věnovaný judikatuře českých soudů vztahující se k tomuto problému, a navíc s velmi problematickými závěry týkajícími se překrývání skutkových podstat trestných činů a správních deliktů, z čehož vyvozuje bližší neodůvodněný závěr, že „uplatnění zásady subsidiarity trestní represe ve vztahu trestní – správní právo dostává další ránu“. Jakou, to se může čtenář jen dohadovat, zvláště když zde nejde o otázku překrývání trestních a správních deliktů, ale o jejich návaznost (např. na přestupky v dopravě, proti občanskému soužití atd.), stejně jako u práva soukromého, kde autor zvláštní problém v tomto směru neshledává.

V podobném duchu autor pokračuje i v závěru práce, kde sice lze s autorem souhlasit, že pojetí zásady subsidiarity trestní represe v trestním zákoníku není jediné možné, to snad autor ani nepředpokládal či nemohl předpokládat, že by tomu tak bylo, ale kritika tohoto pojetí je značně obecná, bez potřebných konkrétních návrhů, za který není možno podle mého názoru považovat pouhý odkaz na ustanovení § 2 slovinského trestního zákoníku. Dále mi není jasné, co autor myslí tvrzením, že v judikatuře může vznikat jakési „pojetí zásady subsidiarity trestní represe na druhou“. Žádný podklad pro toto tvrzení ohledně judikatury, jsem v práci nenalezl (nevylučuji, že jsem ho „nepochopil“), a proto by se na něj měl autor zaměřit při obhajobě. Naproti tomu je třeba souhlasit s tím, že objekty některých trestných činů by měly být v budoucnosti zpřesňovány. V zásadě správné je i hodnocení judikatury

¹ Klasická německá nauka zde vychází z teorie Ernsta Belinga z Tübingenu (Nauka o zločinu, 1906, Nauka o skutkové podstatě, 1930), který vytvořil základ pro „trojčlennou“ koncepci zločinu – „jednání naplňující skutkovou podstatu, protiprávní a zaviněné“. Skutkovou podstatou v užším slova smyslu rozuměl bezhodnotový popis vnějších znaků určitého jednání („vzor“ pro typ deliktu). Jeho pozitivismem a naturalismem poznamenané pojetí skutkové podstaty muselo však brzy ustoupit teleologicky – k hodnotě se vztahujícímu způsobu uvažování, které se vydělilo z kauzálního vědeckého modelu myšlení a orientovalo se místo toho na sociální představy o hodnotě a na kriminálně-politické stanovení cílů trestního práva (viz k tomu Jescheck). Zavedena byla tato proměna struktury v teorii zločinu objevením normativních znaků skutkové podstaty (M. E. Mayer) a subjektivních protiprávních (bezprávních) elementů (Heger, Frank, Mezger, Nagler). Pro objektivní podmínky trestnosti je používán pojem „bezprávní“ („Unrecht“), pod něž se podřazuje samotné jednání a souhrn dalších skutkových okolností (podle naší terminologie čin, resp. skutek) a také posouzení souladu činu (skutku) se skutkovou podstatou („Tatbestandmassigkeit“), jakož i protiprávnost jednání pachatele („Rechts-widrigkeit“). Souhrn subjektivních podmínek je řazen pod pojem „vina“ („Schuld“), neboť k trestnosti je třeba i tzv. přičitatelnosti takového jednání konkrétnímu pachateli (tedy subjektivních podmínek trestnosti) a absence důvodů, které by objektivní nebo subjektivní podmínky trestnosti vylučovaly (bližší viz např. *Haft*, F. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 1987, s. 11 až 13). Dále srov. *Wessels, J., Beulke, W.* Strafrecht. Allgemeiner Teil. 29. neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999, s. 37. U nás k tomu srov. *Solnař, V.* Základy trestní odpovědnosti. Praha: Academia, 1972, s. 41 až 44; nověji *Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D.* Základy trestní odpovědnosti. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Nakladatelství Orac, 2003, s. 65 až 69; dále srov. *Hohmann, R.* Systém trestného činu. Brno: Masarykova univerzita, 1993.

Ústavního soudu a obecných soudů. Důležitá je také autorem náležitě připomenutá nutnost hledání přesnějších rozlišovacích kritérií mezi trestními a správními delikty a nalézání ekvilibria mezi různými preventivními opatřeními a trestním právem.

Z hlediska celkového hodnocení je velmi dobrá logická stavba práce. Autor se v práci snaží přijít s vlastními názory zejména v návaznosti na německou literaturu a judikaturu, v některých směrech však jeho názory postrádají dostatečné a srozumitelné odůvodnění, které je nezdůvodněná nahrazeno poměrně příkrým odsudkem, jak na to bylo shora konkrétně poukázáno. Práce je na diplomovou práci nezvykle dlouhá, což bylo zaviněno snahou autora postihnout problematiku zásady subsidiarity trestní represe v co největší šíři, což se však na druhé straně negativně projevilo v tom, že některé problémy jsou pojednány nevyrovnaně a bez náležité argumentace. Práce je jinak psána na potřebné jazykové úrovni, byť s větším množstvím „překlepů“ a drobných gramatických nesprávností.

Z toho pak vyplývají otázky pro obhajobu diplomové práce:

1. Jaký je podle vašeho názoru vztah zásady proporcionality ve výkladu podávaném Ústavním soudem a subsidiarity trestní represe vymezené v trestním zákoníku?

2. Porovnejte konkrétní vymezení zásad subsidiarity trestní represe v § 12 odst. 2 tr. zákoníku a v § 2 slovinského trestního zákoníku; jaké jsou podle vašeho názoru konkrétní výhody a nevýhody českého a slovinského legislativního vyjádření?

Přes všechny shora uvedené dílčí výhrady předložená diplomová práce splnila svůj cíl, neboť zevrubně a s velkou mírou znalosti zejména německé literatury a judikatury pojednala o zásadě subsidiarity trestní represe, a to jak z hlediska teorie, tak i praxe. Autor ve své práci prokázal potřebné výchozí teoretické znalosti pro zpracování tématu, zabýval se v šíři neobvyklé pro diplomovou práci problémy souvisejícími s využitím zásady subsidiarity trestní represe jak v legislativě, tak i při její aplikaci v praxi (viz pasáže věnované německé i české judikatuře). Kladně je třeba nepochybně hodnotit také práci s literaturou a judikaturou.

Předložená diplomová práce i přes shora uvedené výtky zcela vyhovuje požadavkům kladeným na diplomovou práci. Navrhovaná známka – 2.

V Praze dne 12. září 2011

Oponent diplomové práce:
Prof. JUDr. Pavel Šámal, Ph. D.