

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Pavel Raček

ZÁSADA SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESÉ

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: prof. JUDr. Oto Novotný, CSc.

Katedra: trestního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): srpen 2011

Věnováno svobodnému městu Freiburgu im Breisgau

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 31. srpna 2011

Za nebývale ochotnou pomoc, cenné podněty i kritický pohled na mé názory upřímně děkuji prof. JUDr. Otovi Novotnému, Csc. Rovněž bych rád poděkoval za konzultace Dr. Gerhardu Seherovi (Univerzita Jena a Univerzita Freiburg im Breisgau), který mně především doporučil relevantní německou literaturu. V neposlední řadě je mou povinností poděkovat Baden-Württemberg Stiftung, nadaci finančně, ale i nemateriálně podporující můj studijní pobyt na Univerzitě ve Freiburgu im Breisgau, bez kterého by práce v dané podobě jistě nevznikla. Osobně dlužím poděkování i své matce, jež mně pomáhala v dosavadním intelektuálním snažení nejvíce.

Obsah

Úvod.....	1
Kapitola 1: Charakteristika zásady subsidiarity trestní represe, princip <i>ultima ratio</i>, pomocná úloha trestního práva, ekonomie trestní hrozby.....	4
Kapitola 2: Zásada subsidiarity trestní represe v trestním zákoníku.....	15
2.1. Obecné vymezení.....	15
2.2. Kritéria společenské škodlivosti podle § 39 odst. 2 tr. zák.....	17
2.3. Význam zásady subsidiarity trestní represe ve vztahu k pojetí trestného činu dle tr. zák... ..	26
Kapitola 3: Škodlivost jednání jako předpoklad legitimacy uplatnění trestněprávních prostředků.....	33
3.1. Teorie právem chráněných hodnot (Rechtsgutstheorie).....	33
3.2. Judikatura německého ústavního soudu týkající se teorie právem chráněného zájmu.....	43
Kapitola 4: Výklad abstraktně ohrožovacích deliktů z hlediska zásady subsidiarity trestní represe.....	52
4.1. Obecná část.....	52
4.2. Judikatura německých soudů k abstraktně ohrožovacím deliktům.....	64
4.3. Problém výkladu skutkové podstaty úvěrového podvodu podle § 211 tr. zák.....	67
Kapitola 5: Subsidiarita trestního práva k soukromoprávním prostředkům.....	74
5.1. Obecná část.....	74
5.2. Závěry plynoucí z udikatury.....	76
5.3. Role oběti trestného činu.....	86
Kapitola 6: Subsidiarita trestního práva k správnímu právu.....	93
6.1. Obecná část.....	93
6.2. Judikatura českých soudů a problém uplatnění zásady subsidiarity trestní represe na úrovni aplikace práva.....	106
Závěr.....	109
Seznam nejčastěji používaných zkratk.....	112
Seznam použité literatury.....	113
Seznam použité judikatury.....	117
Anglický název, resumé (anglický, německý, český jazyk).....	119

Úvod

S přijetím nového trestního zákoníku nabylo téma zásady subsidiarity trestní represe, jež se již dříve hojně objevovala v judikatuře Ústavního a Nejvyššího soudu, znovu na aktuálnosti. Tento motiv však nebyl pro rozhodnutí zabývat se daným tématem primární. Především jde v poslední době o tendenci nasazovat trestní právo k řešení (často i pouze domnělých či nepodstatných) společenských problémů na prvním místě. Zatímco po pádu komunistického režimu docházelo v souvislosti s demokratickou transformací k dekriminálnímu, od druhé poloviny devadesátých let lze sledovat trend opačný. Narůstá počet předčasně dokonaných či abstraktně ohrožovacích deliktů,¹ vyskytují se i nové poruchové delikty, tu méně, tu více kuriózní, kriminalizující např. domácí násilí, „sprejerství“, výtržnictví na stadionech či dochází ke zvyšování trestních sankcí. Před přijetím nového trestního zákoníku, který zvyšuje tresty odnětí svobody u trestných činů proti životu a zdraví, tomu tak bylo např. na základě poslanceckého návrhu, který bez hlubších analýz rozšiřoval počet skutkových podstat, za něž bylo možné uložit doživotí (zák. č. 320/2006 Sb.). Uvedené případy svědčí o legislativním optimismu, podle něhož trestní právo je tím nejlepším prostředkem k dosažení „žádaného“ cíle. Konkrétněji se motivy zákonodárce v tomto ohledu autor zabýval spolu s J. Wintrem v jiném příspěvku.² Přitom jsou zákonodárci někdy vedeni i snahou zviditelnit své jméno v „deskách trestního zákona“, přijít se svou vlastní novelou, kterou v rozporu se skutečností vydávají za nutně potřebnou. Na vzrůstající kriminalizaci se podílí i právo Evropské unie (dříve Evropských společenství). Všechny tyto tendence jsou pádným důvodem zabývat se zásadou subsidiarity trestní represe, jejíž obsah i právní závaznost nejsou vždy jednoznačné. Ucelená monografie věnující se tomuto tématu přitom v České republice neexistuje. Uvedený trend víry ve všespásnost trestního práva zároveň není nikterak nový. Tak např. v době kultu osobnosti byla přeceňována úloha trestního práva, kterého bylo zneužíváno k zajišťování různých politických a ekonomických úkolů. O. Novotný tuto skutečnost demonstruje na trestném činu nesplnění závazku podle § 136 tr. zák. č. 86/1950 Sb. Jednalo se o kriminalizování nesplnění dodávek zemědělských výrobků, přičemž z představených citací rozsudků vyplývají i pochybnosti o objektivní schopnosti tyto

¹ Srov. zejména MUSIL, J.: *Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe?*, Kriminálnístika 3/2007.

² WINTR, J., RAČEK, P.: *Zvyšování trestní represe v letech 1993 až 2008*, Právník č. 6/2010.

závazky dodržet.³ Tím se nikterak nechce činit rovnítko mezi tehdejší a dnešní dobou, ale jen poukázat, že se lze opřít o zkušenosti, které pro nadužívání trestního práva nesvědčí.

Přes nemalý rozsah textu nemohla práce přinést vyčerpávající odpovědi na všechny související problémy. Je patrně úskalím každého příliš obecného tématu při omezeném prostoru nalézt rovnováhu mezi komplexností hrozící rozptylem pozornosti na příliš mnoho souvislostí a zaměřením na detail, které však svou jednostranností nenaplnuje zadání. Autor se ve shodě s názvem práce snažil o komplexnější přístup, volba jednotlivých témat přitom odpovídá pojetí, které zásadě subsidiarity v trestním právu propůjčují němečtí teoretici trestního práva (viz díla C. Roxina a B. Schünemann uvedená v seznamu použité literatury). Tím se však nechce říct, že by bez dalšího byly přejímány jen jejich názory. Nicméně se zdá, že takto obecné pojetí by si spíše zasloužilo zpracování v podobě doktorské práce. Zároveň by práce nerada působila dojmem, že při její syntéze nedocházelo k redukci analyzovaných pramenů. Zvláště při představení stěžejní německé a české judikatury bylo nutné se soustředit více na vyzdvižení formulací týkajících se zásady subsidiarity trestní represe než se obšírně vypořádávat s věcným pozadím případů, které sice pro poznání toho, zda trestní právo stíhá skutečně škodlivá jednání, mělo rovněž svůj význam, ale do obecných závěrů o zásadě subsidiarity trestní represe se promítalo jen částečně. V teoretické části práce byla nakonec vypuštěny podrobnější pasáže věnující se zásadě proporcionality.

Podoba práce, ať již bude její výsledek hodnocen jakkoliv, byla ovlivněna i snahou o určitou mírou praktičnosti. Ta spočívala jednak v rovině „vědecké“, kdy se snažila vyvarovat pouhému tlumočení již známé domácí literatury, jednak v rovině usilování neomezovat se pouze na doktrinální závěry (kapitola první a třetí), ale ukázat oblasti, kde zásada subsidiarity trestní represe nachází přesvědčivé uplatnění při aplikační praxi (kapitola čtvrtá a pátá). Přitom hledání pouze teoretických postulátů bez vztahu k praxi by patrně nebylo vhodnou redukcí stejně tak jako bez světla trestněprávní teorie detailněji parafrázovat pouze judikaturu, která je často spíše intuitivní či nahodilá. Snad v těchto ohledech bude koncepce práce přijata alespoň s částečným pochopením.

První kapitola je věnována vymezení pojednávané zásady i zamyšlením nad tím, zda současné znění v § 12 odst. 2 tr. zák. je jediné možné a správné. Podobě a významu současné zákonné úpravy se věnuje kapitola druhá.

³ NOVOTNÝ, O.: *O trestu a vězeňství: studie o funkcích trestu v soudobé naší společnosti*, Praha: Academia, 1969, str. 8-9.

Dále se práce zaměřuje na tu část definice zásady subsidiarity trestní represe akcentující požadavek, aby se trestní represe uplatňovala jen v případech společensky škodlivých (kapitola třetí). Tato problematika je blíže rozebírána na případu tzv. abstraktně ohrožovacích deliktů (kapitola čtvrtá). Obecně se autor domnívá, že subsidiarita trestní represe by měla být důsledně studována v souvislostech k jednotlivým skupinám trestných činů. Také zde je hlavním východiskem kritérium škodlivosti, neboť přílišné předsunutí kriminalizace způsobenému účinku, v literatuře se mluví o stíhání předpolí zločinu, může vést ke kriminalizaci jen nepatrně škodlivých či dokonce zcela neškodlivých jednání. Zohledňují se zde především názory německé teorie, ale uvedeny jsou i příklady z německé judikatury.

Výraznější soustředění na německou teorii a judikaturu nikterak nechce domýšlivě opomíjet české příspěvky k tématu, které se v poslední době objevily. Jedná se pouze o snahu načrtnout trochu jiné pohledy, které u nás nebyly příliš uvažovány. Ne vždy snad půjde o pohledy plně do českého práva přenositelné, avšak u většiny z nich tomu tak bude, a to zejména z důvodu blízkosti definování i pojmání základních lidských práv, které se do zvoleného tématu prostřednictvím zásady proporcionality promítají.

Zásada subsidiarity trestní represe však nespočívá jen na požadavku kriminalizovat pouze škodlivá jednání, ale rovněž na subsidiaritě trestního práva k právu soukromému a správnímu. Na tyto otázky se zaměřuje kapitola pátá a šestá.

Autor

1. Charakteristika zásady subsidiarity trestní represe, princip *ultima ratio*, pomocná úloha trestního práva, ekonomie trestní hrozby

Ačkoliv zásada subsidiarity trestní represe vzbuzuje pozornost zejména v poslední době v souvislosti s přijetím nového trestního zákoníku, bylo by mylné se domnívat, že se jedná o zásadu zcela novou. Ve Spolkové republice Německo se jí zabýval poprvé zabýval Spolkový soudní dvůr již na sklonku 50. let minulého století.⁴ V právnické literatuře, včetně té české, se objevuje dokonce dříve. **A. Miříčka** již ve 30. letech dvacátého století v souvislosti s teorií ochrany (podle níž je vrcholným účelem trestu ochrana právních statků a tím celého právního řádu před porušováním a ohrožováním) zároveň uvádí: „*To se ale sluší mít vždy na paměti, že trest není jediným prostředkem ochrany právních statků, nýbrž že jsou i jiné mírnější způsoby ochrany, zejména navrácení v předešlý stav (restituce) nebo náhrada škody a že trestní moc státní nemá být přepínána, nýbrž jí užíváme jen potud, pokud toho nutně zapotřebí (ekonomie trestní hrozby). Zejména by nemělo k trestní výhrůžce býti saháno tam, kde lze dostatečné ochrany právního statku, o který jde, dosáhnouti prostředky jinými (subsidiárnost trestní hrozby), nýbrž jen tam, kde je třeba zesílené ochrany takového statku.*“⁵

Použití výrazu trestní výhrůžka spíše svědčí o uplatnění Miříčkova pojetí při legislativní činnosti, neboť hrozba trestem jakožto generální prevence spočívá v samotném textu trestněprávní normy. Nelze podle mého názoru bez dalšího dovozovat, že by tím bylo míněno použití zásady subsidiárnosti trestní hrozby při aplikaci konkrétní sankce, byť na druhou stranu je možné dodat, že aplikací trestněprávní normy dochází k hrozbě trestem také, a to pro případ opakování trestné činnosti odsouzeným – individuální prevence. Konečně i aplikace trestu v sobě zahrnuje generálněpreventivní prvek. Uvedený názor potvrzuje i historicky pozdější pojetí **J. Nezkusila**, který zdůrazňuje, že zásada ekonomie trestní hrozby neřeší jen otázku, kdy třeba trestní hrozby použít, ale i otázku, jak intenzivní má být trestní represe. Podle toho se má trest jako určitá újma „užít jako krajní prostředek tam, kde je skutečně potřebný; kde stačí k dosažení účelu trestu méně intenzivní újma, je třeba se na ni omezit“.⁶ Toto pojetí se ostatně projevuje

⁴ BRANDT, E., *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip für Entpoenalisierung im Kriminalrecht*, Ammersbek : Verl. an d. Lottbek Jensen ,1988, str. 140.

⁵ MIŘIČKA, A.: *Trestní právo hmotné, Část obecná*, Praha: Všehrd, 1932, str. 12.

⁶ NEZKUSIL, J.: *K problematice diferenciaci podmínek trestní odpovědnosti*, Praha: Univerzita Karlova, 1990, str. 69-70.

rovněž v ustanovení o ukládání jednotlivých druhů trestů jak v tr. zákoně z roku 1961, tak novém trestním zákoníku⁷.

Spíše jen pro pojmové vymezení je vhodné uvést, že J. Nezkusil dále uvádí, že zásada ekonomie trestní hrozby je projevem pomocné role trestní represe a jako taková má zajistit, aby se trestní represe uplatnila v souladu se závažností protispolečenského činu, účelně a účinně. Účinnost je pak podmíněna zejména přiměřeností a spravedlivostí.⁸ Zajímavé je, že J. Nezkusil zde nespojuje přiměřenost trestní represe se zásadou právního státu, jak se k tomu později dopracoval český Ústavní soud na základě zjevné inspirace německou judikaturou. Spíše utilitaristicky zdůrazňuje, že trestní ochrana občany pocíťována jako přiměřená a spravedlivá může občany podněcovat ke spolupráci v boji s kriminalitou s orgány činnými v trestním řízení. „*Naproti tomu přemrštěná reakce je spíše způsobila vyvolat soucit s odsouzenými.*“⁹

Ve smyslu zásady **pomocné role trestní represe** se podle J. Nezkusila „*trestní represe má jako krajní prostředek uplatnit jen v nejzávažnějších případech, v nichž jiné prostředky společenského působení nedostačují k nápravě, a má se uplatnit jen tehdy, je-li účinná a účelná.*“¹⁰ Rozdíl od zásady **ekonomie trestní hrozby**, jež má ze zásady pomocné role trestního práva vyplývat, jak bylo naznačeno výše, není příliš patrný. Zásada pomocné role trestní represe má „jen“ přesnější vymezení v tom ohledu, že se navíc vymezuje vůči jiným prostředkům společenského působení. Má se uplatnit tam – kde tyto prostředky nedostačují. Přitom rozhodujícím východiskem jsou tu opět možnosti trestního práva (myšl. jeho účinnost), nikoliv východisko humánní, které uvádí **V. Solnař**, podle něhož je trestní represe zlem, které působí utrpení nejen odsouzenému, ale i jiným osobám jemu blízkým a na něm závislým, a tudíž se musí omezit na míru nezbytně nutnou. Mimo zmínky o nežádoucích účincích trestního práva je významný postřeh, že **trestní represe jako nutné zlo je vyrovnána prospěchem pro ochranu důležitých zájmů, které si od ní slibujeme.**¹¹ **Zvažování těchto proporcí je východiskem i v dnešní judikatuře Ústavního soudu.** V souvislosti s tím, že při postupu vůči kriminalitě by se mělo kriminalitě především účinně předcházet, J.

⁷ Příkladem je možno uvést § 39 odst. 2 TrZ z roku 1961: „Za trestné činy, u nichž horní hranice trestní sazby odnětí svobody nepřevyšuje tři roky, lze uložit nepodmíněný trest odnětí svobody jen za podmínky, že by vzhledem k osobě pachatele uložení jiného trestu zjevně nevedlo k dosažení účelu trestu.“ Trestní zákoník (zák. č. 40/2009 Sb.) stanoví obecně v § 38 odst. 2: „Tam, kde postačí uložení trestní sankce pachatele méně postihující, nesmí být uložena trestní sankce pro pachatele citelnější.“

⁸ NEZKUSIL, J.: Op. cit. d., str. 71.

⁹ NEZKUSIL, J.: Op. cit. d., str. 71.

¹⁰ NEZKUSIL, J.: Op. cit. d., str. 74.

¹¹ Srov. SOLNAŘ, V., FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D., VANDUCHOVÁ, M. Systém českého trestního práva, Praha : Orac, 2009, str. 35. Dle informací v ediční poznámce se jedná o původní text V. Solnaře.

Nezkusil zdůrazňuje omezené možnosti trestního práva tohoto cíle dosáhnout. Při aplikaci trestního práva lze totiž v rámci jeho preventivního působení příčinný řetěz kriminality ovlivnit jen omezeně. J. Nezkusil odkazuje na následující vymezení příčinného řetězce geneze trestného činu: potřeby – zájmy – možnosti – cíle – prostředky – právní vědomí – přijetí rozhodnutí – protiprávní konání (opomenutí) – společensky škodlivý následek. Trestní právo podle J. Nezkusila postrádá vliv na potřeby a možnosti subjektů, nevýznamně působí na určení cílů a prostředků. Významný je již vliv na mravní a právní vědomí a ještě významnější na stádium přijetí rozhodnutí. Při protiprávním konání je možné zamezit započatému trestnému činu (lze doplnit, že v úvahu připadají především trvající trestné činy, opakování trestného činu, i vývojová stádia trestné činnosti – příprava a pokus). Fyzicky však trestní právo nemůže působit na škodlivý následek. Nezkusilovo pojetí zásady pomocné úlohy trestního práva a ekonomie trestní hrozby lze tedy s jistým nedokonalým zestručněním shrnout jako pojetí akcentující meze trestního práva s ohledem na jeho účinnost pro dosažení ochrany společnosti před kriminalitou. Jedná se tak spíše o hledisko technokratické, ekonomické (odtud je taky vhodné mluvit o ekonomii trestní hrozby), které zákonodárce upozorňuje, že nikoliv každá kriminalizace povede k zamýšlenému výsledku – redukci nežádoucího chování. Nenachází se zde přímo zmínky o ochraně člověka jako subjektu lidských práv před nepřiměřenými či zcela bezdůvodnými zásahy státu.

Zcela jiný přístup je akcentován v zásadě subsidiarity trestní represe definované **O. Novotným**, podle něhož je třeba vycházet z toho, že *„trestní právo disponuje těmi nejcitelnějšími prostředky státního donucení, které značně zasahují do práv a svobod občanů a jejich blízkých a mohou vyvolat i řadu vedlejších negativních účinků. Proto legitimitu trestněprávních zásahů může odůvodnit výlučně nutnost ochrany elementárních právních hodnot před činy zvláště škodlivými pro společnost s tím, že neexistuje jiné řešení než trestněprávní a že pasivita státu by mohla vést ke svémoci či svépomoci občanů a chaosu. Trestní právo představuje tedy ultima ratio (nejzazší řešení) pro zákonodárce i pro soudce.“*¹²

Obdobné pojetí nalezneme v německé nauce. Podle **H. Jeschecka** trestní právo užívá nejostřejšího mocenského nástroje, který má stát k dispozici – veřejného trestu. Teprve

¹² NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, 2010, str. 50. Stejnou definici nalezneme i v předchozích vydáních učebnice, s odkazem na které bývá zásada subsidiarity trestní represe citována v odborné literatuře i jiných českých autorů. Srov. např. ŠÁMAL, P., PŮRY, F., RIZMAN, S. Trestní zákon. Komentář. 5. vydání, Praha : C.H.Beck, 2003, str. 2.

až když jiná opatření a jiné možnosti selžou, vynucuje v poslední instanci trestní právo příkazy a zákazy právního řádu. Z opačné strany je podáván rozsah působnosti trestního práva tak, že jakmile trestní právo přestane zajišťovat jistotu a pořádek, existuje nebezpečí, že občané se chopí svémoci, přičemž se bezohledně prosadí silnější proti slabšímu.¹³

Je nutné podtrhnout společnou podstatu dvou uvedených přístupů, která vymezuje i onu spodní hranici, přes níž zákonodárce nemůže jít – totiž **společenskou škodlivost** kriminalizovaných jednání. **O. Novotný** o tom hovoří ve své definici výslovně – *ochrana elementárních právních hodnot před činy zvláště škodlivými pro společnost*, přičemž z akcentace na „zvláště škodlivé činy“ předpokládá určitý **stupeň společenské škodlivosti**. V judikatuře německého spolkového ústavního soudu se mimo tento požadavek objevuje podmínka, aby zakázané jednání bylo pro společný život lidí neúnosné, a tudíž omezení takového jednání bylo obzvláště nutné.¹⁴ Podobně **W. Frisch** zdůrazňuje, že uplatněními trestu je v návaznosti na kritéria materiálního pojetí trestného činu („Verbrechensbegriff“), utvářená od konce 18. století, omezeno na jednání, která jsou trestuhodná („strafwürdig“) a u nichž je uložení trestu potřebné („strafbedürftig“).¹⁵ **J. Jelínek** v souvislosti s pojednávanou zásadou zdůrazňuje, že *„trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protisociálního jednání“*.¹⁶ Ještě vyšší stupeň společenské škodlivosti je pochopitelně zmiňován v souvislosti s povinnostmi státu kriminalizovat určitá jednání; *„trestní právo je povinné intervenovat jen v případech těžkých útoků na společenský pořádek“*.¹⁷ U charakteristiky trestního práva podané H. Jescheckem pak je hledisko společenské škodlivosti dovoditelné z funkce, kterou autor trestnímu právu přisuzuje. Má-li trestní právo chránit *„spolužití lidí ve společnosti“*, nemůže tento cíl naplňovat kriminalizace jednání, jež se nijak tohoto spolužití negativně nedotýkají. Správným se tedy jeví

¹³ Srov. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T.: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin : Duncker et Humblot, 1996, str. 2.

¹⁴ Srov. např. BVerfGE 88, S. 203, S. 208. Citováno prostřednictvím HÖFFNER, D. *Zivilrechtliche Haftung des GmGH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung*, Berlin : Duncker et Humblot, 2003, str. 81.

¹⁵ FRISCH, W.: An den Grenzen des Strafrechts. In: *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, str. 69.

¹⁶ JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 1. vydání, Leges, Praha 2009, str. 29

¹⁷ GEERDS, F.: Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen in: Festschrift für K. Engisch, Frankfurt a. M. 1969, str. 419. Citováno prostřednictvím GARDOCKY, L.: Subsidiarność prawa karanego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji, Państwo i Prawo 12/1989, str. 66.

postřeh V. Kratochvíla, když zásadu subsidiarity trestní represe spojuje s **ochrannou funkcí trestního práva**.¹⁸

O subsidiaritě trestní represe se v souvislosti s ochranou funkcí trestního práva zmiňují také J. Wessels a W. Beulke. „*Trestní právo prostřednictvím ochrany právních hodnot přispívá k uskutečňování společenského blaha a zachování právního smíru... Trestní předpisy jsou jako ultima ratio ospraveditelné jen tam, kde jsou šetrnější prostředky (např. občanského či veřejného práva) s ohledem na zájem ochrany právních statků nedostatečné. Nelze tak hrozit trestem například za sexuální chování již jen proto, že jde o jednání nemorální či protivící se zvyklostem, namísto toho musí zákonodárce zkoumat, zda a v jakém rozsahu je vydání trestního předpisu s ohledem na **sociálně škodlivý účinek chování nutné**.*“¹⁹

Někdy bývá použita jiná terminologie a hovoří se o tom, že trestní právo má **ve vztahu k jiným právním odvětvím sekundární účinek** a může jej být užito teprve tehdy, když prostředky jiného právního donucení hrozí selháním. Uvedené pojetí souvisí s tzv. přirozenou povahou trestního práva, podle které trestní právo k jiným právním odvětvím přistupuje jen doplňkovým způsobem a „předpoklady svého uplatnění“ nemůže utvářet samostatně, a proto musí navazovat na jiná právní odvětví s jejich právními pojmy.²⁰ Výborným se jeví, že se zde zdůrazňuje, že trestní právo se uplatní teprve tehdy, když prostředky jiného právního odvětví hrozí selháním. Jakoby se snad chtělo předejít úvahám nad tím, co znamená, že „nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu“ ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zák., které nevylučují výklad, že by se poškozený musel nejdříve domáhat svého práva např. civilní žalobou.²¹ Z výše citovaných vět spíše plyne, že rozhodnout o tom, zda prostředky jiného právního odvětví hrozí selháním obecně přísluší spíše orgánům činným v trestním řízení, které nikterak nemusí vyčkávat na bezúspěšnost uplatňovaných prostředků z jiného právního

¹⁸ KRATOCHVÍL, V. a kol. Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, str. 26.

¹⁹ WESSELS, J., BEULKE, W.: Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, Heidelberg : Müller, 2006, str. 2-3.

²⁰ Srov. BRANDT, E.: Op. cit. d., str. 155 a str. 137. Z uvedeného plyne, že v české nauce odpovídá termínu sekundární pojem **subsidiární** (trestní normy se uplatňují až v případě, že odpovědnost uplatňovaná v rámci základního právního odvětví... nepostačuje) a přirozené povaze trestního práva pojem **akcesorický** (trestní zákony poskytují ochranu právních statků, které jsou upraveny a do značné míry i chráněny jinými právními odvětvími...). Srov. ŠÁMAL, P.: Subsidiarita trestní represe ve vztahu k jednotlivým skutkovým podstatám trestných činů v trestním zákoníku, Trestněprávní revue 5/2010, str. 133.

²¹ Srov. PŮRY, F.: Poznámky k pojetí trestního práva jako ultima ratio in: VANDUCHOVÁ, M., GRÍVNA, T. (eds.): Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám, Praha : Aspi, Wolters Kluwer, 2008, str. 254.

odvětví. Naplatí to však bez výjimky – příkladem může být judikatura k trestnému činu neoprávněného zásahu do práva domu, bytu nebo k nebytovému prostoru.

Pro osvětlení základních pojmů zbývá se ještě zastavit u vztahu subsidiarity trestní represe a pojetí trestního práva jako prostředku *ultima ratio*. Někdy bývá těchto pojmů používáno vedle sebe, aniž se zdůrazňuje jejich rozdílnost. Dovolím si vyslovit s těmito postupy možná vcelku doktrinálně bezvýznamný nesouhlas. Domnívám se totiž, že samotný pojem slova subsidiarity pouze předznamenává, že trestní represe se užívá podpůrně vůči jiným právním či mimoprávním prostředkům, neříká však nic o tom, vůči kterým tak činí. Jsou to všechny jiné prostředky nebo jen některé z nich? Odpověď pak teprve přináší pojetí trestního práva jako *ultima ratio*, které „prohlašuje“ trestní právo za prostředek poslední instance, neboť vychází názoru, že trestní právo je, jak tvrdí německý Spolkový ústavní soud, je ta nejostřejší zbraň, kterou má stát k dispozici. Rovněž z důvodové zprávy k novému trestnímu zákoníku se dočteme, že princip *ultima ratio* ze subsidiarity trestní represe vyplývá, z čehož lze činit závěr, že se jedná o dva, byť související, principy.²² V souladu s tím J. Nezkusil konstatuje, že princip subsidiarity se do principu *ultima ratio* promítá, konkretizuje ji. Formuluje význam principu *ultima ratio* tak, že : 1) Uplatnění trestního práva přichází v úvahu, když již žádné jiné z hierarchie příslušných opatření, kromě trestního, není možné a nezbývá než užít tohoto opatření. 2) Použití trestního práva se vztahuje na závažnější případy. 3) Použití trestního práva v sobě zahrnuje možná trestní opatření, ovšem diferencovaná, kde opatřením mírnějším má být dána – je-li to možné – přednost před důraznějšími. Samotná subsidiární role trestního práva pak podle Nezkusila bývá spojována s postavením a možnostmi trestního práva v rámci prostředků boje s kriminalitou, jak bylo vyloženo výše.²³

Společným jmenovatelem všech výše popsaných zásad je podpůrnost prostředků trestněprávních vůči prostředkům jiných právních odvětví či dokonce vůči prostředkům neprávním. Uvedené definice však do jisté míry opomíjejí původní a obecný význam principu subsidiarity, který je spíše spojován se subsidiárním výkonem úkolů mezi jednotlivými entitami společnosti vůči sobě navzájem a nikoliv jen subsidiárnost jedněch prostředků vůči druhým (pravděpodobně však lze říct, že i tato skutečnost je ve výše uvedených charakteristikách skryta). Mají výše uvedená pojetí rozebíraných zásad

²² Srov. důvodovou zprávu k zákonu č. 40/2009 Sb. jako součást poslaneckého tisku č. 410 z roku 2008, str. 199.

²³ NEZKUSIL, J. K zásadě zákonnosti a subsidiarity trestního práva, *Trestní právo* 1/2010, str. 11 a 15.

na myslí jen prostředky, které má k dispozici stát, nebo je situace o to složitější, že se jedná i o prostředky společenství oddělených od státu?

V literatuře bývá dnešní pojetí zásady subsidiarity, jež má význam pro několik právních odvětví, především spojováno s myšlenkami vyslovenými v encyklice papeže Pia XI. „*Quadragesimo anno*“²⁴ publikované v roce 1931. Relevantní pasáže uvedené encykliky zní následovně: „79. ...*To, co mohou jednotlivci provést z vlastní iniciativy a vlastním přičiněním, to se jim nemá brát z rukou a přenášet na společnost. Stejně tak je proti spravedlnosti, když se převádí na větší a vyšší společenství to, co mohou vykonat a dobře provést společenství menší a nižší. To má totiž pak za následek těžké poškození a rozvrat sociálního řádu. Neboť každý společenský zásah svým působením a svou přirozenou povahou má přinášet pomoc údům těla společnosti, nikdy je však nemá ničit a pohlcovat.*“²⁵

Myšlenková východiska encykliky „*Quadragesimo anno*“ jsou spatřována v Aristotelově politické filosofii či v učení T. Akvinského.²⁶ Pozdějším předobraz lze hledat v encyklice Lva XIII. „*Rerum novarum*“.

Inspirace pro formování principu subsidiarity ovšem také nalzáme ve filosofii liberalismu.²⁷ Přímo v relaci k trestnímu právu polský trestněprávní teoretik L. Gardocky upozorňuje, že trestní právo mělo od počátku výhradně subsidiární charakter a státní orgány uplatňují trestní právo jen v těch případech, kdy „*jednotka nebo rod (rodina) si neumí poradit v situaci vzniklé ze spáchaného trestného činu.*“²⁸

Výše citovaná východiska pojmu subsidiarity snad dostatečně potvrzují názor, že zásadu subsidiarity (trestní represe) lze rovněž vymezovat jednak v tom smyslu, že existuje povinnost nadřazeného společenství zdržet se jakékoliv činnosti a jakéhokoliv zásahu, pokud síly podřízeného, menšího společenství nebo jednotlivce dostačují k dosažení určitého cíle (negativní definice), čemuž koresponduje povinnost většího, nadřazeného společenství podporovat podřízené a menší společenství, popř. jednotlivce

²⁴ Srov. např. obecněji zaměřené příspěvky H. Ch. Scheue, J. Wintra a M. Šabatky in: GEORGIEV, J. (ed.). *Princip subsidiarity v právní teorii a praxi*, CEVRO Institut o. p. s., Praha, 2007. S odkazem na uvedenou papežskou encykliku se lze však setkat i přímo v souvislosti s pojednáním o subsidiární úloze trestního práva. Srov. BRANDT, E.: *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpenalisierungungen im Kriminalrecht*, Ammersbek : Verl. an d. Lottbek Jensen, 1988, str. 128.

²⁵ Cit. podle http://www.kebrle.cz/katdocs/soc_enc/QuadragesimoAnno.htm. Jedná se o elektronickou verzi publikace nakladatelství Zvon, České katolické nakladatelství a vydavatelství, spol. s r.o. Text této publikace byl schválen Českou biskupskou konferencí.

²⁶ Srov. ŠABATKA, M.: *Filosofická východiska principu subsidiarity* in: Georgiev, J. (ed.). Op. cit. d., str. 25.

²⁷ SCHEU, H., Ch.: *Pojem a geneze principu subsidiarity* in: Georgiev, J. (ed.). Op. cit. d., str. 16.

²⁸ GARDOCKY, L.: *Subsydiarność prawa karanego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, Państwo i Prawo 12/1989, str. 60.

(pozitivní definice). V tomto smyslu je tedy subsidiarita trestního práva (resp. represe) odvozována ze subsidiarity všech zásahů státu vůbec.²⁹

Stručný historický exkurz nikterak neměl být samoučelný, ale má rovněž význam právní. V této souvislosti je ostatně vhodné poukázat na jeden starší německý judikát zabývající se principem subsidiarity v trestním právu. Německý spolkový soudní dvůr se v něm v roce 1959 zabýval kvalifikací skutkového stavu, který byl soudy nižších stupňů hodnocen jako trestný čin omezování osobní svobody ve smyslu § 239 německého trestního zákoníku. Skutkové okolnosti byly následující; jistí manželé pečovali o duševně nemocnou matku jednoho z nich, která v důsledku svého onemocnění sebe samotnou uváděla v nebezpečí tím, že utíkala z domu, ačkoliv nebyla schopna se mimo prostředí svého domova orientovat. Z toho důvodu ji její pečovatelé v záchvatech její nemoci zamykali v místnostech, které obývala. Při právním posouzení případu německý spolkový soudní dvůr dospěl k následujícímu závěru:

„Rodinné společenství, které s vědomím právní povinnosti pečuje o blízkého příbuzného, je oprávněno bez úředního svolení učinit všechna opatření, která jsou vzhledem k momentálnímu zdravotnímu stavu opečovávaného potřebná a vhodná, aby tak bylo zabráněno škodě. Ani moderní společnost se nemůže zříci toho, že rodinní příslušníci si poskytují pomoc sobě navzájem. Podrobení této pomoci vykonávané uvnitř rodiny státní kontrole a reglementaci dochází k vytrácení vlastních mravních hodnot. To odporuje naší dnešní právní podobě vztahu rodinného společenství ke státnímu společenství a subsidiarity státních zásahů do rodinných záležitostí.“³⁰ Ačkoliv v českém právu by patrně jednání manželů bylo na první pohled možné kvalifikovat jako krajní nouzi ve smyslu § 28 tr. zák., nelze nepostřehnout zvláštní důraz kladený na souvztažnost mezi omezováním osobní svobody nemocné a péčí ze strany její rodiny. Je otázkou zda odhlédnuto od této skutečnosti by bylo možné, ať již z jakéhokoliv důvodu podle českého či německého trestního práva vyslovit beztrestnost obžalovaných. V českém právu by jako překážka mohl vyvstanout prvek subsidiarity obsažený v krajní nouzi, podle něhož se o krajní nouzi nejedná, pokud bylo možné nebezpečí za daných okolností odvrátit jinak. Ohledně této skutečnosti však v judikátu nejsou žádné bližší informace. Jedině preference rodinné péče o nemocné či jinak handicapované příbuzné a subsidiarita státních zásahů do života rodinného společenství může, byť při vši

²⁹ Srov. zejm. KAUFMANN, A.: *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*. In: Roxin, Bruns, Jäger (eds.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag*, Berlin : de Gruyter, 1974, str. 89 a 102.

³⁰ Viz rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora z roku 1959 BGH St 13, S. 197 ff, citováno podle BRANDT, E., Op. cit. d., str. 140.

vágnosti tohoto pojetí, bezpečně vést k závěru o tom, že výše popsané jednání není trestným činem.

Ani českému právu ovšem není popsaná koncepce subsidiarity trestního práva zcela cizí. S aktivitou nižších jednotek než státu a subsidiarity státního jednání ve vztahu k nim počítá zákon č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věch mládeže. Konkrétně se jedná o § 20 odst. 2 ve spojení s § 3 odst. 2 cit. zák.

Praktický význam výše popsané koncepce subsidiarity trestního práva, pokud s odkazem na zásadu proporcionality dovodíme její všeobecnou přijatelnost a závaznost, pak nutně třeba spatřovat při syntéze s výše uvedenými pojetími v tom, že trestní právo má nastupovat subsidiárně nikoliv jen k prostředkům právním nebo státním, ale vůbec k jakýmkoliv jiným nápravným prostředkům, které mohou být neprávní a nikterak nemusí být svěřeny pouze státu. Ostatně toto pojetí je přijímáno v teorii obecně: „*Podstatný obsah zásady subsidiarity spočívá v tom, že trestní normy... mají být použity jen tehdy, pokud jiné nástroje k regulaci sociálního kontaktu nejsou k dispozici.*“³¹ Stát se musí rovněž zříci regulace tam, kde je s ohledem na obecné pojetí zásady subsidiarity nutné přenechat autonomii regulace podřízeným jednotkám nebo jednotlivci. Ve světle této skutečnosti se pak oprávněně může jevit pojetí subsidiarity trestní represe, s nímž přichází nový trestní zákoník v § 12 odst. 2, jako příliš úzké.

Další problém, který se nám se zákonným vymezením zásady subsidiarity trestní represe vynořuje, je **vztah k zásadě proporcionality** mající ústavní rozměr. Není zde prostor na teoretické zkoumání, jež by si daná problematika zasloužila. Nezbyvá než ve zkratce odkázat na jedno z rozhodnutí Ústavního: „*Z ústavního hlediska totiž žádný soud nemůže přehlížet zjevnou skutečnost, že nástroje, pomocí nichž se realizuje trestněprávní ochrana, omezují základní práva či svobody a jen důsledné respektování principu ultima ratio (chápaného z ústavního hlediska) zaručuje, že takové omezení bude možno ještě považovat za proporcionální s účelem sledovaným trestním řízením (ve smyslu čl. 1 odst. 1 Ústavy a čl. 4 odst. 4 Listiny)*“³² Někdy se v této souvislosti hovoří o „*proporcionalitě trestní represe*“.³³ Obdobnou praxi lze nalézt rovněž u německého Spolkového ústavního soudu; ten vzal v úvahu obecné právo na svobodu

³¹ WOHLERS, W.: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlín : Duncker et. Humblot, 2000, str. 71.

³² Nález Ústavního soudu ze dne 2. 6. 2005, spis zn. IV. ÚS 469/04, obdobně nález ze dne 31. července 2006, spis zn. IV.ÚS 227/05: „*Princip proporcionality se promítá do výkladu předpisů jednoduchého práva a jeho principů, v konkrétním případě trestního práva hmotného. Odrázem principu proporcionality je tak i jeden ze základních principů trestního práva, a to princip „ultima ratio“.*“

³³ Nález ústavního soudu ze dne 31. července 2006, spis. zn. I.ÚS 631/05, dále rovněž nález ze dne 2. 4. 2005, sp. zn. IV. ÚS 469/04, uveřejněn ve pod č. 116 ve sv. 37 Sb. nál. a usn. ÚS ČR.

jedince (čl. 2 odst. 2 GG) jako měřítko pro hrozící odnětí svobody (tedy trestní normu jako takovou, nikoliv její konkrétní aplikaci) např. v případě „zákazu přechovávání rostliny konopí“ („Cannabisverbot“) ³⁴. Přesněji řečeno se jednalo o ústavní konformitu trestněprávního zákazu zacházení s produkty z konopí podle trestních předpisů zákona o omamných látkách („Betäubungsmittelgesetz“). ³⁵ V daném případě německý Spolkový ústavní soud vyzdvihl zásadu proporcionality ve vztahu k trestnímu právu: „*Tato zásada nabývá zvýšeného významu pro přezkum trestního předpisu, který jako nejostřejší státu příslušející sankce vyslovuje sociálně-etický odsudek o určitém jednání občana.*“ ³⁶ Spojení se zásadou *ultima ratio* je zde nepochybné. Významné je zde také tvrzení, že samotná (pozn. - autora) „*hrozba trestem může znamenat zásah do svobody člověka*“ zakotvené v čl. 2 odst. 2 GG. „*Osobní svoboda je... natolik vysoce právem chráněný zájem, že do ní lze zasáhnout na základě zákona jen ze zvlášť závažných důvodů.*“ ³⁷

Lze tedy minimálně shrnout, že jak zásada subsidiarity, tak zásada proporcionality stanoví hranice jednání státu, přičemž neodůvodněných zásahů se musí stát zdržet. V jejich obsahové blízkosti či dokonce pojmovém spojení v některých nálezech Ústavního soudu však tkví „nebezpečí“ (z hlediska předvídatelnosti), že znění § 12 odst. 2 tr. zák. nemusí být z hlediska ústavní konformity výkladu trestního zákona dostačující, resp. zde může vznikat problém rozdílnosti pojetí zásady subsidiarity z ústavněprávního hlediska (kterému jsou blízké i některé shora uvedené definice a vazba na obecný princip subsidiarity) a hlediska, které je uplatněno v cit. znění tr. zák. V tomto ohledu se jeví přesnější znění zásady subsidiarity uplatněné v § 2 slovinského trestního zákoníku; „*Definování trestných činu a ukládání trestu je odůvodněno pouze tehdy, pokud ochrana lidského života a dalších základních hodnot nemůže být zajištěna jinak, a pouze v tomto rozsahu.*“ ³⁸

Spojení zásady proporcionality a subsidiarity represe nám však i naznačuje, kam by se v souvislosti s aplikací pojmu společenská škodlivost, měla obracet prvotní pozornost. Z kritérií vhodnosti i potřebnosti, jakožto pojmových prvků zásady proporcionality,

³⁴ Lagodny, O.: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen : Mohr, 1996, str. 64.

³⁵ Podle § 29 odst 1 Nr. Zákona o omamných látkách je trestné mj. **nabytí omamné látky**, podle § 29a odst. 1 Nr. 1 je trestná rovněž **držba omamné látky**. Rostina konopí a její pryskyřice (THC) patří dle § 3 odst. 2 ve spojení s přílohou I zákona k omamným látkám, se kterými je možné zacházet jen na základě povolení za účelem vědeckého nebo veřejného zájmu Viz zákon o omamných látkách (BGBl. I S. 681) ve znění ke dni 9. března 1994 a BVerfGE 90, 145, str. 149.

³⁶ Rozhodnutí 2. senátu Spolkového ústavního soudu ze dne 9. 3. 1993, publikované in: BVerfGE 90, 145, str. 172.

³⁷ Tamtéž.

³⁸ Cit. dle ŠUGMAN, K., JAGER, M., PERŠAK, N., FILIPČIČ, K.: *Systémy trestní justice v Evropě a Severní Americe, Slovinsko*, Kriminologický institut, Praha 2005, str. 17. Dostupné na <http://www.ok.cz/iksp/docs/310.pdf>.

nám totiž jednoznačně plyne, že jakékoliv omezení základního práva či svobody musí směřovat k nějakému konkrétnímu účelu. Pro rozřešení toho, zda dané omezení práva vůbec povede k zamýšlenému cíli a zvolené omezení je s ohledem na nedostatečnost jiných prostředků potřebné, musíme znát (případně dovodit) konkrétní záměr zákonodárce – jde-li o přijetí nové trestní normy, nebo orgánu činného v trestním řízení při aplikaci trestního práva. Nejde tedy o nic jiného, než-li věnovat pozornost objektu. Pochopitelně i subjektivní stránka hraje při posuzování škodlivosti jednání svou roli (viz § 39 odst. 2), což dokládá i následující kapitola. Některé její znaky (zejména pohnutka), stejně tak osoba pachatele by však neměly být přeceňovány (myšleno z hlediska vyloučení trestnosti, ukládání trestu je pochopitelně jiná věc), zde totiž hrozí vážný rozpor se zásadou rovnosti. Naopak v případě zaměření pozornosti na objekt problémy nerovnosti při jeho jednotném výkladu nehrozí, jedná se o kritérium objektivní.

V souladu se zásadou proporcionality by se však věda, ani judikatura neměla spokojit s definováním objektu jako cíle, sledovaného zákonodárcem. **Jde o to, aby v rámci formálních znaků skutkové podstaty byly nalezeny cíle normy, které jsou skutečně ústavně konformní.** Na základě správného stanovení objektu pak lze při aplikaci eliminovat z trestnosti jednání, která sice odpovídají znakům popsaným v zákoně, ve skutečnosti jsou však neškodlivá. Této problematice je proto vyčleněna zvláštní kapitola (viz kapitola třetí).

2. Zásada subsidiarity trestní represe v trestním zákoníku

2.1 Obecné vymezení

Trestní zákoník zakotvuje zásadu subsidiarity trestní represe v § 12 odst. 2, podle něhož *„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“*. V předcházející kapitole bylo poukázáno, že oproti tradičnímu chápání této zásady se jedná o pojetí úzké. Ostatně i tvůrci důvodové zprávy k tr. zák. jsou si vědomi, že omezení uplatnění trestního práva pouze ve vztahu k právním prostředkům není jediné možné: *„Zásada subsidiarity trestní represe totiž vyžaduje, aby stát uplatňoval prostředky trestního práva zdrženlivě, to znamená především tam, kde jiné právní prostředky selhávají nebo nejsou efektivní.“*³⁹ Chce se tím snad říct, že v praxi skutečně je poměrování trestněprávní a netrestněprávních prostředků primární (arg. především). Ponechme však prozatím kritický rozbor v tomto ohledu, stejně jako historii jednotlivých kroků, které k začlenění současného znění textu do § 12 odst. 2 do tr. zák. vedly, stranou. V souladu se zásadou zákonnosti nejprve sledujme význam ustavení § 12 odst. 2 tr. zák. v podobě, jakou mu vštěpil zákonodárce. Společenská škodlivost je podle důvodové zprávy k trestnímu zákoníku určována povahou a závažností trestného činu dle § 39 odst. 2 tr. zák.⁴⁰ P. Šámal k tomu dodává, že *„společenská škodlivost je určována především intenzitou zejména naplnění jednotlivých složek povahy a závažnosti činu, ale zcela se tím nevyčerpává, neboť je spojena s principem ultima ratio.“*⁴¹ Přitom je však nutné mít na paměti rozdílný účel těchto ustanovení. Znění § 12 odst. 2 se vztahuje k otázce viny, tedy hodnocení společenské škodlivosti pro stanovení spodní hranice trestní odpovědnosti. Teprve až soud shledá pachatele vinným, uplatní se pravidla v § 39 odst. 2 v rámci výměry trestu. Zcela správně se proto P. Šámal vyslovuje, že pohled k těmto kritériím musí být jiný. Smyslem odkazu je pak jen poukaz na skutečnost, že i při řešení míry společenské škodlivosti nelze opomenout kritéria v § 39 odst. 2 uvedená.⁴² O to více je však nutné se pojmem společenské škodlivosti zabývat, což činí kapitola třetí, která hledá inspiraci

³⁹ Viz důvodovou zprávu k zák. č. 40/2009 Sb., sněmovní tisk 410, 5. volebním období (2006-2010), str. 196.

⁴⁰ Tamtéž, str. 197.

⁴¹ ŠÁMAL, P.: *Subsidiarita trestní represe ve vztahu k jednotlivým skutkovým podstatám trestných činů v trestním zákoníku*, Trestněprávní revue 5/2010, str. 134.

⁴² Srov. ŠÁMAL, P.: *Subsidiarita*, Op. cit. d., str. 134.

v německé nauce a literatuře. Nelze se spokojit s tvrzením, že nový trestní zákoník společenskou škodlivost záměrně nedefinuje a ponechává řešení potřebné míry společenské škodlivosti na zhodnocení konkrétních okolností případu.⁴³ Kritika tohoto postupu nabývá na významu v té souvislosti, že zkoumaná zásada počítá s tím, že by nemělo jít o jakékoliv společensky škodlivé jednání, ale společenská škodlivost by měla dosáhnout určité výše, ve které by nepostačovalo uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu.⁴⁴ Ale i obecné vymezení společenské škodlivosti by bylo na místě⁴⁵, a to z důvodu, že i v teorii a praxi vznikají při řešení otázky posuzování společenské škodlivosti spory. Příkladem lze uvést legislativní činnost v souvislosti s tzv. novou kriminalizací⁴⁶, ale příklady lze najít i u “tradičních” trestných činů, v německé judikatuře se tento problém v poslední době znovu otevřel při posuzování ústavní konformity trestného činu soulože mezi příbuznými (viz kapitola třetí). Konečně není možné trestní právo hierarchicky z hlediska míry sankcionovaného jednání vymezovat vůči ostatním právním odvětvím, aniž by byl pojem společenské škodlivosti jasný. Jinými slovy taky § 12 odst. 2 tr. zák. činí příkaz, aby trestněprávní odpovědnost nebyla uplatňována, pokud postačuje uplatnění odpovědnosti podle jiných právních předpisů, ale vůbec neříká, kdy tomu tak je.

⁴³ Viz ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 94.

⁴⁴ Srov. JELÍNEK, J.: *K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku*. In: Jelínek, J. (ed.) *O novém trestním zákoníku : sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnícké dny*. Praha: Leges, 2009, str. 25.

⁴⁵ Kriticky se dále k absenci definice pojmu společenské škodlivosti, který byl původně použit v § 396 vládního návrhu trestního zákona vyjádřili např. V. Kratochvíl a J. Pipek. Srov.: KRATOCHVÍL, V.: *K pojetí trestného činu v návrhu trestního zákoníku České republiky 2006*, *Trestněprávní revue* 5/2006, str. 131.

⁴⁶ Viz MUSIL, J.: *Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe?*, *Kriminalistika* 3/2007 či WINTR, J., RAČEK, P.: *Zvyšování trestní represe v letech 1993 až 2008*, *Právník* č. 6/2010.

2.2. Kritéria společenské škodlivosti podle § 39 odst. 2 tr. zák.

Jak již bylo uvedeno § 39 odst. 2 tr. zák. definuje povahu a závažnost trestného činu ve vztahu ke stanovení druhu a výměry trestu, z čehož při posuzování otázky viny dle § 12 odst. 2. tr. zák. mohou vznikat problémy. Přesto věnujme jednotlivým hlediskům alespoň stručnou pozornost.

A/ Význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen

Posledně uvedená výtku zejména platí o významu chráněného zájmu, který je třeba zvažovat při volbě trestu i jeho výměry, na toto pravidlo pak navazuje několik ustanovení tr. zák. (přímo citováno v § 42 písm. p, souvislost nalezneme ale např. v § 60 odst. 1 písm. a), § 62 odst. 1). Význam chráněného zájmu se do těchto ustanovení promítá z hlediska rozpětí trestní sazby, kterou zákonodárce za ten či onen trestný čin stanoví. Pokud jde však o otázku viny, bylo by absurdní držet se doslovného znění formulace „význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen“, neboť by to v konečném důsledku mohlo znamenat popření formálního pojetí trestného činu, které vyplývá z § 13 odst. 1 tr. zák. Má-li se zásada subsidiarity trestní represe uplatnit v rámci formálních zákonných znaků trestného činu, nemůže je zcela popřít. Význam chráněného zájmu je určen zákonodárcem. Orgán činný v trestním řízení nemůže nahrazovat jeho činnost a konstatovat, že právem chráněný zájem je natolik nevýznamný, že jednání, které jej porušuje nebo ohrožuje, není společensky škodlivé. Takový postup je pouze možný v rámci ústavně konformního výkladu konkrétní normy,⁴⁷ nikoliv tehdy, pokud je chráněný zájem sledovaný zákonodárcem v souladu s ústavním pořádkem. Správně chce komentářová literatura říct, že stupeň škodlivosti (hovoří zde o stupni nebezpečnosti, z celkového kontextu i s ohledem na citovanou souvislost § 12 odst. 2 a § 39 odst. 2 tr. zák. v důvodové zprávě je zřejmé, že se jedná o škodlivost, resp. povahu a závažnost trestného činu) „charakterizuje konkrétní zájem, který byl činem zasažen... Není tedy úkolem soudu hodnotit v rámci úvahy o stupni nebezpečnosti činu pro společnost typový význam chráněného zájmu“.⁴⁸ Je možné rovněž přijmout, že citovaným odkazem v důvodové zprávě zákonodárce zamýšlel zdůraznit, že uplatnění zásady subsidiarity trestní represe bude přicházet v úvahu spíše u

⁴⁷ „Ústavně konformní rozhodování soudů zůstává primárním prostředkem, který poskytuje... účinnou ochranu práv zaručených Listinou základních práv a svobod...“ Viz náleží Ústavního soudu ze dne 3. 2. 1999, sp. zn. Pl.ÚS 19/98, publikovaný pod č. 19 ve svazku 13 Sb. nál. a usn.

⁴⁸ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 443.

trestných činů chránících méně významný zájem, např. spíše u trestných činů proti životnímu prostředí, než u trestných činů proti životu a zdraví.⁴⁹ Ale i v tomto případě je pro konečné uplatnění zásady subsidiarity trestní represe podstatné, nakolik byl daný chráněný zájem dotčen, lepší by snad proto bylo hovořit o míře dotčení právem chráněného. 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. Je sice pravda, že toto hledisko by bylo možné podřadit pod následky trestného činu jako další kritérium škodlivosti. Avšak to samé lze říci o dotčení konkrétního zájmu, neboť následek je porušení či ohrožení (tedy dotčení) objektu trestného činu. Otázkou tak je, zda následky trestného činu ve smyslu § 39 odst. 2 by z hlediska systematického výkladu nebylo vhodnější rozumět pouze porušení vedlejších objektů. Míře dotčení objektu je třeba věnovat pozornost především u tzv. činnostních či abstraktně ohrožovacích deliktů (viz kapitola čtvrtá), ačkoliv ani u nich se nevyčerpává.

B/ Způsob provedení činu a jeho následky

„Způsob provedení trestného činu zahrnuje především druh a povahu jednání jako znaku objektivní stránky skutkové podstaty trestného činu... Pod pojmem následky trestného činu se rozumí nejen následek v pravém slova smyslu,... nýbrž i ohrožení a porušení dalších objektů.“⁵⁰ Interpretace ve světle zásady subsidiarity trestní represe bude možná jen tam, kde to znaky skutkové podstaty umožňují. Kde je formulace znaku jednoznačná jako např. výše škody, nebude při jejím překročení možné konstatovat nedostatečnou škodlivost. Někdy zákon předpokládá určitou kvalitu jednání tak, aby bylo způsobilé ohrozit právem chráněný zájem (uvedení nepravdy o okolnosti mající podstatný význam pro rozhodnutí u trestného činu křivé výpovědi a nepravdivého znaleckého posudku, viz § 346 odst. 2 písm. a) tr. zák.), pak danou interpretaci ve světle zásady subsidiarity přímo znovu přikazuje. V případě abstraktně ohrožovacích deliktů, u kterých tomu tak není by však mělo dojít k podobné myšlenkové konstrukci – zvažování způsobilosti jednání ohrozit právem chráněný zájem – i když se o tom zákon sám nezmiňuje (např. trestný čin úvěrového podvodu, § 211 tr. zák., více viz kapitola

⁴⁹ Obdobnou myšlenku, byť demonstrovanou na jiných případech a bez vztahu k současnému znění § 39 odst. 2 tr. zák., vyslovuje F. Púry. Srov.: PÚRY, F.: *Poznámky k pojetí trestního práva jako „ultima ratio“*. In: *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*, Aspí, Praha: Wolters Kluwer, 2008, str. 253.

⁵⁰ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 443.

čtvrtá). Problém může nastat tehdy, pokud zákon určitý pojem navíc sám definuje jako je tomu v případě střelné zbraně (příloha č. 1 zák. č. 119/2002 Sb., o zbraních) u trestného činu nedovoleného ozbrojování (§ 279 tr. zák.). Zákon pak blíže rovněž stanoví, k držení jakých zbraní je třeba povolení. Bude-li majitel zbrojního průkazu určité skupiny přechovávat bez povolení střelnou zbraň skupiny jiné, bude však pravděpodobně nadále třeba zkoumat možnou míru skutečného ohrožení.⁵¹ Z uvedených případů plyne, že rozlišování mezi zákonem blíže definovanými a zcela obecnými znaky patrně nelze absolutizovat, pokud se držíme teleologického výkladu a proporcionalita represe je vrcholným hlediskem veškeré aplikace trestních norem. Jistě však platí, že bližším definováním určitých znaků skutkové podstaty se stává vůle zákonodárce zřejmější a orgán činný v trestním řízení by ji neměl přepisovat. Nelze ostatně zapomenout na možné uplatnění zásady oportunity, různých odklonů, upuštění od potrestání atd.

Z dalších kritériích uváděných v komentářové literatuře⁵² je třeba v souvislosti se zásadou subsidiarity trestní represe vyzdvihnout zejména intenzitu následku, kterou lze demonstrovat např. na krátkodobém omezení osobní svobody, několika vteřinové zachycení druhé osoby za rukách v průběhu hádky patrně nelze interpretovat jako trestný čin. Byť lze opět říct, že škodlivý následek zde v minimální míře nastává a řešení by mělo spočívat na jiných institucích, uvedených v předcházejícím odstavci, omezujících kriminalizaci. Zcela primárně by šlo rovněž argumentovat uplatněním odpovědností podle přestupkového zákona (srov. § 49 odst. 1 písm. c)).⁵³

C/ Okolnosti, za kterých byl čin spáchán

se definují poměrně široce, mohou se týkat místa a času trestného činu, různých vlivů, jež na pachatele působily při páchání trestného činu, prostředí, ve kterém byl trestný čin spáchán, průvodních okolností, za nichž k tomu došlo. Jde například o vliv okolností nezávislých na pachateli, jeho silné rozrušení, vliv tíživých rodinných poměrů, spáchání činu při odvracení útoku nebo jiného nebezpečí, aniž byly splněny všechny podmínky okolností vylučujících protiprávnost.⁵⁴

Posledně uvedený příklad je z hlediska aplikace zásady subsidiarity trestní represe pro vyloučení trestnosti mimořádně sporný. Pokud zákonodárce výslovně stanoví konkrétní

⁵¹ Ve vztahu k § 185 TrZ z roku 1961 srov. R 19/1994.

⁵² ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 443.

⁵³ Blíže kapitola šestá.

⁵⁴ Šámal, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 444.

okolnosti vylučující protiprávnost (§ 28 až 32 tr. zák., přičemž je třeba mít na vědomí, že nedostatek protiprávnosti je nutné dovozovat z celého právního řádu), pak by bylo v rozporu se zásadou zákonnosti jejich podmínky soudním výkladem rozšiřovat. Oporu pro tuto argumentaci lze nalézt i v odborné literatuře. Podle O. Novotného by nemělo být možné opřít nedostatek protiprávnosti činu o pouhé konstatování, že chybí jeho společenská škodlivost, jelikož by to by učinilo celou soustavu okolností vylučujících protiprávnost do určité míry zbytečnou.⁵⁵

Opět i zde se může vyskytnout problém, že zákon pojem sám definuje jako např. v případě veřejného spáchání činu (§ 117 tr. zák.), avšak konkrétní situace se nekryje s účelem normy. Dopustí se pak trestného činu ten, kdo hanobí určitý národ (§ 355 tr. zák.) před skupinou 3 mentálně zaostalých jedinců, neschopných porozumět významu tohoto hanobení?

D/ Osoba pachatele

Podobně jako v případě významu chráněného zájmu, není pochyb o podstatnosti zvažovat osobu pachatele při ukládání trestu, a to především v souvislosti s jeho individuálně preventivním účinkem. Pokud jde však o otázku viny, jedná se o konstrukci nevhodnou. Z hlediska ochranné funkce trestního práva (viz kapitola 1) nelze osobu pachatele bez vztahu ke znakům trestného činu (především k subjektivní stránce) přeceňovat. Pokud by snad, jak se může zdát z odkazu učiněného v důvodové zprávě, mohla být osoba pachatele bez přesného zákonného vymezení potenciálně samostatným důvodem pro zřeknutí se uplatnění trestní odpovědnosti, hrozilo by takové pojetí konfliktem se zásadou rovnosti. Tak ve vztahu k § 3 odst. 4 trestního zákona z roku 1961, který se snažil definovat stupeň nebezpečnosti činu pro společnost a který rovněž pojem osoby pachatele obsahoval, D. Císařová upozornila, že v 70. a 80. letech byla osoba pachatele („*zejména nomenklaturních kádrů*“) přeceňována z hlediska pachateleových dosavadních zásluh aj., což pravděpodobně mělo vést k neodůvodněnému zřeknutí se represe u těchto osob.⁵⁶ Ostatně i v sovětské nauce bylo možné najít názory, že okolnosti charakterizující subjekt nejsou do rámce nebezpečnosti trestného činu pro společnost zahrnovány.⁵⁷ V polské literatuře se dokonce uvádí, že

⁵⁵ NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol., *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, str. 114.

⁵⁶ Srov. CÍSAŘOVÁ, D.: *Krátké zamyšlení nad teorií a praxí zákona č. 40/2009 Sb.*, Trestní právo 3/2010, str. 4.

⁵⁷ S odkazem na V. M. Čchikvadze a K. Tibitanzla – SKALNÍK, M.: *Některé otázky určení stupně nebezpečnosti činu pro společnost*, Právník 1/1966, str. 501-502.

hledisko osoby pachatele bylo jedním z argumentů pro změnu formulace „společenská nebezpečnost činu ve prospěch „společenská škodlivost činu“ v novém trestním zákoně z roku 1997, kdy změna tohoto pojetí měla vést k zastavení do tehdy platné rozhodovací praxe, která spojovala trestnost jednání s dosavadním způsobem života pachatele, jeho posudkem, tedy okolnostmi, které nijak nesouvisejí s objektivní stránkou zakázaného jednání.⁵⁸ Konečně nesmíme zapomínat, že „univerzální“ pojem společenské nebezpečnosti v TrZ z roku 1961 se promítal do více institutů – např. ukládání trestu odnětí svobody zvláště nebezpečnému recidivistovi, upuštění od potrestání. V těchto případech se ale právě jednalo o (ne)ukládání sankce, nešlo o otázku viny. Mohlo by být tedy argumentováno, že osoba pachatele v § 3 odst. 4 TrZ z roku 1961 byla zmíněna právě jen s ohledem na ukládání trestu. To je významné především proto, že materiální podmínka trestnosti má význam pro rozlišení jednání člověka, který se dopustil trestného činu poprvé a mnohokrát trestaného recidivisty, resp. rovněž zvláště nebezpečného recidivisty. Argumentace, že rozlišení kritérií materiální podmínky pro použité ustanovení o zvláště nebezpečném recidivistovi a materiální podmínky trestného činu by činila zákonnou úpravu méně přehlednou,⁵⁹ není podle mého názoru přesvědčivá. S ohledem na dnešní úpravu, kde pojem škodlivosti není definovaný, nelze říci, že prvotním hlediskem by měl být výklad jednoduchý, tedy zohlednění všech kritérií uvedených v § 39 odst. 2 tr. zák. v otázce viny bez jakéhokoliv rozlišení. Přednější je hledání skutečného obsahu zásady subsidiarity trestní represe ve vztahu k formálnímu pojetí trestného činu, ne snaha o nekomplikovaný výklad.

Podpůrným argumentem pro velmi zdrženlivý pohled na význam osobnosti pro vyloučení škodlivosti jednání je i jeden z cílů formálního pojetí trestného činu – a sice dát přednost zastavení řízení. Konstatování, že se nejedná o trestný čin, totiž může mít za následek destrukci právního vědomí.⁶⁰ Krádež věci nepatrné hodnoty, kterou má jiný při sobě, jistě z tohoto pohledu není výchovné řešit závěrem, že se nejedná o trestný čin s ohledem na to, že daná osoba se činu dopustila poprvé. Není tím dána žádná výhrůžka a jednající osoba může být naopak podnícena čin zopakovat.

Komentář hovoří o tom, že společenskou škodlivost budou snižovat např. spáchání činu poprvé, nedostatek životních zkušeností pachatele, vedení řádného života před

⁵⁸ Viz. SOLNAŘ, V., FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D.: *Základy trestní odpovědnosti*, Praha: Orac, 2003, str. 113.

⁵⁹ Srov. SKALNÍK, M: *Některé otázky určení stupně nebezpečnosti činu pro společnost*, Právník 1/1966, str. 503.

⁶⁰ ŠÁMAL, P.: *K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku*, Trestněprávní revue 17/2007, str. 637.

spácháním činu, spáchání činu ve věku blízkém věku mladistvých.⁶¹ Nemluví se zde tedy o tom, že by škodlivost byla zcela vyloučena. Jiná situace pochopitelně nastává, pokud zmíněná kritéria zohledníme při posuzování subjektivní stránky trestného činu. Tak např. nedostatek životních zkušeností či věk blízký věku mladistvých mohou vést zejména k vyloučení zavinění z nevědomé nedbalosti, dále se mohou podílet na vzniku omylu, lépe osvětlit pohnutku trestného činu. Sporné by bylo ovšem dospět k exculpaci obviněného z důvodů nedostatečné rozumové a mravní vyspělosti, aniž by se jednalo o projev duševní poruchy nebo aniž by byly splněny podmínky § 5 odst. 1 ZSVM. Tím, že zákonodárce tuto problematiku výslovně upravuje, bylo by rozšiřování aplikace nad rámec § 5 ZSVM, tedy i na pachatele blízké věku mladistvých problematické. Vůle zákonodárce vytvořit příznivější úpravu jen pro určitou věkovou skupinu osob by tím byla obcházena. Takový postup by byl možný, pokud bychom vycházeli z toho, že princip zavinění vyplývá z ústavního pořádku (k ústavněprávnímu významu tohoto principu v německé judikatuře viz kapitola čtvrtá) a osoba pachatele v něm hraje roli. Tato problematika by si však zasloužila komplexní pojednání, není ji možné řešit v rámci omezeného rozsahu této práce.

E/ Míra zavinění, pohnutka, záměr a cíl

Z hlediska míry zavinění je třeba především hodnotit, které skutečnosti zahrnuje zavinění pachatele, např. jaká byla jeho představa o závažnosti a rozsahu následků způsobených jeho trestným činem. Z hlediska forem zavinění je významné, zda se jedná o úmysl přímý či nepřímý, kdy úmysl přímý je za jinak stejných okolností závažnější. Naopak v případě jednotlivých forem nedbalosti nelze její vědomou formu pokládat vždy za závažnější než nevědomou. Vyšším stupněm nedbalosti však vždy bude hrubá nedbalost.⁶² Jeví se spornou otázkou, zda v případě formálního pojetí trestného činu, může míra zavinění, kterou zákon pro trestnost určitého jednání předpokládá, ovlivnit společenskou škodlivost daného jednání natolik, že se nebude jednat o trestný čin. Při diferenciaci trestní odpovědnosti, stanovení druhu trestu a jeho výměry není pochyb o tom, že míra zavinění svou roli hraje. Lze však říci, že v případě určitého trestného činu, u něhož postačí zavinění z nedbalosti (např. § 215 tr. zák.) bude možné pro nedostatečnou škodlivost činu vyloučit trestnost, pokud se bude jednat v daném případě o méně škodlivou nedbalost nevědomou? Takový postup by se opět mohl jevit jako

⁶¹ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 445.

⁶² NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol., *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, str. 235.

obcházení zákona, když zákonodárce u nedbalostních trestných činů zřejmě počítá s oběma formami nedbalosti (srov. § 16 odst. 1 tr. zák.). Není pak „čistější“ argumentovat, že byla zachována potřebná míry opatrnosti, protože pachatel nemohl vědět, že svým jednáním může porušit nebo ohrozit zájem chráněný trestným zákonem? Můžeme také tvrdit, že již zmíněná kritéria okolností, za kterých byl čin spáchán a osoba pachatele, mají význam pro subjektivní vymezení nedbalosti. Nízký věk, případně idealizovaný vztah k pachateli jiného činu, tak bude snižovat schopnost rozpoznat, že věc, kterou na danou osobu pachatel převádí pochází z trestné činnosti (např. zamilovaná dívka přijímá přítelem darovanou kradenou kosmetiku). Jedná se ale o argumentaci samotnou zásadou subsidiarity trestní represe? Zřejmě nikoliv, neboť okolnosti i osobní poměry zmiňuje samotný § 16 odst. 1 písm. b) tr. zák.

Můžeme zde ale také argumentovat tak, že zásada subsidiarity trestní represe ovlivňuje i výklad znaků nedbalostního zavinění. Tak např. neseznámení se s určitými předpisy či postupy, v nichž má spočívat porušení náležité opatrnosti by zřejmě s ohledem na osobu obviněného nemělo být vyklááno jen z hlediska přiměřeného času a schopností porozumění obviněného, ale také z hlediska toho, zda u obviněného lze spravedlivě požadovat, aby se vzdělával sám i mimo pracovní dobu. Jiná situace bude u řadové bankovní úřednice, jiná např. u advokáta (srov. ve vztahu k trestnému činu legalizace výnosů z trestné činnosti podle § 217 tr. zák.).

Uvedenými úvahami autor nechce zpochybnit význam subjektivní stránky pro společenskou škodlivost činu, na ústavněprávní povahu této problematiky již bylo ve vztahu ke kapitole čtvrté poukazováno. Vyloučení subjektivní stránky z kritérií společenské škodlivosti by ostatně znamenalo, že mezi nedbalostně a úmyslně způsobenými následky není rozdíl (např. vražda a usmrcení z nedbalosti).⁶³ Navíc kritéria významu chráněného zájmu a okolností spáchaného činu bez závislosti na zavinění pachatele pak vůbec nebezpečnost pachatele neovlivňují.⁶⁴ To se promítá i do společenské škodlivosti jednání. Pokud má být účelem trestního práva redukce nežádoucího (škodlivého) chování a ne odplatná funkce v tom smyslu, že si pachatel odpyká všechny následky svého činu, i ty které nezavinil, lze s tím souhlasit.⁶⁵ Uvedené úvahy tak jenom varují před příliš horlivým zohledňováním subjektivní stránky z

⁶³ Viz SKALNÍK, M.: *Některé otázky určení stupně nebezpečnosti činu pro společnost*, Právník 1/1966, str. 503-504.

⁶⁴ Srov. SKALNÍK, M.: *Op. cit. d.*, str. 506.

⁶⁵ Autorovi práce se však jeví vhodným doplnit, že přísné vázání nebezpečnosti pachatele pro společnost na zavinění také není přesné. Neboť nepřičetný pachatel jednající nezaviněně rovněž může znamenat pro společnost značné nebezpečí. Ochrana pokojného spoluzití občanů si pochopitelně žádá i reakci na jednání osob, které nejsou pro nepřičetnost trestně odpovědné.

hlediska společenské škodlivosti, aniž by zároveň byly zvažovány zákonné meze takového počínání.

Z fakultativních znaků subjektivní stránky trestného činu a jejich významu pro posouzení škodlivosti uvedme příkladem pohnutku. Tím, že pohnutka není obecně v trestním zákoně vymezena, může být její uplatnění široké. Meze budou stanoveny v souladu se zásadou zákonnosti opět tam, kde zákon výslovně určitou negativně hodnocenou pohnutku předpokládá (např. § 352 odst. 2 tr. zák.), takovým způsobem do textu zákona promítnutou pohnutku nebude možné považovat za snižující škodlivost. To však neznamená, že skutečná pohnutka by neměla být v těchto případech náležitě zkoumána. Tak např. u příslušníka romského etnika, který byl dotčen útokem příslušníků určité extrémistické politické strany a který na základě této zkušenosti příslušníku dané strany vyhrožuje těžkou újmou na zdraví, patrně nebude možné automaticky konstatovat pohnutku předpokládanou v § 352 odst. 2 tr. zák. Pokud bude jeho skutečným motivem trpká osobní zkušenost, neměla by jeho výhrůžka být automaticky podřazována pod citovaný odstavec, byť se v ní zaznívají slova identifikující něčí politické přesvědčení. Takové jednání je spíše vyprovokované konkrétní předchozí zkušeností než nenávistí k jinému pro jeho politické přesvědčení.

Příkladem z literatury, v němž má pohnutka vliv na snížení společenské škodlivosti jednání, může být: Hoši ve věku 15-16 let uspořádali při táboření v přírodě přepadení svých vrstevníků, které násilím spočívajícím v několika pohlavcích připravili o potraviny v ceně 50 Kč. Pokládali to za pouhé dobrodružství.⁶⁶ Patrně se nebude jednat o trestný čin loupeže, ač to formálním zankům skutkové podstaty tohoto trestného činu zdánlivě odpovídá. Z takového jednání nevzniká v zásadě nebezpečí pro právem chráněné statky, pokud útok nebyl myšlený vážně a zmocnění se cizí věci nebylo vedeno úmyslem obohatit se na úkor jiného, ale pouhou dobrodružnou “klukovskou” představou a intenzita použitého násilí byla nepatrná. O společenské škodlivosti již vůbec nebude možné hovořit, pokud odcizená věc následně bude dobrovolně vrácena či dané jednání bude “poškozenou” skupinou jako hra akceptováno.

F/ Shrnutí

Posledně uvedený příklad dobře osvětluje problematiku kritérií společenské škodlivosti uvedených v § 39 odst. 2 tr. zák. Zazněla-li někde jejich kritika, týkala se především jejich samostatné aplikace pro vyloučení trestnosti. Takto omezené (samostatné)

⁶⁶ NOVOTNÝ, F. A kol.: *Trestní zákoník 2010*, Praha: Eurounion, 2010, str. 41.

používání daných kritérií však v praxi většinou nebude připadat v úvahu. Daná kritéria se jistě dobře uplatní ve vzájemném souladu. Neboť ode všech lze v nějaké míře odvozovat škodlivost pro individuální objekt, jehož správné určení v souladu se zásadou subsidiarity trestní represe by mělo primární. Proto se kategorii z hlediska společenské škodlivosti legitimně stanoveného objektu autor samostatně věnuje v rámci kapitoly třetí.

2.3. Význam zásady subsidiarity trestní represe ve vztahu k pojetí trestného činu dle tr. zák.

Není předmětem této práce zabývat se srovnáním materiálního a formálního pojetí trestného činu. Pro další obsahové zaměření lze jen stručně upozornit na již dříve formulované závěry Solnařovy o vztahu definic trestného činu s jeho pojetím, podle něhož nelze tyto pojmy zaměňovat; „*materiální definice charakterizuje totiž povahu trestného bezprávní, aniž si klade úkol přesně vymezit jeho meze; naproti tomu materiální pojetí má přímý význam pro jeho rozsah... Materiální pojetí trestného činu vyžaduje nutně též jeho materiální definice.*“ Definice mohou mít ráz pojmového vymezení nebo charakteristik, které jsou konkretizovány vymezením jednotlivých trestných činů. V tomto případě se pak spíše jedná o právně politický požadavek. Zároveň ale Solnař zmiňuje, že někdy může být pochybné, do jaké míry jde o materiální charakteristiku či materiální pojetí.⁶⁷ Jinými slovy v **materiálním pojmu (definici)** je formulováno kriminálně politické hledisko, jde za kodifikované trestní právo a ptá se na věcná kritéria trestného jednání. „*Materiální pojetí předřazenou definici normativizuje a typizuje pozitivně právně vymezenými znaky, ale také současně ve smyslu definice omezuje dosah tohoto formálního vymezení v rámci hmotného práva stanovením rozsahu (mezí) pomocí konkretizace obsahu definice pro individuální případy hmotně právními kritérii.*“⁶⁸

Formální pojem (definice) trestného činu je dogmatická konstrukce bez obsahové kriminálně politické definice, stanoví, že trestný čin je čin, který zákon zakazuje a za nějž stanoví trest. **Formální pojetí** omezuje realizaci pojmu trestného činu pouze pozitivním právním vymezením znaků trestného činu v rámci hmotného práva, tyto znaky typizuje a současně vymezuje.⁶⁹ Z toho však vyplývá, že „*formální pojetí trestného činu je slučitelné jak s formální, tak i materiální definicí trestného činu.*“⁷⁰ Ve druhém případě se formální pojetí snaží trestný čin pozitivně právně vymezit co nejpřesnějším vymezením znaků, aby tyto znaky a jejich souhrn vystihovaly obsahové požadavky definice trestného činu.⁷¹ Výhody tohoto pojetí mají spočívat v tom, že se

⁶⁷ Viz. Viz. SOLNAŘ, V.: *Systém českého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972, str. 18.

⁶⁸ PIPEK, J.: *Formální pojetí trestného činu a princip oportunitity*, Trestněprávní revue 11/2004, str. 312-313.

⁶⁹ PIPEK, J.: Op. cit. d., str. 313.

⁷⁰ SOLNAŘ, V.: *Systém*, Op. cit. d., 1972, str. 18.

⁷¹ PIPEK, J.: Op. cit. d., str. 313.

neumožňuje ponechat řešení vágních nebo širokých zákonných pojmů na judikatuře soudů, důsledně se naplňuje zásada žádný trestný čin bez zákona (čl. 39 Listiny), lépe reflektuje oddělení moci zákonodárné od soudní (soud zkoumá jen, zda jsou jednáním pachatele naplněny znaky trestného činu, aniž by mohl dospět k závěru, že při naplnění zákonných znaků nejde o trestný čin).⁷²

Ze shora uvedeného plyne, že **tr. zák. se v důsledku vymezení trestného činu v § 13 odst. 1 tr. zák.**⁷³ **hlásí k formálnímu pojetí.** Avšak natolik celá koncepce přece jen jednoduchá není, neboť dveře se alespoň částečné materializaci formálního pojetí trestného činu otevírají v použití slova „protiprávní“. Podle P. Šámala protiprávnost ve smyslu trestního zákoníku není jen formální protiprávností, neboť zdůrazněním, že trestný čin je jednání formálně protiprávní se nevyjádří jeho podstata, ani důvod jeho trestnosti. Proto protiprávnost v tr. zák. je jednotou stránky formální i materiální. Formálním způsobem poznávání totiž nikdy nelze pochopit smysl právní normy. *„Materiální protiprávnost má důležitý význam zejména při rozlišení trestných činů od dalších protiprávních činů a nakonec i jednání protiprávních od jednání v souladu s právem, neboť materiální charakter protiprávnosti je spatřován ve společenské škodlivosti, tedy v tom, co porušuje nebo ohrožuje právní statky trestněprávními normami chráněné.*⁷⁴

Ostatně již ze závěrů podaných v první kapitole vyplývá, že při sledování proporcionality (a tedy dodržení ústavněkonformního) zásahu do ústavně zaručené osobní svobody jedince není čistě formální výklad skutkových podstat možný bez ohledu na to, zda trestní kodex zakotvuje formální, materiální či kombinované pojetí trestného činu. To dokládá i další odborná literatura; podle O. Novotného *„formální pojetí trestného činu neznamená formální aplikaci trestněprávních norem. I při formálním pojetí je nutná náležitá interpretace trestněprávních norem umožňující poznání jejich smyslu a správnou aplikaci... postulát ultima ratio má nepochybně význam i pro interpretaci trestněprávních norem a vyplývá z něho, že trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protispoločenského jednání.*“⁷⁵ Jednou z možných inspirací názorů P. Šámala a O. Novotného je učení o materiální protiprávnosti F. v. Lista, podle kterého *„se porušení nebo ohrožení právních statků jeví jen tehdy*

⁷² Viz. ŠÁMAL, P.: K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku, *Trestněprávní revue* 17/2007, str. 637-638.

⁷³ „Trestným činem je protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně.“

⁷⁴ S odkazem na E. Olšara ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář.* C. H. Beck, Praha 2010, str. 87-88.

⁷⁵ NOVOTNÝ, O.: *Na okraj rekodifikace trestního práva hmotného*, *Trestní právo* 10/2004, str. 6.

*materiálně protiprávním, jestliže je v rozporu s účely právního řádu, resp. trestního práva vyčerpávajícími se v ochraně zájmů státu, společnosti, jednotlivce, čili v ochraně právních statků.*⁷⁶ Z textu J. Fenyka a D. Císařové tak v tomto ohledu materiální protiprávnost lze chápat jako účel sledovaný zákonodárcem.⁷⁷ J. Pipek v pasáži o formálním pojetí trestného činu dodává, že mechanický dopad formálního pojetí je korigován aplikací principu viny (přičitatelností – zjednodušeně odpovědí na otázku, zda pachatel za svůj čin může).⁷⁸ Přitom je opět v odkazu na kapitolu první nutné zdůraznit, že poznání smyslu trestních norem nelze činit pouze s odkazem na úmysl zákonodávce, ale je rovněž nutné tento úmysl korigovat mantinely, které trestnímu právu stanoví ústavní pořádek.⁷⁹ Na konkrétní formulaci bude pak záležet, zda ji bude možno ještě překlenout ústavně konformním výkladem nebo bude soud povinen předložit věc Ústavnímu soudu, dojde-li k závěru, že ustanovení, jehož má být použito je v rozporu s ústavním pořádkem (srov. čl. 95 odst. 2 Ústavy ve spojení s § 64 odst. 4 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu). Z rozhodnutí Ústavního soudu týkajících se ústavně konformního výkladu zákona lze vybrat zejména následující: „V demokratickém právním státě, který je chápán především jako materiální právní stát, nelze připustit užití platného zákonného ustanovení způsobem, který odporuje některé z fundamentálních ústavních zásad, ... Ústavní soud je přesvědčen, že povinnost soudů nalézat právo neznamena pouze vyhledávat přímé, konkrétní a výslovné pokyny v zákonném textu, ale též povinnost zjišťovat a formulovat, co je konkrétním právem i tam, kde jde o interpretaci abstraktních norem, ústavních zásad, ustanovení Listiny základních práv a svobod a závazků plynoucích z mezinárodních smluv.... Z mnoha myslitelných výkladů zákona je třeba v každém případě použít pouze takový, který respektuje ústavní principy (je-li takovýto výklad možný), a ke zrušení ustanovení zákona pro neústavnost přistoupit teprve, nelze-li dotčené ustanovení použít, aniž by byla porušena ústavnost (princip minimalizace zásahu).“⁸⁰

⁷⁶ FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D.: *Společenská nebezpečnost a materiální protiprávnost jako dvě formy vyjádření jediného znaku trestní odpovědnosti*, Trestní právo 9/2003, str. 17.

⁷⁷ FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D.: Tamtéž, str. 17.

⁷⁸ PIPEK, J.: Op. cit. d., str. 313. Není však uvedeno, jak blíže autor tento svůj názor míní. Zda v něm cílí na pozitivně zakotvené znaky zavinění v trestním zákoně nebo tím dává najevo, že i v šíři těchto znaků lze dojít k závěru, že se nejedná o trestný čin. Např. vyloučení spáchání trestného činu z nevědomé nedbalosti u některých nedbalostních deliktů.

⁷⁹ Z hlediska teorie právem chráněného zájmu („Rechtsgutstheorie“) se tímto problémem zabývá následující kapitola třetí.

⁸⁰ Rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 3. 2.1999, sp. zn. Pl. ÚS. 19/98 ze dne 03.02.1999. Konkrétně se jednalo o návrh senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu na zrušení určitých částí branného zákona a § 269 a 270 TrZ z roku 1961 pro rozpor se zásadou „*ne bis in idem*“ zakotvenou v čl. 40 odst. 5 Listiny. Podstata věci spočívala v tom, zda lze opětovně uplatňovat trestní odpovědnost za nenastoupení služby

V souladu se závěry O. Novotného, citovaného rozhodnutí pléna Ústavního soudu i částečně J. Pipka se jeví poněkud zbytečné precizovat, zda trestní zákoník zakotvuje formální či materiální pojetí trestného činu nebo formální pojetí spolu s materiálním pojmem trestného činu⁸¹ (což ostatně dle mého názoru v rámci Pipkových kritérií ani dost dobře nejde, jakmile je materiální pojem trestného činu kodifikován a má faktickou závaznost vymezuje rovněž rozsah bezpráví). I do formálního pojetí se nutně musí minimálně promítat ústavou zakotvené materiální meze rozsahu uplatnění trestní odpovědnosti. To ovšem neznamená popření tohoto formálního pojetí, neboť pokud se konkrétní pojmy trestního zákona vykládají v omezeném rozsahu, avšak stále i v souladu s jejich jazykovým významem (který je takto zúžen), zůstává tím znění skutkových podstat trestných činů zachováno a respektováno. Jinými slovy v současném pojetí ústavněprávního státu (alespoň v prostoru České republiky a Německa) úzké formální pojetí nemůže fakticky obstát. Je pak jen věcí teoretického názoru, zda současnou úpravu s korektivem zásady subsidiarity trestní represe budeme nazývat formálním či materiálně formálním pojetím. Konečně možnost koexistence formálního pojetí s určitým interpretačním pravidlem, a tedy důrazem na teleologický výklad, dokládá i skutečnost, že obligatorním znakem každé skutkové podstaty trestného činu je individuální objekt.⁸²

Funkce principu subsidiarity trestní represe zakotveném v tr. zák. je spatřována v jejím interpretačním významu.⁸³ Domnívám se, že toto vysvětlení je správné, neboť zásada subsidiarity trestní represe není součástí definice trestného činu (§ 13 odst. 1 tr. zák.). Jaký dosah tedy zkoumaná zásada vlastně má? Předně není možné v rámci argumentace obvyčejným právem dojít užitím zásady subsidiarity trestní represe k popření těch znaků skutkové podstaty, které jsou formulovány zřetelně a nesporně. Tak tomu bude zejména u znaků vyjádřených kvantitativně, např. škoda nikoliv nepatrná u trestného činu

v ozbrojených silách, pokud byl obviněný za tento čin již odsouzen, avšak službu po opětovném povolání příslušnými orgány nenastoupil. Návrh Nejvyššího soudu byl ze shora uvedených důvodů zamítnut.

⁸¹ V. Kratochvíl např. zpochybňuje, že někdejší § 394 odst. 2 („*Znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby v souladu s účelem trestního zákona byl za trestný čin považován jen čin společensky škodlivý*“) návrhu trestního zákoníku vyjadřuje jen pojem trestného činu. To je sice ve světle Pipkových názorů pravda, ale patrně nelze tvrdit, že by tím byl dán k formálnímu pojetí trestného činu protihráč, tedy že by dané ustanovení nemohlo s formálním pojetím trestného činu koexistovat (arg. viz dále). Srov.: KRATOCHVÍL, V.: *Pojetí trestného činu v osnovách trestního zákoníku ČR na přelomu tisíciletí a dnes*. In: VANDUCHOVÁ, M., GRIVNA, T.: *Pocita Otovi Novotnému k 80. narozeninám*, Aspi, Praha: Wolters Kluwer, 2008, str. 120 a 122.

⁸² Viz ŠÁMAL, P.: *K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku*, Právní rozhledy 17/2007, str. 639.

⁸³ Srov. ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář*. C. H. Beck, Praha 2010, str. 95. S odkazem na O. Novotného (viz kap. první) i německou literaturu Šámal, P.: Subsidiarita trestní represe ve vztahu k jednotlivým skutkovým podstatám trestných činů v trestním zákoníku, *Trestněprávní revue* 5/2010, str. 134 a 135.

krádeže podle § 205 odst. 1 písm. a). J. Jelínek v tomto smyslu vznáší otázku, zda lze vyložit uvedenou skutkovou podstatu tak, že nenaplnuje znaky krádeže, protože smyslem dané podstaty není kriminalizace takových jevů.⁸⁴ Podle mého názoru není v hypotetickém případě takový výklad nemožný, ale musel by se opřít o jiný znak (ať již zvláštní či obecné části trestního zákona) než-li je výše škody. Tento názor plyne z formulace § 13 odst. 1 tr. zák., protože pokud čin vykazuje znak škody nad 5000 Kč, ztěžší lze s ohledem na zákony formální logiky říci, že daný znak nebyl naplněn. Podporu pro dané tvrzení lze dále nalézt v judikatuře německého ústavního soudu týkající se rozlišení trestných činů od přestupků (viz kapitola 6), neboť stanovení hranice v rámci kvantitativního rozlišení těchto dvou forem deliktů přísluší zákonodárci. Bylo by tak jistě v rozporu s principem dělby moci, pokud by orgán činný v trestním řízení jasně formulovaný znak trestného činu ignoroval a vyložil jej po svém.

Současné řešení je tak vhodnější než předcházející úprava v TrZ z roku 1961, která v § 3 odst. 1 vznášela na pojem trestného činu dva samostatné požadavky – muselo jít o čin nebezpečný pro společnost, který se musel současně vyznačovat formálními znaky uvedenými v zákoně. V samostatnosti těchto požadavků právě spočívala slabina úpravy. Podle citovaného ustanovení postačovalo, aby soud shledal u konkrétního činu, že není nebezpečný pro společnost, pak nešlo o trestný čin. Tak bylo možné, jak již bylo shora řečeno, do určité míry obejít celou soustavu okolností vylučujících protiprávnost.⁸⁵

Je zapotřebí ovšem dodat, že již dříve judikatura předchozí materiálně-formální (materiální) pojetí trestného činu chápala v jiném (předešle uvedeném) smyslu. V nálezu IV. ÚS 565/99 Ústavní soud vyslovil, že „*nedostatek příslušných znaků* (myšl. formálních – pozn. autora) *skutkové podstaty trestného činu nelze zhojit ani případným odkazem na § 3 odst. 4 tr. zák.*“ V posuzovaném případě byl stěžovatel odsouzen obecným soudem za trestný čin zanedbání povinné výživy podle § 213 odst. 2 TrZ z roku 1961 proto, že úmyslně neplnil svou vyživovací povinnost k dceři, přičemž za uvedené období dlužil na výživném trojnásobek povinné měsíční částky. Takové jednání samo o sobě neodpovídalo podle Ústavního soudu žádnému znaku skutkových podstat obsažených v § 213 TrZ z roku 1961. Obecný soud vycházejíc z toho, že obžalovaný „*ani v minulosti vyživovací povinnost řádně neplnil a dlužné výživné opakovaně zaplatil vždy až v průběhu trestního řízení*“, poukázal na „*zcela liknavý*

⁸⁴ JELÍNEK, J.: *K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku*. In: Jelínek, J. (ed.) *O novém trestním zákoníku* : sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny. Praha: Leges, 2009 , str. 25.

⁸⁵ NOVOTNÝ, O.: *Znovu k návrhu nového trestního kodexu*, *Trestní právo* 3/2005, str. 2.

poměr“ obžalovaného k zákonné vyživovací povinnosti vůči jeho dcerám, a proto kvalifikoval v jeho případě i neplnění této povinnosti po poměrně krátkou dobu jako trestný čin podle § 213 odst. 2 TrZ z roku 1961. Taková kvalifikace jednání se však podle Ústavního soudu ocitla mimo kautely čl. 39 Listiny, podle něhož jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit.

Pokud budeme mít na zřeteli posledně citovaný judikát v tom smyslu, že i stupeň nebezpečnosti měl význam „pouze“ interpretační a bylo jej tak možné použít jen v rámci formálních znaků trestného činu, pak budou předchozí judikáty toto pravidlo dodržující použitelné i v budoucnu. To ostatně potvrzuje i část judikatury Nejvyššího soudu, podle níž *„porušení principu ultima ratio v podstatě v rovině ústavně zaručených práv popisuje (slovy trestního zákona č. 140/1961 Sb., ve znění pozdějších předpisů) nedostatek společenské nebezpečnosti skutku.“*⁸⁶

Lze tedy uzavřít, že zásada subsidiarity trestní represe tak, jak je zakotvena v § 12 odst. 2 má podobu významného interpretačního pravidla. Odkaz v důvodové zprávě k trestnímu zákoníku spojující zásadu subsidiarity trestní represe a kritéria pro stanovení druhu trestu a jeho výměry v § 39 odst. 2 je smysluplný, pokud ona kritéria (povahy a závažnosti trestného činu) budou mít autonomní význam pro posouzení trestnosti činu. Pokud některá z nich budí v tomto ohledu významné pochybnosti jako např. osoba pachatele, je třeba si uvědomit, že vždy mohou mít význam ve spojení s kritérii jinými. Formální pojetí trestného činu také nedovoluje při hodnocení trestnosti ignorovat jednoznačně stanovené znaky skutkové podstaty, pokud kriminalizují jednání skutečně škodlivé. Citovaný judikát Ústavního soudu sice se sice týkal užití ustanovení o nebezpečnosti trestného činu v neprospěch pachatele, avšak podle názoru autora je aplikovatelný i na případy, kdy by tomu tak bylo v pachatelův prospěch. Jednalo by se totiž o popření principu dělby moci, neboť obecnému soudu náleží v souladu se zásadou subsidiarity trestní represe pouze rozhodnout, zda jednání je či není dostatečně škodlivé, přitom se pohybuje v rozmezí možného výkladu znaků trestného činu definovaného zákonodárcem, závisí tak především na tom, nakolik obecně či naopak určitě jsou tyto znaky definovány. Mezi moci soudní a zákonodárnou však nemůže docházet k duplicitě. Pokud by soud popřel určitý znak definovaný jednoznačně jako např. výši škody (u trestného činu krádeže podle § 205 odst. 1 písm. a) by za dostatečně škodlivé

⁸⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 5. 2010, sp. zn. 11 Tdo 169/2010, spojení principu subsidiarity trestní represe nalezneme dále v usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. 7. 2010, sp. zn. 8 Tdo 784/2010.

jednání považoval teprve způsobení škody ve výši 10.000 Kč) , pak by činnost zákonodárce nahrazoval, neboť by se již nejednalo o výklad, ale o nahrazení staré normy normou novou.

Je třeba však na závěr této kapitoly zopakovat, že ani kritéria uvedená v § 39 odst. 2 tr. zák. škodlivost činu nedefinují dostatečně. Především neříká nic o tom, které zájmy v souladu s ústavou vlastně trestní zákoník chrání, o definování škodlivosti v tomto smyslu se snažila a stále usiluje německá nauka. Této problematice je věnována následující kapitola.

3. Škodlivost jednání jako předpoklad legitimacy uplatnění trestněprávních prostředků

3.1. Teorie právem chráněných hodnot (Rechtsgutstheorie)

A/ Obecné vymezení

V předcházející části práce byla v uváděných definicích představena u zásady subsidiarity trestní represe nutnost omezit se při uplatňování trestní represe pouze na společensky škodlivá jednání. Ačkoliv by se dalo z čistě teoretického hlediska s tímto ztotožňováním polemizovat, neboť, jak bylo naznačeno, princip subsidiarity spíše tradičně předpokládá určitou restrikcí prostředků jedné entity k druhé, pokud je sledovaného účelu možno dosáhnout i na entitě podřízené, je tato polemika vzhledem k vžitému pojetí i znění trestního zákona (§ 12 odst. 2 tr. zák.) bezpředmětná. Navíc alespoň z jazykového hlediska nelze popřít, že subsidiárnost trestního práva spočívá v tom, že nereguluje jakékoliv lidské jednání, ale podpůrně pouze takové, které je společensky škodlivé.

Bylo rovněž poukázáno, že kritérium škodlivosti souvisí s ochrannou funkcí trestního práva. Podívejme se nyní na obsah účelu trestního práva podrobněji, abychom tak mohli najít odpověď na to, jaká jednání jsou skutečně společensky škodlivá. V německé nauce se tomuto problému věnuje tzv. teorie právního statku (Rechtsgutstheorie). **Pro další části práce je zde nutné vymezit jasně ústřední pojem „Rechtsgut“ – kterýžto lze přeložit jako právem chráněný zájem, právem chráněná hodnota či právní statek. Těchto pojmů bude dále užíváno pouze ve smyslu – z hlediska dané teorie – legitimně chráněného zájmu, nikoliv jakéhokoliv zájmu, který zákonodárce sleduje a jež by bylo možné podřadit v české terminologii pojmu objekt trestného činu.**

Také v rámci německé teorie se však jedná o odklon od původního Bindingova pojetí, v němž se tento významný Freiburský právní vědec jako první na počátku 20. století snažil s pomocí teorie právního statku převést pozitivní trestní právo a legitimaci státu k trestání na společného jmenovatele. Podle něj je objekt trestného činu normou, která udává důvod trestnosti, a jako taková předchází trestnímu zákonu. Právě Binding pojmenovává objekt trestného činu slovem právem chráněný zájem („Rechtsgut“). Binding jako důvod trestnosti označuje podmínky „zdravého lidského společenství“, na které pomýšlí zákonodárce při kriminalizaci. V tomto ohledu je později nicméně Binding kritizován, protože vztahuje-li se pojem Rechtsgut na pozitivní právo, přísluší

tím zákonodárci neomezené oprávnění ke kriminalizaci lidského jednání.⁸⁷ Tradiční Bindingovo pojetí lze označit jako systémově imanentní pojem právního statku, pojetí definované v předchozím odstavci jako systémově kritický pojem právního statku.⁸⁸

Ostatně již samo jazykové vyjádření pojmu Rechtsgut v sobě obsahuje pozitivně myšlený – „Gut“ – vztah skutečnosti k subjektu. „*Jako právní pojem je tento vztah orientován na realizaci vnější svobody subjektu (jako osoby uznané právem), tj. na jeho samostatnost, která nemůže být uskutečňována samostatně v izolovaném vztahu k sobě samému jako sebeurčujícím individuu, nýbrž je od počátku spoluovlivňována a určována vztahem k jiným osobám, pokud jejich jednání tento vztah jako právem uznaný zájem – a tím současně jeho nositele – respektují.*“ V tomto ohledu je odmítáno spojovat pojem Rechtsgut s pojmem hodnota, objekt.⁸⁹ Nejde však o názor obecně přijímaný, v jiných definicích se pojem hodnota objevuje.⁹⁰

C. Roxin pod pojmem **právem chráněné zájmy (Rechtsgüter)** rozumí „*všechny danosti nebo cíle, které jsou nutné pro svobodný rozvoj jedince⁹¹, uskutečnění základních práv a pro fungování na těchto cílech postaveného státního systému.*

V této souvislosti bývá poukazováno na teorie společenské smlouvy, podle kterých se jedinci vzdávají části své svobody ve prospěch státu, aby tak stát zajistil jejich společnou mírovou existenci. Z toho tedy vyplývá, že trestní právo nesmí omezit lidskou svobodu více než je k dosažení mírové a svobodné koexistence nutné.⁹² Tomu je blízká i načrtnutá teze M. Kahlo o pojetí pojmu „Rechtsgut“ jako určitého vztahu.

⁸⁷ Srov. KUNZ, L.: *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, Berlín: Duncker et. Humblot, 1984, str. 136 a 138, včetně literatury tam uvedené. Ohledně kritiky odkazováno na Amelunga a v. Liszta. Toto pojetí nachází však i dnes své zastánce v německé literatuře – např. JAKOBS, G.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. vydání, Berlín: Walter de Gruyter, 1991, str. 39 an. **Uvedený autor však tamtéž připouští, že kritické pojetí pojmu právního statku převažuje.** Jednou z námitek proti uznání systémově kritického pojmu právního statku je tvrzení, že se dodnes nepodařilo nalézt jednoznačnou definici tohoto pojmu. Srov. STRATENWERTH, G.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. vydání, Carl Heymanns Verlag, Mnichov 2004, str. 29. Pro výklad obsahu zásady subsidiarity trestní represe však tyto názory význam nemají, neboť tuto zásadu jako právně závaznou neuznávají, a tudíž nemohou dát ustanovení § 12 odst. 2 tr. zák. žádný srozumitelný obsah.

⁸⁸ Srov.: SCHÜNEMANN, B.: *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation* in: HEFENDEHL, R., HIRSCH, A., WOHLERS, W. (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperspiel?*, Baden Baden 2003, str. 134.

⁸⁹ Srov. KAHLO, M. *Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht* in: Hefendehl, R., Hirsch, A., Wohlers, W. (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperspiel?*, Baden Baden 2003, str. 27-28.

⁹⁰ „Güter sind Gegenstände, die einen Wert haben.“ Cit. AMELUNG, K. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz* in: Hefendehl, R., Hirsch, A., Wohlers, W. (eds.), *Op. cit. d.*, viz pozn. č. 85.

⁹¹ Pojem svobody zdůrazňuje ve své definici rovněž M. Kahlo – „*Trestním právem chráněné zájmy („Strafrechtsgüter“)* jsou obsahově určité, trestním právem uznané prvky bytí podmiňující vnější, samostatnost umožňující svobodu právních subjektů, které ji účinným způsobem projevují, a tak na základě vzájemného uznávání aktuální praxe samy vždy konstituují.“ Viz Kahlo, M. *Op. cit. d.*, str. 29.

⁹² ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München: C. H. Beck, 2006., str. 16.

Dané schéma vyplývá z toho, že jednotlivci vstupují do takových forem života, ve kterých jsou s ostatními spojeni za účelem zachování sebe samotných jako subjektů jednajících z vlastní vůle.⁹³ Ve světle liberální teorie J. S. Milla je pak zdůrazněno, že mohou být **sankcionována jen taková jednání, která se vztahují ke druhým a druhé poškozují.**⁹⁴ Na spojitost mezi teorií společenské smlouvy a teorií právem chráněného zájmu poukazuje dále W. Hassemer, podle kterého společenská smlouva spočívá na principu rovnosti a vzájemnosti, který se týká zřeknutí se svobody. Bez toho by se demokratická rovnováha této smlouvy proměnila v nadvládu jedněch nad druhými.⁹⁵ Z tohoto obecného a snahou o doslovnější překlad snad deformovaného závěru lze vyvozovat následující praktické důsledky. Předně teorie společenské smlouvy hovoří pro akcentaci společenské škodlivosti trestním právem (obecně však jakoukoliv normou) zakázaného jednání. Pokud omezení svobody není vyváženo nějakým užitkem, nemůže se jednat o zřeknutí se svobody na principu vzájemnosti. Touto vzájemností je ochrana společnosti před škodlivými činy. Pokud norma tento cíl nesleduje, je omezení svobody nadbytečné a ničím nevyvážené. Za druhé pokud toto pravidlo nebude respektováno a bude možné bez jakéhokoliv hlediska prohlásit momentálně nekonformní jednání za nezákonné, vláda momentální většiny se svrhne ve svévolnou nadvládu nad menšinou. Pod touto optikou jako obecným principem je třeba hodnotit dále uváděné teze ohledně tabuizovaných či jen domněle škodlivých jednání. Nejde o prosazování něčeho, co by mělo být shledáváno jako následováníhodné, ale o rozbor naší reality – zda pravidla omezující svévoli většiny platí pro všechny případy nebo jen pro některé.

Rovněž B. Schünemann považuje teorii právem chráněného zájmu za legitimační základ trestního práva a spatřuje v ní nadpositivní požadavky na legitimní výkon státní moci. Uvedená teorie tak vytváří nevyslovené premisy každého liberálně demokratického právního státu bez ohledu na to, zda jsou tyto premisy v ústavě takového státu skutečně zakotveny.⁹⁶

Rozlišují se **individuální právem chráněné zájmy**, jako např. lidský život, zdraví, vlastnictví, a **univerzální právem chráněné zájmy**, chránící zájmy veřejnosti (Allgemeinheit), jako např. soudnictví, zajištění státních daní. Ty druhé pak podléhají

⁹³ KAHLO, M. Op. cit. d. str. 28.

⁹⁴ KAHLO, M.: Op. cit. d., str. 33.

⁹⁵ HASSEMER, W.: *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, Zeitschrift für Rechtspolitik 10/1992, str. 379-380.

⁹⁶ SCHÜNEMANN, B. *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberálem Rechtsstaat* in: Hirsch, A., Seelmann, K., Wohlers, W. (eds.): *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, str. 21.

stále kritické diskusi, neboť právě k nim mají blízko konstruované objekty trestných činů, které jsou právem chráněnými zájmy jen zdánlivě („Scheinrechtsgüter“). Pro toto rozlišení je podstatné, že skutečné univerzální právem chráněné zájmy naposled také chrání zájmy individuální (viz shora uvedená definice), jsou to jakési zprostředkující zájmy individua.⁹⁷ Je zřejmé, že zajištění daňových nároků státu také slouží zájmům jednotlivce, neboť jedině tímto způsobem mohou být financovány státní funkce, které občan očekává. Podobně lze argumentovat i v případě zajištění řádného výkonu soudnictví, neboť bez účinné schopnosti prosadit cíle soudnictví by ve výsledku byl postižen i občan, který očekává právo na soudní ochranu.

C. Roxin stručně klasifikuje devět skupin případů, kdy trestní právo sankcionuje jednání, u nichž je legitimita trestnosti s ohledem na teorii právem chráněných zájmů sporná. Aby nedocházelo k prostému přejímání závěrů zmíněného velkého teoretika německé právní vědy, pokusíme se dané případy dále rozčlenit do dvou skupin, u první z nich je trestnost vyloučena absolutně, u druhé pak je reakce trestního práva omezena na splnění určitých podmínek.

B/ absolutně nepřijatelné důvody trestnosti jednání

1. svévolné, čistě ideologicky motivované nebo základní práva porušující trestní normy

Rovněž B. Schünemann s odkazem na C. Beccariu hovoří o tom, že nasazení trestního práva k pouhému prosazení forem života, tedy k nucenému etablování určité ideologie jako společenskou smlouvou nezahrnuté tyranie bylo pranýřováno již od poloviny 18 století.⁹⁸

2. nemravnost, protivení se zvykům nebo jiná zavržením hodnost jednání nezakládají samy o sobě dotčení právem chráněného zájmu

Pokud není zároveň splněna podmínka dotčení pokojného spoluzití lidí, nelze těmito důvody trestnost jednání legitimizovat.⁹⁹ Roxin zde zmiňuje příklad trestnosti homosexuality. Jednání, které se odehrává se souhlasem zúčastněných v jejich soukromé sféře, se nedotýká ničích svobody či jistoty.¹⁰⁰ V této souvislosti

⁹⁷ ROXIN, C., Op.cit. d., str. 17. S odkazem na literaturu tam uvedenou.

⁹⁸ SCHÜNEMANN, B. Op. cit. d. in: Hirsch, A., Seelmann, K., Wohlers, W. (eds.): *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nommos, 2006, str. 20.

⁹⁹ Obdobně Young-Cheol Yoon konstatuje s odkazem na princip *ultima ratio*, že úkolem trestního práva není vychovávat občany k morálce, ale ochrana právních statků, ve kterých se očividně ztělesňuje svoboda a práva občanů. Srov. YOON, J.-Ch.: *Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen*, Frankfurt a. M., Berlín, Bern, Brusel, New York, Vídeň: Lang, 2001, str. 23.

¹⁰⁰ ROXIN, C., Op.cit. d., str. 19.

je nutné zdůraznit význam vědních oborů souvisejících s trestním právem. Právě v případě homosexuality se dříve uváděl jako důvod trestnosti tzv. teorie svedení, která předpokládala, že homosexuální orientaci lze navodit učením. Dnešní sexuologie má však za to, že vznik homosexuální orientace je zřejmě multifaktorální, uplatní se činitelé genetictí, vlivy v době utváření sexuálních center mozku a pravděpodobně taky psychogenní vlivy ze sociálního prostředí v prvních letech života. Vše nasvědčuje tomu, že homosexualitě nelze nikoho naučit, ani odnaučit.¹⁰¹ Na základě tohoto poznatku by tedy již nebylo možné trestání homosexuality odůvodňovat tím, že při jejím praktikování hrozí nebezpečí jejího šíření na heterosexuální osoby. Ostatně i tento důvod – určitá snaha zachovat reprodukční schopnost lidského rodu – je z hlediska teorie právem chráněných zájmů sporná, neboť tím nikterak není dotčena svoboda či jistota člověka.

Problém lze spatřovat v tom, že samotné normy ústavního práva pojem mravnosti (čl. 17 odst. 4 LZPS) či mravního zákona (čl. 2 odst. 1 GG) používají. Jedná se o zájmy společného blaha („Geheimwohlinteressen“), které jsou v těchto případech kvalifikovanou výhradou zákona při zásahu do daných základních práva, a tedy zvláštním legitimačním důvodem pro zákaz určitého jednání („Verhaltensvorschriften“).¹⁰² O. Lagodny v tomto případě, aniž by se k tomuto názoru výslovně hlásil, odkazuje zpět na C. Roxina s tím, že pod pojmem mravní zákon lze rozumět pouze elementární mravní normy, jejichž dodržování je přikázáno nejen kvůli nim samotným, ale proto, aby bylo zabráněno společensky škodlivým účinkům. Sám poté stanoví hranice volné úvaze zákonodárce o tom, co je mravním zákonem, tím, že se jedná o pojem na základě širokého společenského konsensu konkretizovatelný. „*Mravní představy musí být jednoznačně a všeobecně uznávány*“. V žádném případě se nesmí jednat o partikulární zájmy (např. náb. společnosti nebo církve), v tomto ohledu je dána i spojitost se zásadou rovnosti.¹⁰³

3. vědomé sebepoškození, jeho umožnění nebo podporování

Tento problém se vyvstává zejména s kriminalizací drog. Německý ústavní soud se podrobně zabýval konformitou trestněprávního zákazu nabytí a držby rostliny

¹⁰¹ BRZEK, A.: *Sexuologie pro právníky*. Praha: Karolinum, 1997, str. 45. Od homosexuální orientace je přitom třeba odlišovat bisexuální chování, např. při nouzové sexualitě ve věznicích. Srov. BRZEK, A.: *tamtéž*, str. 49. Avšak takové dočasné jednání rovněž není nijak společensky škodlivé.

¹⁰² Srov. LAGODNY, O.: *Op. cit. d.*, str. 138 a 142.

¹⁰³ LAGODNY, O.: *Op. cit. d.*, str. 160-161.

konopí v dále rozebíraném nálezu (BVerfGE 90, 145). Přitom došel k ústavní konformitě tohoto zákazu jednak s ohledem na ohrožení druhých (zejména mladistvých), jednak s ohledem na možnost využití zásady oportunity v málo závažných případech.

4. tabu

O trestněprávní ochranu určitého tabu se jedná tehdy, pokud inkriminované jednání je širokým okruhem obyvatelstva nahlíženo jako neakceptovatelné, není však zřejmý důvod, proč by měl být tento zájem chráněn trestním právem. Příkladem je soulož mezi příbuznými, která je od nepaměti v našem kulturním okruhu považována za tabu, je však nejasné koho nebo čeho se takové jednání dotýká. Jako snaha o racionalizaci této normy se namítají takové škodlivé účinky incestního jednání jako je rozvrat rodiny nebo geneticky způsobené poškození zdraví potomků.¹⁰⁴ První z argumentů je sporný s ohledem na genezi incestu, který vzniká často právě v důsledku už patologických rodinných vztahů (viz dále). Navíc není zřejmé, že by zákonodárce chtěl stíhat jednání způsobující rozvrat rodiny, v opačném případě by muselo být trestný činem shledáno např. rozvrácení rodiny v důsledku nevěry. Tak příkré nazírání by však liberálně demokratickému státu mělo zůstat cizí. Posuzováno z právního hlediska je sice pravdou, že zákonodárce se může volně rozhodnout, které ze škodlivých jednání učiní trestným, ovšem zároveň se alespoň obecně zohledňují věcná kritéria (rovněž viz kapitola šestá).¹⁰⁵ V daném případě není přitom vůbec zřejmé, v čem by mělo být incestní jednání s ohledem na právem chráněný zájem škodlivější než nevěra vedoucí k rozvodu manželství. Navíc rozpad rodiny v důsledku incestu zdá se vůbec pouze domnělý v případě sourozeneckých vztahů. V případě genetických poruch dětí je pak z hlediska teorie právem chráněného zájmu nepřipustné se zaměřovat na eugenetické důvody. Takový pohled by musel jinak vést nutně k závěru, že plození potomků je třeba zakázat u osob s vysokým rizikem genetických chorob. To je jistě i s ohledem na historickou zkušenost nacistických praktik naprosto nepřipustné. Pokud jde o ochranu

¹⁰⁴ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 27.

¹⁰⁵ Srov. ve vztahu k ústavní konformitě § 257b TrZ z roku 1961 („sprejerství“) nálezu Ústavního soudu ze dne 18. 3. 2003, sp. zn. Pl. 4/03, publikováno pod č. 5 ve. 29. Sb. nál. a usn., kde bylo konstatováno, že „*diferencované skutkové podstaty nejsou...výrazem nerovnosti či diskriminace různých skupin pachatelů*“, což bylo myšleno v porovnání citovaného §, který k trestnosti nevyžadoval minimální výši škody, s § 257 TrZ z roku 1961 zakotvujícího trestný čin poškození cizí věci, který naopak minimální výši škody vyžadoval. Věcným kritériem stojícím na pozadí rozhodnutí zákonodárce zde byla ochrana nejen majetkových práv, ale i estetických hodnot a postih kolektivně sdílených postojů pachatelů (sprejerů), jejichž činnost zasahuje do práv třetích osob.

kvality života potenciálně poškozených potomků, je absurdní chránit někoho před geneticky způsobeným poškozením tím, že mu život zcela odepřeme.

Český zákonodárce se problémem alespoň co do obsahu důvodové zprávy při přijetí nového trestního zákoníku důsledně nezabýval. Důvodem trestnosti trestného činu soulože mezi příbuznými mu jednoduše byla zmínka o morální zásadě.¹⁰⁶ To však ze shora udevených důvodů teorii právem chráněného zájmu odporuje.

5. objekty s neuchopitelnou abstraktností

Podle C. Roxina není legitimní objasňovat právem chráněné zájmy abstraktními výrazy, u kterých se ve skutečnosti jedná o ochranu individuálních právních statků. To platí např. pro veřejné zdraví či zdraví národa („*Volksgesundheit*“) jako právní statek chráněný německým zákonem o omamných látkách. Protože národ („*Volk*“) nemá žádné reálné tělo, nemůže něco jako veřejné zdraví v přesném slova smyslu existovat. Na ochraně fiktivního právního statku nemůže podle Roxina spočívat pohružka trestem.¹⁰⁷ Blíže se touto problematikou v poslední době zabýval R. Hefendehl.¹⁰⁸

C/ důvody trestnosti jednání přípustné jen za splnění dalších podmínek

1. popsání cílů sledovaných zákonem

Prosté popsání cílů sledovaných zákonem ještě nedostačuje k ospravedlnění trestnosti jednání, musí být tedy nalezen takový účel zákona, který se dotýká pokojného spoluzití lidí a způsobuje nějakou škodu. Roxin v této souvislosti např. zpochybňuje bezvýjimečnou trestnost obchodu s lidskými orgány, neboť z deklarovaného objektu „odnětí darování orgánů komerčním úvahám/cílům“ ještě není patrné, jaké osobní a společenské škody vznikají např. z toho, že někdo za posmrtné darování orgánů požaduje přiměřenou odměnu ve prospěch svých pozůstalých.¹⁰⁹

Zde podle mého názoru spočívá jeden z nejpodstatnějších a zároveň náročných úkolů vědy trestního práva i judikatury, a sice aby pro existující skutkové podstaty nalézala jen takové objekty trestných činů, jejichž porucha nebo ohrožení jsou ve shora uvedeném smyslu skutečně škodlivé. Jak vyplývá

¹⁰⁶ Viz důvodovou zprávu k zák. č. 40/2009 Sb., sněmovní tisk 410, 5. volebním období (2006-2010).

¹⁰⁷ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 28.

¹⁰⁸ HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 2002

¹⁰⁹ ROXIN, C. Op. cit. d., str. 18 a 19.

z předcházejících statí práce, jediné tímto způsobem definované objekty mohou být základem ústavně konformní interpretace jednotlivých trestných činů.

2. dotčení lidské důstojnosti nebo důstojnosti lidstva

Lidská důstojnost je pochopitelně legitimním a jedním z nejpodstatnějších právem chráněných zájmů, avšak jen pokud souvisí s pokojným spolužitím. Tomu se jistě protiví jednání jako znásilnění, mučení za účelem získání doznání aj. Problém legitimnosti je spatřován teprve tehdy, pokud se dotčení lidské důstojnosti považuje pouze za možné, zde existuje úzká spojitost se shora popsanou zavrženíhodností jednání. Ke společensky škodlivému chování nepatří sebezneuctění např. při sexuálním styku se zvířaty.¹¹⁰ V dané souvislosti je pochybný účel kriminalizace šíření pornografie podle § 191 tr. zák. Aplikací trestného činu obdobného znění podle § 205 TrZ z roku 1961 se zabýval ve svém usnesení Ústavní soud, který uznal legitimnost omezení základních práv sledovaných touto skutkovou podstatou z důvodu ochrany veřejné morálky. Míru nezbytnosti této ochrany však ponechal na úvaze obecných soudů, sám žádné ústavněprávní mantinely pro aplikaci dané skutkové podstaty nevytvořil.¹¹¹ Z hlediska teorie právem chráněných zájmů je však bezbřehá trestnost jednání, která popisuje skutková podstata § 191 odst. 1 nepřijatelná. Na rozdíl od C. Roxina (srov. rovněž bod 3) se sice domnívám, že v rozporu s mírovým spolužitím je rovněž nedobrovolné vystavování člověka pocitům studu či znechucení za okolností, v nichž nelze běžně takovou situaci předvídat (např. exhibicionistické obnažování na místě veřejně přístupném¹¹²). Trestně právní ochrana se pochopitelně nemusí omezovat jen na ochranu fyzické integrity, k pokojnému spolužití je rovněž předpokladem ochrana před zásahy do integrity psychické (do určité míry chráněné např. trestným činem pomluvy). Nelze tedy většinovou populaci nutit k diskriminaci ze strany deviantních osob, jejichž chování by byl dán neomezený prostor, zatímco většina populace by jej musela za předpokladu újmy na svém psychickém prožívání nuceně strpět. V souvislosti s § 191 odst. 1 by se tak jednalo o případ vystavování deviantní pornografie na místě veřejně přístupném, její nevyžádané zasílání atp. Je však diskutabilní, jakou škodlivost představuje šíření deviantních pornografických

¹¹⁰ ROXIN, C., Op.cit. d., str. 20-21.

¹¹¹ Srov. Usnesení Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2004, IV.ÚS 606/03, publikováno pod č. 23 ve 33 Sb. nálezů a usn.

¹¹² Srov. naproti tomu ROXIN, C., Op. cit. d., str. 22.

materiálů, které má na mysli § 191 odst. 1, mezi osobami těchto sexuálních deviací. Lze spatřovat škodlivost v tom ohledu, že výměnou takových materiálů se dané osoby v deviantním chování utvrzují, a tudíž hrozí nebezpečí jejich praktikování? V tom případě by však mohlo jít jen o míru násilí a neúcty k člověku, které jsou sankcionovány trestním zákonem jako poruchové delikty. Nikoliv tedy jakékoliv násilí a jakákoliv neúcta, neboť pak by byla tato předstižná ochrana, stíhání předpolí zločinu širší než ochrana před dokonanými útoky proti fyzické integritě či lidské důstojnosti. Ale dále by bylo třeba zodpovědět minimálně otázku, v čem je škodlivé praktikování zoofilie, pokud není zároveň naplněna skutková podstata tr. činu podle § 302 tr. zák.?

3. ochrana pocitů

Podle Roxina není úkolem trestního práva chránit občany před negativními emocemi nebo před pocity znechucení. Hranice, kdy se i tato ochrana stává pro trestní právo relevantní, začíná v okamžiku, kdy se jednotlivec cítí ohrožený ve svém pocitu jistoty. Mírové a svobodné spolužití totiž předpokládá, že jednotlivec se nemusí druhých obávat nebo se od nich nechat diskriminovat. Legitimní jsou tak delikty sloužící ochraně cti (např. pomluva, § 185 StGB), podněcování k trestnému činu (§ 130a StGB). Uvedené pravidlo taky Roxin demonstruje na případu trestného činu exhibicionistických jednání (§ 183 StGB), ta mají být hodnocena jako trestná pouze tehdy, pokud se tak děje za okolností, které u dotčených žen vyvolají strach, že jednání přeroste v sexuální napadení.¹¹³ Výhrady k tomuto názoru byly uvedeny výše.

4. symbolické trestní normy

Představují trestní předpisy, které v první řadě nerozvíjí konkrétní ochranné účinky, ale které z důvodu vyznání jistých hodnot považují určité jednání za škodlivé a které mají sloužit k sebezprezentování politických nebo světonázorových skupin. Legitimita takových předpisů závisí na tom, zda tyto normy vedle demonstrace hodnotových postojů jsou také nutné k ochraně mírového spolužití. Roxin se v této souvislosti pozastavuje nad kriminalizací tzv. „osvětimské lži“, avšak to pouze v tom ohledu, že pouhé popírání historické skutečnosti, které nemá agitační nebo zlehčující charakter („zločiny byly údajně méně závažné než se tvrdí“), se mírového spolužití ještě nedotýká.¹¹⁴

¹¹³ ROXIN, C. Op. cit. d., str. 23.

¹¹⁴ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 25-26.

Přes načrtnuté teze však přeci jen zůstává v základním ohledu účel právem chráněného zájmu nejasný. Na jedné straně se zdůrazňuje, že nelze ztotožňovat pojem „Rechtsgut“ se smyslem zákona (ratio legis)¹¹⁵, což je patrné zejména z Roxinových závěrů, na druhé se připomíná, že funkcí cílem definované teorie není vázat zákonodárce na materiální význam právem chráněného zájmu. Namísto toho v rámci parlamentně-demokratické dělby moci váže legitimaci konkrétního trestání ze strany státu na účel ochrany („Schutzkonzept“) zakládajícím se na zákoně („gesetzbegründete“).¹¹⁶ O něčem podobném hovoří i P. Šámal, když hledisko společenské škodlivosti jako interpretační pravidlo podle něj „vyplývá i z toho, že znakem každé skutkové podstaty trestného činu je individuální objekt“.¹¹⁷ Uvedená argumentace je s odkazem na dělbu moci jistě přijatelná, avšak je zde zapotřebí najít takový účel zákona, který by byl ústavně konformní. Pokud znění zákona žádný takový výklad neumožňuje, je nutné se vrátit v rámci přezkumu jeho ústavnosti opět k materiálnímu významu pojmu právem chráněný zájem. Rozdíl od materiálního pojetí trestného činu je zde však přesto markantní, v rámci přezkumu normy je nutno přiznat zákonodárci určité pole volné úvahy, kdy se o škodlivé jednání jedná.

¹¹⁵ STRATENWERTH, G.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Mnichov: Carl Heymanns Verlag, 1984, str. 258.

¹¹⁶ GAEDE, K. *Kraft und Schwäche der systemimmanenten Legitimationsfunktion der Rechtsgutstheorie am Beispiel des Subventionsbetrug*, str. 284. In: Hefendehl, R., Hirsch, A., Wohlers, W. Op. cit. d., viz pozn. č. 88.

¹¹⁷ ŠÁMAL, P: *K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku*. Právní rozhledy 17/2007, str. 639.

3.2. Judikatura německého ústavního soudu týkající se teorie právem chráněného zájmu

Na úvod třeba předestřít, že v judikatuře německého ústavního soudu se vyskytují z hlediska uplatnění zásady ultima ratio velká úskalí. Ústavní soud se sice běžně k pojednávané zásadě hlásí, nicméně mu prozatím nikdy nebyla podkladem pro zrušení trestněprávní normy. Teorie právem chráněného zájmu se soustředí na tu část definice zásady subsidiarity trestní represe, která požaduje, aby trestní právo kriminalizovalo pouze jednání společensky škodlivá. V předchozí podkapitole byly představeny základní argumenty pro toto pojetí. Pokusme se nyní na třech zásadních případech projednávaných německým Ústavním soudem demonstrovat, nakolik se výše uvedené závěry odrážejí v rozhodovací praxi. První z vybraných rozhodnutí patří mezi četně citované nálezy v literatuře věnující si teorii právního statku či vztahu trestního a ústavního práva. Jedná se o nález ve věci zákazu nabytí a držby rostliny konopí pro vlastní potřebu („Cannabisverbot“), druhý nález pochází z nedávné doby a týká se ústavní konformity kriminalizace trestného činu soulože mezi příbuznými. Jde o záležitost stále aktuální, neboť po zamítnutí ústavní stížnosti je případ projednáván před Evropským soudem pro lidská práva. Třetí nález se pak od předchozí dvojice liší, neboť se v něm nejedná o zákaz kriminalizace, ale naopak povinnost trestním právem sankcionovat umělé přerušování těhotenství. Nacházejí se v něm však významné argumenty dotýkající se subsidiarity trestní represe, a to včetně vztahu trestního a přestupkového práva (blíže rovněž kapitola 6).

A/ ústavní konformita trestněprávního zákazu nabytí a držby rostliny konopí

O některých relevantních pasážích nálezu již bylo pojednáno v kapitole první, kde lze rovněž nalézt citaci zkoumané zákonné úpravy.¹¹⁸ Zde se soustředíme pouze na pasáže relevantní z hlediska teorie právem chráněného zájmu. V první řadě je zde významná zmínka o vnějších účincích užívání drog. Byl zde zkoumán zásah do práva na svobodný rozvoj osobnosti (čl. 2 odst. 1 GG, obdoba v ČR čl. 8 odst. 1 Listiny). Případ nespadal do jádrové oblasti utváření soukromého života, která je chráněna absolutně bez jakýchkoliv výjímek. Zacházení s drogami, zejména jejich užívání má totiž podle ústavního soudu četné společenské vnější a vzájemné účinky.¹¹⁹ Odráží se nám zde tedy

¹¹⁸ Viz str. 12.

¹¹⁹ Nález 2. senátu německého Spolkového ústavního soudu ze dne 9. 3. 1994, BVerfGE 90, 145, str. 171.

teorie právem chráněného zájmu v tom ohledu, že sankcionovatelné je pouze jednání, které má nějaký účinek navenek. Konkrétně škodlivost zakázaného jednání spatřuje Ústavní soud v ochraně obyvatelstva, především mladistvých před závislostí. Zdůrazňuje, že se nemusí jednat o ochranu před jednáním bezprostředně ohrožující zdraví jednotlivce. „*Spíše jde o vytvoření sociálního spolužití takovým způsobem, který zamezuje škodlivým účinkům zacházení s drogami.*“ Ve prospěch zákazu marihuany je zde argumentováno tradičně tak, že jejím prostřednictvím si obzvláště mladiství zvykají na drogy. Upevňování jejich osobnosti tak může být omezeno.¹²⁰ S ohledem na mladistvé jsou zmiňovány i jiné potenciální škodlivé účinky jako např. poruchy chování a deprese, byť obecně se podle citované literatury jedná o málo pravděpodobná rizika. V nálezů představené odborné studii také zpochybňují názor, že by konzumace produktů z konopí vedlo k užívání dalších drog, jen 2,5 % uživatelů hašiše podle uvedených průzkumů užívalo také jiné drogy spadající pod zákon o omamných látkách.¹²¹ Na tomto místě činí Ústavní soud z hlediska zkoumané problematiky snad nejvýznamnější závěr: „*Zdravotní rizika jsou z dnešního pohledu menší, než měl zákonodárce na mysli v době přijetí zákona, dle dnešního stavu poznání však zůstávají nebezpečná a rizika... Kriminálně politická diskuse o tom, zda snížení konzumace bude spíše dosaženo generálně preventivními účinky trestního práva nebo legalizací konopí... není uzavřena. Vědecky fundované závěry, které by závazně mluvily pro správnost jedné či druhé cesty, neexistují.*“¹²² Implicitně se zde tedy tvrdí, že vědecké poznatky mají pro posouzení škodlivosti kriminalizovaného jednání svou relevanci, pokud však jejich závěry nejsou nepochybné, má zákonodárce právo rozhodnout se pro kriminalizaci. Potvrzuje se tím i dřívější judikatura, z níž plyne, že neplatí zásada „*in dubio pro libertate.*“ Naopak vyskytuje se zde s pojetím, že relevantní je pro posouzení momentální stav poznání, nikoliv situace v době přijímání právní normy, jejíž zohlednění sleduje subjektivní hodnocení zákonodárce a tím pouze vyloučení možné svévole, což bylo v některých nálezech ústavního soudu shledáno jako relevantní.

Další zmínka významná z hlediska zásady subsidiarity trestní represe tak, jak je vykládána v české nauce (viz kapitola 2), je vyzdvižení vztahu zavinění a závažnosti trestného činu, které musí vůči sobě být ve přiměřeném poměru. Jde o argumentaci

¹²⁰ BverfGE 90, 145, str. 174.

¹²¹ BverfGE 90, 145, str. 181

¹²² BverfGE 90, 145, str. 181-183.

proporcionalitou v užším smyslu.¹²³ Tím se vyzdvihuje určitá „vnitřní subsidiarita trestní represe“, neboť se vlastně říká, že nelze hrozit přísnějším trestem než je potřebné. O této problematice s odkazem na německou judikaturu, jejíž závěry připomínají znění § 88 odst. 1 TrZ z roku 1961 je pojednáno v následující kapitole.

B/ Ústavní konformita kriminalizace incestu

Německý ústavní soud se touto problematikou zabýval v nálezu ze dne 26. 2. 2008¹²⁴, podanou ústavní stížností tímto zamítl. Norma § 173 odst. 2, věta druhá StGB sankcionující soulož mezi pokrevnými sourozenci tak byla shledána ústavně konformní. V bodě 35 odůvodnění se nálezní plně hlásí k principu ultima ratio s citovanou floskulí, že trestní právo lze nasazovat pouze tehdy, pokud je „určité jednání obzvláštěm způsobem společensky škodlivé a pro uspořádaný společný život lidí neúnosné. Je však v zásadě věcí zákonodárce stanovit oblast trestného jednání. Zákonodárce má v zásadě volnost rozhodnutí, zda určitý právní statek... bude chránit prostředky trestního práva.“ Již zde je zjevné, že Ústavní soud se zde nehlásí k teorii právního statku, tak jak byla vymezena výše. Mluví sice o obzvláštěm o neúnosnosti pro společný život lidí, zároveň ale připouští volnou úvahu zákonodárce. Přes rozpor těchto dvou tvrzení, je i z dalšího kontextu zřejmé, že dává přednost dalšímu z nich. Pojem právního statku tak pro něj nemá jiný význam než účel zákonodárcem sledovaný. Dále se k tomu vyjadřuje konkrétněji: „Trestní normy nepodléhají z hlediska ústavy žádným přísnějším omezením týkajících se jejich účelu, než stanoví ústava samotná. Obzvláště nemohou být odvozovány z učení o právním statku.“¹²⁵ S odkazem na již citovanou literaturu¹²⁶ pak soud uvádí, že ohledně pojmu Rechtsgut neexistuje v nauce jednota. Argumentem pro dané tvrzení je ústavnímu soudu domněnka, že pokud by pojem právního statku byl brán nadpozitivně bylo by to podle základního zákona v rozporu s tím, že je věcí demokraticky legitimovaného zákonodárce stanovit cíle trestního zákona a prostředky k tomu určené. Pak zde ale podle autora práce dochází k rozporu s principem proporcionality, protože v rámci třetího kritéria přiměřenosti (proporcionalita v užším smyslu), přeci vedle sebe nelze stavět do vyrovnaného

¹²³ BverfGE 90, 145, str. 173.

¹²⁴ 2 BvR 392/07. Dostupný z <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html>

¹²⁵ Bod 39 odůvodnění. Pro obtížnost překladu přidána 1. věta citace „Strafnormen unterliegen von Verfassungen wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke.“

¹²⁶ HEFENDEHL, R., HIRSCH, A., WOHLERS, W. (eds.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperspiel?, Baden Baden: Nomos, 2003.

kontextu účel normy, který nesleduje zabránění žádnému společensky škodlivé jednání a zásah do práva na svobodu takovými robustními prostředky jako je trestní právo. Německý ústavní soud však přeci hlediska škodlivosti ve své argumentaci zohledňuje. Připouští, že trestní norma zakazující incestní vztahy zasahuje do práva na svobodný rozvoj osobnosti (čl. 2 odst. 1 GG, obdoba v ČR čl. 8 odst. 1 Listiny), takové omezení je absolutně nepřipustné, pokud by se jednalo o zásah do jádrové oblasti utváření života. V daném případě však ústavní soud takovou argumentaci nepřijal, protože soulož mezi příbuznými působí rovněž navenek, vůči rodině, společnosti a má krom toho důsledky na děti vzniklé z tohoto vztahu.¹²⁷ O absolutně nepřipustný zásah se tedy na základě konstatní judikatury jedná, pokud se omezuje jednání, jež nemá žádné účinky vůči třetím osobám. V tomto ohledu se nám zde teorie právem chráněného zájmu přeci jen objevuje. Především se nám připomíná pojetí právem chráněného zájmu jako určitého vztahu. Prvním z důvodů škodlivosti incestního vztahu je zprerhání rodinných vztahů¹²⁸, což však nekoresponduje s odkazy na názory znalců z oborů psychiatrie a sociologie, podle kterých je incest symptomem již narušeného pořádku. Incest je podle nich traumatickou událostí a vyžaduje terapii namísto trestu, terapie je taky dostatečná k řešení problému.¹²⁹ Bylo by zde tedy možné hovořit o subsidiaritě trestního práva k mimoprávním prostředkům. Uvedený názor sociologů a psychiatrů plně korepsodoval s okolnostmi zkoumanéh případu, kdy stěžovatel navázal v dospělosti vztah se svou sestrou, se kterou vůbec nevyrůstal, neboť byl umístěn v dětském domově. Rodiče byli rozvedení a rodina již tak rozvácená. Ústavní soud se citovaných názorů nedržel, naopak přišel s dalšími nepřesvědčivými argumenty. Negativními důsledky incestu mají dále být mj. snížené sebevědomí, sexuální poruchy v dospělosti, potíže vytvořit intimní vztah, pocity viny, alkoholismus atd. Hned vzápětí se dodává, že tyto účinky nelze brát podle odborného posudku zpracovaného Institutem Maxe Plancka ve Freiburgu za reprezentativní. Nicméně mají ukazovat, že se zákonodárce nepohyboval mimo prostor svého volného uvážení, pokud vycházel z toho, že účinky incestu jsou škodlivé.¹³⁰ S názorem se lze ztotožnit, pokud jím je myšleno, že v případě nejasného závěru o škodlivosti jednání má zákonodárce možnost volby. Nelze jej však smysluplně interpretovat tak, že zákonodárce by se mohl ohledně škodlivosti kriminalizovaného jednání mýlit. Takovým způsobem zohledněná vůle zákonodárce by vždy byla

¹²⁷ Srov. bod 40 odůvodnění.

¹²⁸ Bod 45 odůvodnění.

¹²⁹ Bod 8 odůvodnění.

¹³⁰ Bod 44 odůvodnění.

způsobilá ospravedlnit neproporcionální zásah do lidských práv. Nejasný tento názor zůstává však dále v tom ohledu, koho vlastně chce takto zákonodárce před škodlivými důsledky chránit, neboť domnělými oběťmi jsou ti, kteří do vztahu dobrovolně vstupují. Ochrana před těmito účinky by tak byla legitimní jen tehdy, pokud by jeden z partnerů vstupoval do vztahu z důvodů nějaké závislosti. Zdůvodnění v tomto ohledu nalezneme v bodě 48 nálezu. Oběť incestu totiž není často schopná dát najevo ani po dosažení zletilosti, že si sexuální styk nepřeje, a to v důsledku závislosti dané existujícími rodinnými vztahy. Takový výklad je aplikovatelný na případy, kdy nejprve dochází ke zneužívání nezletilé osoby v důsledku její závislosti, nikoliv však v případě, kdy sourozenci započnou vztah až v dospělém věku bez jakékoliv relace k jejich předchozím stykům, neboť do období dospělosti se vůbec nepoznali.

Málo přesvědčivé je rovněž stanovisko ústavního soudu, že kriminalizace soulože mezi příbuznými je ospravedlněna eugenetickými důvody. Námitky v trestněprávní literatuře zpochybňující tento důvod jsou podle soudu nedostatečné, neboť v medicínské a antropologické literatuře se poukazuje na obzvláštní nebezpečí vzniku dědičných chorob.¹³¹ Jako příklad kritického názoru je zde citována učebnice C. Roxina. Z toho je však patrné, že ústavní soud těmito argumentům neporozuměl, nebo je z jiného důvodu zkresleně interpretuje. Roxin totiž nepochybuje možnost vzniku genetických poruch u zplozených potomků. Jde o zpochybnění názoru, zda z důvodu ochrany lidského zdraví lze nepřipustit narození potenciálně poškozeného jedince vůbec. Takový přístup spíše svědčí o sebevědomé představě, že pouze optimálně zdravý život jedince je kvalitní. Sexuální vztah dvou příbuzných lze jistě s ohledem na shora uvedené skutečnosti považovat za krajně nezodpovědný či dokonce bezohledný (pokud má vést jako v posuzovaném případě úmyslně ke zplození dětí), ale sankční vynucování rození zdravých potomků ze strany státu nemá v konečném důsledku vyvolává neblahé historické reminiscence. Je sice pravdou, že nacistické ideologie o podobný cíl usilovala z důvodu představ o čistotě rasy. Ale v konečném důsledku jde pouze o otázku, zda stát má práva o vzniku života jedince s ohledem na jeho kvalitu rozhodovat. V tomto smyslu ústavní soud problém neřeší a uzavírá, že případy zneužití eugenetických praktik v minulosti nemohou být důvodem k vyloučení trestnosti incestu.¹³²

¹³¹ Bod 49 odůvodnění.

¹³² Tamtéž.

C/ Trestnost umělého přerušeni těhotenství

K trestnosti umělého přerušeni těhotenství existují dva nálezy německého Spolkového ústavního soudu.¹³³ Jedná se o jediné případy, kdy trestněprávní předpisy byly shledány protiústavními.¹³⁴ Ve druhém z rozhodnutí¹³⁵ byly potvrzeny závěry dřívějšího nálezu, podle něhož musí být interrupce považována za bezprávi po celý čas těhotenství. Dále je zde z hlediska ústavy zdůrazněn „zákaz nedostatečné ochrany“ („Untermaßverbot“), podle něhož „*stát musí k dostání své povinnosti nasadit opatření takového normativního a skutečného charakteru, které povedou k tomu, že bude dosaženo – při zohlednění daného právního statku – přiměřené a tak účinné ochrany*“. Zákaz nedostatečné ochrany přitom „*nepřipouští volné zřeknutí se nasazení trestního práva a z něj vycházejícího ochranného účinku k ochraně lidského života... Umělá přerušeni těhotenství, která jsou učiněna bez stanovení indikace po poradním řízení, nesmí být prohlášeny za ospraveditelné (ne protiprávní)*“.¹³⁶ S ohledem na citované argumenty byla v StGB zrušena ustanovení § 218a a 219, a to pro rozpor s čl. 1 odst. 1 a čl. 2 odst. 2, věty první GG.¹³⁷ Podle § 218 odst. 1 StGB nemělo být umělé přerušeni těhotenství protiprávní, pokud těhotná prokázala, že podstoupila poradenství, interupce byla provedena lékařem a od početi neuplynulo více než 12 týdnů, další odstavce cit. § pak vylučovaly protiprávnost interupce v případě nebezpečí pro život a zdraví těhotné, z důvodu těžkého dědičného poškození dítěte atd. V § 219 StGB pak upravoval poradenství, které mělo především těhotným ženám pomoci rozhodnout se (ohledně interupce) zodpovědně a dle vlastního svědomí. Jeho úkolem bylo poskytnout obsáhlé lékařské, sociální a právní informace těhotné.¹³⁸

Argumentace principem „*ultima ratio*“ ve prospěch citované zákonné úpravy se objevuje ve vyjádření Spolkového sněmu, podle něhož se tento princip realizuje tím, že příslušné zákony spočívají na pomoci, poradenství a přesvědčení a ne na odstrašení prostřednictvím pohružky trestem. Přidává se zmínka o společenskovedních výzkumech, podle nichž dané trestní normy nemají odstrašující účinek. Trestní právo je tak nejen prakticky neúčinné, ale navíc selektivní. Zákonná úprava by pozitivně působila tím, že by dotčené osoby byly informované, dostalo by se jim i sociální

¹³³ BVerfGE 39, 1; 88, 203.

¹³⁴ LAGODNY, O.: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1996, str. 52. Dané tvrzení se vztahuje k roku vydání knihy.

¹³⁵ BVerfGE 88, 203, nález 2. senátu německého Spolkového ústavního soudu ze dne 28. 5. 1993.

¹³⁶ Právní věty nálezu BVerfGE, 88, 203, str. 203-205, odst. 6, 8, 15.

¹³⁷ „Lidská důstojnost je nedotknutelná. Je povinností veškeré státní moci ji dbát a chránit.“ „Každý má právo na život a tělesnou nedotknutelnost.“

¹³⁸ §§ jsou citovány v nálezu, srov. BVerfGE 88, 203, str. 227-228.

podpory (sozial gut Ausgestatten).¹³⁹ Mítoťrestní prostředky jsou tak implicitně shledávány účinnějšími, přitom, jak je zřejmé, nejde o prostředky sankční.¹⁴⁰ Předcházející trestněprávní úprava je shledána naopak škodlivou. Omezení interupce pouze na indikované případy může vést ke snahám žen, aby byl indikační důvod stanoven za každou cenu, což přispívá ke představám, které neodpovídají skutečnosti. Ženy tak považují poradenství za vyšetření, kterému se musí vyhnout, nikoliv za pomoc.¹⁴¹ Příslušné zákony umožňující interupci jsou pak zneužívány, neboť zákonodárce nasazuje trestněprávní prostředky tam, kde může zajistit ochranu vznikajícího života (jinak).¹⁴²

Pro zkoumanou problematiku nejsou příliš rozhodné argumenty Ústavního soudu o tom, že shora citované články GG dopadají i na nenarozený lidský život. Podstatnější je porovnávání v kolizi stojících statků, což má význam z hlediska výše definovaného zákazu nedostatečné ochrany. Právo na život a právo ženy na interupci nemohou být podle Ústavního soudu vyrovnány, protože umělé přerušování těhotenství vždy vede ke ztrátě života. Z toho se dále vyvozuje, že povinnost k donošení dítěte může být zrušena jen v případě vážného nebezpečí pro život nebo těžké újmy na zdraví ženy.¹⁴³

Trestní právo je pak s ohledem na princip *ultima ratio* nutné nasadit tam, kde je určité jednání zvláště škodlivé a pro společný život lidí neúnosné, a tudíž omezení takového jednání je obzvláště nutné. Připouští se sice zcela obecně, že od trestního práva může být „odhlédnuto“ kvůli jiným dostatečným ochranným opatřením, avšak dodává se, že nenarozený lidský život musí být chráněn nejen proti druhým osobám, ale rovněž proti nebezpečím, která spočívají v životních poměrech ženy a rodiny.¹⁴⁴ Tím se chce jednoduše říct, že lidský život je třeba chránit i proti jednání těhotné ženy.

Z citovaných závěrů je patrné, nakolik byl pro Ústavní soud rozhodný význam chráněného zájmu, přičemž nelze pochybovat o tom, že lidský život stojí v hierarchii všech možných chráněných zájmů na nejvyšším místě. Pak se shledává přípustným či dokonce nutným nasadit trestní právo co nejširěji. Jen pokud se nalezne zájem hodnotnější (zde život či zdraví matky za podmínek řečených výše), lze pak dojít k tomu, že při jeho zohlednění není jednání proti chráněnému zájmu společensky

¹³⁹ BVerfGE 88, 203, str. 245. Autorem stanoviska byl významný německý profesor trestního práva Dr. A. Eser (srov. str. 243).

¹⁴⁰ **Jak již bylo řečeno, § 12 odst. 2 tr. zák. naopak stojí pouze na hierarchii sankčních právních prostředků („uplatnění odpovědnosti“).**

¹⁴¹ Tamtéž.

¹⁴² Tamtéž, str. 246.

¹⁴³ BVerfGE 88, 203, str. 256.

¹⁴⁴ BVerfGE 88, 203, str. 258.

škodlivé. Tím se nám zásada subsidiarity trestní represe prolíná do třetího prvku zásady proporcionality – tzv. proporcionality v užším smyslu.

Proč nedostačují jiné mimotrestní prostředky, rozvádí Ústavní soud dále. Vychází z toho, že zákonodárce se snažil trestní právo nahradit právní úpravou poradenství, která má mít rozhodný preventivní účinek na zabránění umělého přerušování těhotenství.¹⁴⁵ Avšak Ústavní soud zdůrazňuje, že i při takové úpravě může dojít k interrupci jen ve výjimečných případech. Ústavněprávní hodnota právem chráněného zájmu, kterým je nenarozený lidský život, musí zůstat ve všeobecném právním vědomí zachována (tzv. generální prevence). Poradenství umožňuje ženě její jednání „jen“ zodpovědně posoudit.¹⁴⁶ Chce se vlastně říct, že účinky poradenství jsou takové, že žena podstupující poradenství nese větší „odpovědnost“, neboť se jí dostalo všech žádoucích informací. **Z toho vyplývá jeden banální, avšak pro uplatnění zásady subsidiarity trestní represe významný argument; preventivní opatření (at' již právní či neprávní povahy) mohou dokonce nasazení trestního práva zesilovat, nikoliv jej pouze vylučovat. Neboť pokud preventivní opatření selžou, je nasazení trestního práva žádoucí. To má však pro zásadu subsidiarity trestní represe v rovině tvorby práva za důsledek, že nelze argumentovat tak, že by opatření preventivní povahy mohla trestní právo nahradit zcela.**

Význam trestního práva pro ochranu právních statků je vyzdvihnut v nálezu dále; právní řád musí ústavněprávní zákaz interrupce potvrdit a zdůraznit. K tomu slouží především trestní právo, které chrání právní statky, jež jsou významné hodnoty a zároveň zvláště ohroženy, a tak ovlivňuje nejzřetelněji právní vědomí.¹⁴⁷ Zároveň se ale naznačuje další významný argument; Ústavní soud míru uvážení zákonodárce omezuje v tom smyslu, že důvod vylučující protiprávnost zakotvený v trestním právu nesmí ústavněprávní zákaz interrupce vydat „napospas“, avšak zůstává otevřenou možností, aby tento zákaz byl zakotven v jiných částech právního řádu.¹⁴⁸

Je patrné, že uplatnění principu ultima ratio (či subsidiarity trestní represe) jako závazného pravidla pro zákonodárce je problematické. V nálezu týkajícího se zákazu nabytí a držby rostliny konopí německý Ústavní soud tento princip uznává, ale za konkrétních podmínek jej neaplikuje. Částečný důvod tohoto přístupu představuje určitá

¹⁴⁵ BVerfGE 88, 203, str. 271.

¹⁴⁶ BVerfGE 88, 203, str. 273.

¹⁴⁷ BVerfGE, 88, 203, str. 274.

¹⁴⁸ BVerfGE, 88, 203, str. 275.

„dokonalost“ trestního práva, které je podle citovaných rozhodnutí vždy sto reagovat přiměřeně, neboť disponuje se širokou škálou prostředků, jak jeho zásah minimalizovat.¹⁴⁹ Myslitelné je např. využití zásady oportunity, různých odklonů, upuštění od potrestání atd. V nálezu týkajícím se trestněprávního zákazu incestu se naopak zpochybňuje ústavněprávní charakter závěrů vyplývajících z teorie právem chráněného zájmu, tím ovšem i imanentní náležitost zásady subsidiarity trestní represe, a sice možnost kriminalizovat jen jednání společensky škodlivé. Spíše formálně se hledají některé škodlivé účinky incestního jednání, které však příliš nekorrespondují se závěry ve vypracovaném posudku. Pokud již někde nachází teorie právem chráněného zájmu uplatnění, pak je to paradoxně v případě povinnosti zákonodárce kriminalizovat určité jednání – umělé přerušování těhotenství. Tím se ovšem původní význam principu ultima ratio zcela vytrácí.

V nálezu týkajícím se umělého přerušování těhotenství se vyskytuje i zmínka o široké míře uvážení o tom, jaký právní prostředek zákonodárce k řešení problému nasadí, což má význam, jak bude uvedeno dále v kapitole šesté, především pro vztah trestního a správního práva. Avšak neexistuje-li na úrovni normotvorby z ústavněprávního hlediska zřetelná hranice mezi těmito odvětvími, ztěžuje se závazně definovat, kdy by trestní právo z hlediska zásady subsidiarity mělo ustoupit sankčním prostředkům jiného odvětví veřejného práva. Skepse o uplatnění zásady subsidiarity trestní represe na úrovni normotvorby se tím spíše jen zvyšuje. Zároveň by pak bylo troufalé říct, že z tohoto pohledu je citovaná zásada lépe uplatnitelná na úrovni aplikace práva, aniž by ji zákonodárce zřetelněji formuloval (tedy jinak než „nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiných právních předpisů“). Přesto se následující kapitola věnovaná abstraktně ohrožovacím deliktům snaží dokázat, že reálné uplatnění principu ultima ratio nemusí být zcela skeptické (a to včetně relace k právu správnímu). Jak z české judikatury plyne, reálnější uplatnění zásady subsidiarity trestní represe připadá rovněž v případech, které mají soukromoprávní základ (viz kapitola 5).

¹⁴⁹ BVerfGE 90, 145.

4. Výklad abstraktně ohrožovacích deliktů z hlediska zásady subsidiarity trestní represe

4.1. Obecná část

Ačkoliv nalezneme legitimní či jinak ústavně konformní objekt, jehož zasažení je společensky škodlivé, může se přesto vyskytnout problém, že trestní sankce jsou ochráně právem chráněných zájmů natolik předsunuty, že zde vzniká pochybnost, zda všechna jednání odpovídající skutkové podstatě jsou škodlivá. Na druhou stranu nelze u abstraktně ohrožovacích deliktů opominout jejich účel, kterým je redukce daných rizikových jednání a ve výsledku ústavně konformní ochrana určitých hodnot, které dokonce v některých případech prostřednictvím výsledných deliktů nemůže být efektivně dosaženo. Tomu se v souvislosti s tzv. abstraktně ohrožovacími či činnostními trestnými činy věnuje tato kapitola.

A) Definice

V německé stejně jako české trestněprávní literatuře nalezneme členění na tzv. výsledné činnosti trestné činy a dále na trestné činy poruchové a ohrožovací. Pro pochopení dále uváděných závěrů je zásadní, že rozhodujícím kritériem zde není objekt trestné činu, nýbrž předmět útoku. V té souvislosti Jescheck definuje jako účinek – „*místně a časově ohraničenou poruchu nebo ohrožení předmětu útoku.*“¹⁵⁰ Zatímco u **výsledných** trestných činů se účinek vyžaduje, u trestných činů **činnostních** nastoupit nemusí. Podle dotčení předmětu útoku se dále v rámci výsledných deliktů rozlišuje na **poruchové delikty**, u nichž se předpokládá poškození předmětu útoku a (**konkrétní**) **ohrožovací delikty**, u nichž jako účinek postačuje nebezpečí takové poruchy,¹⁵¹ nebo jak obdobně říká C. Roxin „*menší či větší ohrožení předmětu útoku.*“¹⁵²

Jescheck zároveň výslovně zdůrazňuje, že je třeba rozlišovat mezi účinkem a dotčením právem chráněného zájmu („*Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts*“) – jakožto vztahu jednání, které odpovídá skutkové podstatě, k požadavku respektovat („*Achtungsanspruch*“) právem chráněnou hodnotu. Dotčení takového právem chráněného zájmu musí nastat také u činnostních deliktů.¹⁵³ Řečeno jasně českou

¹⁵⁰ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlín: Duncker et. Humblot, 1996, str. 263.

¹⁵¹ Viz JESCHECK, tamtéž, str. 259 a 263-264.

¹⁵² ROXIN, C., Op. cit. d., str. 338.

¹⁵³ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T.: Op. cit. d., str. 263.

terminologií – následek je znakem i u činnostních deliktů.¹⁵⁴ U trestných činů konkrétně ohrožovacích jakožto podkategorie trestných činů výsledných se dotčení takového zájmu předpokládá implicity.

Pro srovnání je žádoucí uvést, že v české literatuře jako kritérium předmětu útoku při rozlišování výše uvedených skupin trestných činů zvažuje např. **V. Solnař**, když poukazuje na neostrost daného rozlišování ve vztahu k objektu trestného činu, neboť zda jde o jeho ohrožení nebo poruchu, je odvislé od toho, jak objekt formulujeme. Ve výsledku to znamená, že vhodnou formulací bychom zcela kategorii ohrožovacích trestných činů mohli opustit. S tím jsou dále spojené problémy formulace následku u pokusu.¹⁵⁵

Jako zvláštní samostatnou kategorii **Jescheck** vyčleňuje **abstraktně ohrožovací delikty**, které definuje jako činnostní delikty, jejichž trestnost spočívá na všeobecné nebezpečnosti jednání, odpovídajícího skutkové podstatě, pro chráněný právní zájem. Není nutné, aby nebezpečí skutečně nastalo, danému jednání popsanému ve skutkové podstatě je však vlastní, že typicky konkrétní nebezpečí vyvolává.¹⁵⁶ Toto pojetí má tedy blízko k činnostním deliktům, o předmětu útoku se zde vůbec nemluví. Úsudek jednoznačně potvrzuje i definice uvedená **J. Bohnertem** – jednání je zde předpokladem trestu bez dalšího (tj. zároveň zásadní rozdíl od konkrétních ohrožovacích deliktů, u nichž je ohrožení souvisejícího chráněného zájmu znakem skutkové podstaty), nepožaduje se porucha právem chráněného zájmu, existuje zde však vztah k **možnosti** jeho **poruchy**.¹⁵⁷ Podobně **C. Roxin** mluví o typicky nebezpečném jednání, které nemusí v konkrétním případě vyvolat účinek v podobě ohrožení.¹⁵⁸

V českých učebnicích trestního práva se obvykle v partiích o třídění trestných činů s natolik podrobnou klasifikací nesetkáme. Obdobné závěry, jaké byly popsány, lze však nalézt v částech věnujících se trestným činům obecně nebezpečným. Rozlišuje se zde **konkrétní a abstraktní nebezpečí**. U konkrétního nebezpečí jde o reálné ohrožení určitého existujícího předmětu útoku (osob, majetku). V daném případě musí dojít k ohrožení konkrétních hodnot. Příkladem je trestný čin obecného ohrožení (§ 272 tr. zák.). Abstraktní nebezpečí znamená situaci, v níž konkrétní nebezpečí sice zpravidla

¹⁵⁴ NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol., *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vydání, Wolters Kluwer ČR, Praha 2010, str. 126.

¹⁵⁵ Srov. SOLNAŘ, V., FENYK, J., ČISAŘOVÁ, D. *Základy trestní odpovědnosti, podstatně přepracované a doplněné vydání*, Praha: Orac, 2003, 2004, str. 190-191.

¹⁵⁶ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T.: tamtéž, str. 264.

¹⁵⁷ BOHNERT, J. *Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte – BGH, NJW 1982, 2329*, Juristische Schulung 1984, Heft 3, str. 182. Bohnert však zde narušuje výše formulovanou představu o rozlišení ohrožení předmětu útoku

¹⁵⁸ ROXIN, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München: C. H. Beck, 2006, str. 426.

vzniká, ale není třeba, aby již skutečně vzniklo. Stačí, že tu je situace popsaná v zákoně, i když konkrétní nebezpečí nehrozí. Příkladem se uvádí trestný čin nedovoleného ozbrojování (§279 tr. zák.) či trestný čin ohrožení pod vlivem návykové látky (§ 274 tr. zák.).¹⁵⁹ Podobně v učebnici J. Jelínka nalezneme rozlišení mezi nebezpečím bezprostředním a nebezpečím vzdáleným, a to v závislosti na tom, jak daleko je od ohrožení k možné poruše.¹⁶⁰

B) Legitimita abstraktně ohrožovacích deliktů

Posledně řečené nás přivádí k otázce legitimacy abstraktně ohrožovacích deliktů. Nejedná se o otázku jakkoliv vybočující z problematiky subsidiarity trestní represe, neboť zde jde o hledisko, zda cílů, které abstraktně ohrožovací delikty sledují nelze dosáhnout jiným způsobem, mj. jinými právními prostředky, jak má na mysli § 12 odst. 2 tr. zák. Jedná se především o otázku, kdy poruchové a konkrétní ohrožovací delikty nejsou z hlediska ochrany právních statků dostatečné. Spojitost s právem chráněnými zájmy má ten význam, že rovněž u abstraktních ohrožovacích deliktů nelze kriminalizovat jednání, které se nedotýká žádného právního statku či pokud je tento statek (svévolně) neurčitý.¹⁶¹

V souvislosti s pojetím současného stavu jako rizikové společnosti je především poukazováno, že ochrana prostřednictvím skutkových podstat poruchových a konkrétně ohrožovacích trestných činů není dostatečná v případech, kdy při existující možnosti ohrožení ze strany určitého jednání je možný průběh dění/události natolik rozličný, že jej nelze v jeho souvislostech v jednotlivém případě předvídat.¹⁶² Změny ve společnosti jsou zdrojem legitimace stíhání zločinu v jeho předpolí rovněž u G. Kaisera, a to v souvislosti s výchovnou funkcí trestního práva: „s rozpadem a ztrátou významu starších neformálních struktur kontroly v rodině, sousedských vztazích a s rostoucí komplexitou a anonymitou moderní společnosti se od práva očekává (výkon) kontrolní funkce.“ Trestní právo tak má prosadit žádoucí způsob života, čehož je podle Kaisera

¹⁵⁹ NOVOTNÝ, O., VOKOUN, R., ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní právo hmotné. Zvláštní část*. 6. vydání, Wolters Kluwer ČR, Praha 2010, str. 340. Stejně rovněž Kuchta, J. *Trestní právo hmotné, Zvláštní část*. 1. vydání. C. H: Beck, Praha 2009, str. 344.

¹⁶⁰ JELÍNEK, J. a kol.: *Trestní právo hmotné*. 1. vydání, Leges, Praha 2009, str. 674.

¹⁶¹ Viz. ve vztahu trestání zločinu v jeho předpolí („Vorfeldkriminalisierung“) BECK, W.: *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Duncker et. Humblot, Berlín 1992, str. 22.

¹⁶² Hefendehl, R.: *Hefendehl, R. Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, str. 168.

trestní právo schopné, zároveň však pochybuje, zda je tím vhodným (resp. nejvhodnějším) prostředkem.¹⁶³

C) Kritéria restriktivního výkladu abstraktně ohrožovacích deliktů

Při výkladu abstraktně ohrožovacích deliktů je nutné se držet jejich shora uvedené definice – způsobilosti konkrétní nebezpečí vyvolat. Formálně logicky se pak v literatuře kontruje, že trestnost jednání odpadá, pokud je vyskytnutí se nebezpečí pro skutkovou podstatou chráněný objekt **absolutně vyloučeno**.¹⁶⁴

Ke stejnému závěru s odkazem na judikaturu dospívá také **C. Roxin** u tzv. klasických (viz dále) abstraktně ohrožovacích deliktů – „*pro popření abstraktního ohrožení se předpokládá, že ohrožení lidského života je dle skutkových okolností absolutně vyloučeno a pachatel se o tom na základě spolehlivých a bezchybných opatření ujistil*“.¹⁶⁵ Obdobně hovoří W. Frisch o zcela „nenebezpečném jednání“, které nemůže vést k dotčení právem chráněného zájmu, ani z hlediska moudrého soudce („*veständiger Urteiler*“), ani z hlediska jednajícího. Za takových okolností není omezení svobody jednání legitimní.¹⁶⁶

C. Roxin spatřuje u abstraktně ohrožovacích deliktů v případech, kdy je ohrožení právem chráněného zájmu vyloučeno („*Lebensbedrohung*“), možnou kolizi s principem viny („*Schuldprinzip*“).¹⁶⁷ Podle německé nauky nesmí totiž trest v žádném případě převyšovat vinu, a to navzdory obecnému pojetí, že trest má sloužit účelu generální a speciální prevence. Podle většinového pojetí německé nauky bývá princip viny vyjádřen příkazem, aby člověku nebyl udělen trest za to, co přinejmenším nedbalostně a bez vědomí bezpráví (unrechtsbewußt) nezavinil.¹⁶⁸ Princip viny je dokonce povýšen na zásadu ústavněprávní úrovně, což se v judikatuře německého ústavního soudu odůvodňuje principy právního státu, v literatuře pak také nedotknutelností lidské důstojnosti (čl. 1 odst. 1 GG).¹⁶⁹ Výchozí pojem daného principu – vina („*Schuld*“) – je pak spojován s vytýkatelností daného jednání pachateli. Jednání spáchané bez viny není sice trestáno, ale zůstává nadále nedovolené, nemusí být obětí zpravidla strpěno.

¹⁶³ S odkazem na G. Kaiser viz Beck, W. Op.cit. d., str. 26.

¹⁶⁴ JESCHECK, H. H, WEIGEND, T.: Op. cit. d., str. 264.

¹⁶⁵ ROXIN, C.: Allgemeiner Teil, Band I, C. H. Beck, München 2006, str. 430.

¹⁶⁶ FRISCH, W.: *An den Grenzen des Strafrechts*. In: *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, str. 91.

¹⁶⁷ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 427.

¹⁶⁸ BOHNERT, J.: Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte – BGH, NJW 1982, 2329, Juristische Schulung 1984, Heft 3, str. 185.

¹⁶⁹ Srov. ROXIN, C.: Op. Cit. d., str. 92 a 95.

Naproti tomu chybějící protiprávnost, resp. důvod vylučující protiprávnost se spojuje s jednáním, které je zákonodárcem uznáno jako legální, dovolené, a tudíž musí být snášeno každým.¹⁷⁰ Nakolik lze v tomto smyslu spojovat hlediska principu viny se subsidiaritou trestní represe, se může jevit sporné. Vyslovení viny předpokládá hodnocení skutku z hlediska zavrženíhodnosti (Vorwerfbarkeit), zatímco hledisko společenské škodlivosti souvisí s bezprávím („Unrecht“).¹⁷¹ Přesto se však autor domnívá, že ve shora uvedených definicích je částečně nebo zcela (viz Jescheck) přítomné rovněž kritérium společenské škodlivosti, neboť se zde vždy mluví o absolutním vyloučení ohrožení, což je stejně jako pojem škodlivosti kategorie objektivní. Je-li ohrožení vyloučeno, nelze mluvit ani o jakémkoliv stupni společenské škodlivosti. Souvislost je zde tedy mezi subsidiaritou trestní represe a důsledkem, který se z principu viny vyvozuje.

Zároveň lze však nalézt i pojetí, u nějž je souvislost se zásadou subsidiarity trestní represe zcela nepochybná – podle něj **princip viny vyžaduje, aby za trestné č byly považovány jen takové činy, které se vztahují k nějakému právem chráněnému zájmu a k jeho porušitelnosti**. Princip viny je tak porušen, pokud je pachateli připisováno objektivně nenebezpečné jednání, protože jsou zde směřodátne jen generálně preventivní důvody. Pouhá neposlušnost nemá být trestána.¹⁷²

Výše uvedené ovšem nesmí vést ani k mylnému závěru, že restriktivní výklad abstraktně ohrožovacích deliktů stejně jako zásada subsidiarity jsou postaveny jen na zohledňování naplnění objektivních znaků skutkové podstaty (škodlivého následku). V dále uváděné judikatuře k abstraktně ohrožovacím deliktům je rovněž akcentováno vyloučení zavinění, které je představováno složkou vědění – pachatel se musí o vyloučení ohrožení na základě spolehlivých a bezchybných opatření ujistit, což ve výsledku podle názoru autora vylučuje jak vědomou (pachatel si je jistý, tedy neví o skutečnosti, která by ohrožovala zájem chráněných zákonem), tak nevědomou nedbalost (spolehlivá a bezchybná opatření předpokládají, že pachatel pro své závěry skutečně učinil co měl a mohl). Uvedený přístup je podle autora správný, neboť vylučuje závislost uplatňování represe na náhodě bez ohledu na vědomí pachatele. Jedině za předpokladu aktivity pachatele pro vyloučení trestnosti (podniknutí uvedených opatření) lze smysluplně vykládat abstraktně ohrožovací delikty z hlediska jejich účelu – redukce

¹⁷⁰ ROXIN, C.: Op. cit. D., str. 197.

¹⁷¹ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 202.

¹⁷² Srov. BOHNERT, J.: *Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte – BGH, NJW 1982, 2329*, Juristische Schulung 1984, Heft 3, str. 185. S odkazem na literaturu tam uvedenou.

rizikových jednání.¹⁷³ V případě, kdy by byl pouze zohledňován objektivní stav – vylučující nebezpečí – který by nebyl vzat pachatelem na vědomí, by hrozila situace, že trestně odpovědné osoby budou spoléhat na náhodu a možná rizika podcení, což je z hlediska úmyslu zákonodárce právě stav nežádoucí. Tím se potvrzuje opodstatněnost vykládat společenskou škodlivost rovněž ve vztahu k míře zavinění (viz odkaz § 12 odst. 2 na § 39 odst. 2 v důvodovém zpráve k zák. č. 40/2009).¹⁷⁴

Pro uvedené hodnocení lze najít oporu i v německé literatuře – hovoří se zde např. o „trestnosti porušení opatrnosti (Sorgfaltwidrigkeit), ve smyslu nedbalostních deliktů“, přičemž se někdy zdůrazňuje, že se jedná o subjektivní potřebnou míru opatrnosti, v takovém případě je jsou pak abstraktně ohrožovací delikty nahlíženy jako „pokus nedbalostního činu“. V souladu se shora uvedenými úvahami se tak shrnuje, že „jednání by bylo trestné už tehdy, pokud by pachatel pouze nedbal bezpečnostních opatření, ke kterým byl subjektivně povinen, a která by zároveň byla způsobilá, při objektivním zhodnocení všech okolností, dané nebezpečí odstranit.“ Tím je tak brán na zřetel princip zavinění.¹⁷⁵

Můžeme shrnout, že v rámci zde zkoumané problematiky **by měla být trestná jen ta jednání, která jsou způsobilá vyvolat účinky, kterým je třeba zabránit.** Německá literatura hovoří o tzv. **způsobilých deliktech („Eignungsdelikt“)**.¹⁷⁶ W. Frisch v této souvislosti pleduje za to, aby abstraktně ohrožovací delikty byly v tomto smyslu z trestního práva odstraněny a skutkové podstaty jim odpovídající byly přeformulovány – což lze učinit buď zmíněným důrazem na popsání způsobilosti vyvolat nežádoucí účinek/následek nebo také naopak vyloučením trestnosti pro případy, které způsobilost vyvolat nežádoucí účinek/následek vylučují. K tomuto požadavku dospívá na základě názoru, že ke stejnému cíli vedoucí teleologická redukce činí judikatuře problémy.¹⁷⁷

Vazbu na materializující pojetí výkladu zákona můžeme spatřovat i v nazírání na pokus trestného činu podle německé úpravy (§ 22 StGB). Pokus podle teorie ohrožení

¹⁷³ V pozadí tohoto účelu pak pochopitelně stojí ochrana konkrétních právem chráněných zájmů – lidského života, zdraví, majetku aj., jak vyplývá ze shora uvedených definic. Je samoseznatelné, že riziková mohou být jen taková jednání, která jsou fakticky způsobilá ohrožení právem chráněných zájmů vyvolat.

Přesto toto pojetí není přijímáno bez výhrad. G. Jakkobs zdůrazňuje jako další účel – povinnost nacvičovat/osvojovat si dodržování pravidel, v tomto případě se jeví jako legitimní trestat i ta jednání, která žádné nebezpečí pro chráněné zájmy nevykazují.

Viz JAKOBS, G.: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, Berlín, New York: Walter de Gruyter, 1991, str. 174.

¹⁷⁴ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník I., § 1 až 139. Komentář. 1. vydání*. C.H.Beck, Praha 2009, str. 94.

¹⁷⁵ Viz ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 428.

¹⁷⁶ Viz. FRISCH, W.: Op. cit. d., str. 93.

¹⁷⁷ Tamtéž, str. 92-93.

(„Gefährdungstheorie“), která má podle jurisprudence nejlépe odpovídat požadavkům vytčeným zákonodárcem, začíná tehdy, kdy je právem chráněný zájem bezprostředně ohrožen.¹⁷⁸ Otto připojuje, že tato teoretická formulace je použitelná i u abstraktně ohrožovacích deliktů – „je třeba se ptát, jakým jednáním pachatele – podle jeho představy o průběhu činu – je založeno nebezpečí, že nastane všeobecně nebezpečná situace popsaná zákonodárcem.“¹⁷⁹

Konečně i v české literatuře lze nalézt určité náznaky restriktivního výkladu, v dnešním slova smyslu, ohrožovacích deliktů. A. Miříčka tak činí výkladem pojmu nebezpečí. Na základě analýzy obecné mluvy tvrdí, že o nebezpečí nemůžeme vůbec mluvit, kde možnost poruchy pokládáme za úplně vyloučenu.¹⁸⁰ Zde bychom oprávněně spatřovali shodu s výše uvedenými názory německých teoretiků. Jednalo by se však o názor mylný. A. Miříčka výslovně použití pojmu nebezpečí v tomto absolutním smyslu pro trestní právo vylučuje.¹⁸¹ Relevantní jsou pro něj z hlediska určení míry nebezpečí následující kritéria: hodnota ohroženého statku, rozsah hrozící poruchy, možnost poruchy (tj. čím větší množství podmínek k poruše potřebných je splněno), na druhé straně stupnice, tedy určení, zda se jedná o nebezpečí normální (přípustné) či nadnormální (trestné) stojí účel činem sledovaný. Čím sociálnější je účel činu, tím si necháme dle Miříčky větší stupeň nebezpečí líbit.¹⁸² Ve výsledku, tedy porovnání míry nebezpečí a účelu činem sledovaného, což Miříčka rovněž znázorňuje v matematické rovnici, se konstatuje: „Za nebezpečné ve smyslu práva trestního sluší pokládati ony činy, s nimiž spojeno je nebezpečí pro právní statky větší, než účelu činu dle průměrného úsudku je přiměřeno (adaequátní).“¹⁸³ Zde ale příbuznost se závěry německých teoretiků končí, neboť Miříčka dále v zájmu právní jistoty (resp. „právní bezpečnosti“) tvrdí, že pro soudce i jednajícího je žádoucí, aby tu byly ustálené úsudky, resp. bylo by povážlivé, aby si soudce měl na základě výše citovaného pravidla úsudek hledat. Proto se vyvíjí v jednotlivých sociálních kruzích agregáty průměrných úsudků,

¹⁷⁸ Srov. OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, De Gruyter Recht, Berlín 2004, str. 253.

¹⁷⁹ Tamtéž, str. 255.

¹⁸⁰ MIŘIČKA, A.: *O formách trestné viny a jich úpravě zákonně*, Praha: Česká akademie císaře F. Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902, str. 115.

¹⁸¹ Tamtéž, str. 115.

¹⁸² Tamtéž, str. 118. Zajímavá je z tohoto hlediska proporcionality souvislost s okolnostmi vylučujícími protiprávnost. Je-li beztrestnost úmyslné porušení cizích statků za ochranou jiných, musí dle Miříčky nastat beztrestnost tím spíše tam, kde nejde o poruchu úmyslnou, ale pouhé ohrožení. Z toho důvodu se sluší hranici dovolenosti posunouti poněkud výše a pokládat nebezpečí přivoděné činem směřujícím k ochraně právních statků za beztrestné i tam, kde nejsou zákonné náležitosti nutné obrany nebo nouze. Viz tamtéž, str. 119.

¹⁸³ Tamtéž, str. 121.

jež mají podobu závazných pravidel, jimiž je zejména určena i dovolená míra nebezpečí. Každým porušením kteréhokoliv zákazu či příkazu k odvrácení nebo umenšení daného nebezpečí se překračuje dovolená míra nebezpečí. Dle Miříčky je nerozhodné, v které části právního řádu jsou předpisy tohoto druhu obsaženy, může jít i o předpisy trestního práva.¹⁸⁴ U čistě činnostních deliktů se překračuje porušením normy dovolená míra nebezpečí, jsou tedy trestné bez dalšího.

D) Podrobnější klasifikace abstraktně ohrožovacích deliktů

Při podrobnější analýze docházíme však spíše k závěru, že kategorie abstraktně ohrožovacích deliktů není z hlediska předpokladu jejich restriktivního výkladu jednotná. Srovnajme krátce např. trestné činy úvěrového podvodu (§ 211 tr. zák.), ohrožení pod vlivem návykové látky (§ 274 tr. zák.) či podplácení (§ 332 tr. zák.).

Trestný čin úvěrového podvodu stanoví trestným jednání, pokud někdo při sjednávání úvěrové smlouvy nebo při čerpání úvěru uvede nepravdivé nebo hrubě zkreslené údaje nebo podstatné údaje zamlčí. Je zde uvedení nepravdivých údajů v každém případě trestné? Jak později uvedeme na případě z judikatury nikoliv. Otázkou ovšem je, nakolik by zde bylo aplikovatelné pravidlo absolutně vyloučeného nebezpečí (viz dále).

Lze si však naproti tomu představit situaci, v níž bude při poskytnutí úplatku absolutně vyloučeno ohrožení zájmu na řádném, nestranném, nezištném a zákonném obstarání věcí obecného zájmu, což je objektem daného trestného činu? Pravděpodobně nikoliv. Východiskem z přepínání represe tu spíše bude zásada „*minima non curat praetor*“. Jejíž kořeny se však spíše proplétají s ekonomii trestní hrozby, tak jak ji vymezuje J. Nezkusil. Ztěžší lze dovozovat něčí právo na přijetí či poskytnutí úplatku, byť se jedná o drobnou pozornost. Nepůjde tu tedy nikdy o kolizi dvou právem chráněných zájmů.

U trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky je předpokladem trestnosti, že ten, kdo si přivodil vlivem návykové látky stav vylučující způsobilost, vykonává zaměstnání nebo jinou činnost, **při kterých by mohl ohrozit** život nebo zdraví lidí nebo způsobit značnou škodu na majetku. Ze samotné skutkové podstaty tedy plyne, že se musí jednat o činnost takové povahy, která je způsobilá chráněné statky ohrozit. Podle německé nauky by se tedy jednalo o tzv. „způsobilý delikt“. Situace, v níž je nebezpečí pro právem chráněný zájem absolutně vyloučeno, tedy vůbec neodpovídá doslovnému znění skutkové podstaty. To je zásadní rozdíl oproti dvěma předchozím příkladům.

¹⁸⁴ Tamtéž, str. 121 a 123.

Je proto pochopitelné, že německá nauka se snaží abstraktně ohrožovací delikty blíže klasifikovat.

R. Hefendehl rozlišuje dvě skupiny abstraktně ohrožovacích deliktů:

a) **při nichž ten, kdo nakládá s právem chráněným zájmem („Rechtsgutträger“) není schopen s jistotou odvrátit možnost výskytu škody („Schadenrelevanz“)** z potenciálně deliktního jednání. Zákodárce zde chce sankcionováním jednání daného druhu předcházet náhodě, chce tuto náhodu ovládnout. Příklady této skupiny jsou trestné činy těžkého zhárství (§306a StGB) nebo opilství v dopravě (§316 StGB). Trestnost jednání se omezuje tehdy, pokud je prokázáno, že typicky nebezpečné jednání je v konkrétním případě objektivně a také subjektivně podle představy pachatele nebezpečné.¹⁸⁵

b) **u nichž jednání ve shodě se skutkovou podstatou není s to být pro právem chráněný zájem nebezpečné, aniž by souviselo s trestní ochranou, které je předsunuto.** Nemůže zde být řeči o snaze zabránit nebezpečné náhodě jak v prvním případě. Jde zde o stanovení prognózy, jaký význam má jednání ve shodě skutkovou podstatou pro právem chráněný zájem. Jako příklad této skupiny lze uvést trestné činy proti státnímu zřízení nebo trestné činy proti měně a platebním prostředkům. Patří sem také trestné činy ohrožující řádný výkon soudnictví, neboť zde útok míří na rozsáhlý komplexní systém, vyznačující se bezpočetnými vzájemně se podmiňujícími vztahy. Hefendehl blíže danou skupinu demonstruje na trestném činu pokračování v činnosti politické strany prohlášené za protiústavní (§ 84 StGB). Podle doslovného znění tohoto trestného činu je trestné udržování té organizace politické strany v soudržnosti, pokud danou stranu Spolkový ústavní soud prohlásil za protiústavní, trestné je také, pokud je někdo jako člen takové politické strany činný. Právem chráněným zájmem je zde svobodně-demokratické státní zřízení. Hefendehl s odkazem na judikaturu ale upozorňuje, že pokud se není třeba obávat dotčení tohoto zájmu, musí se u znaku skutkové podstaty – udržování organizace politické strany v soudržnosti – zdůraznit aktivní moment a poukázat na obsahové náležitosti zákazu politické strany podle čl. 21 odst. 2 GG.¹⁸⁶

¹⁸⁵ HEFENDEHL, R.: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Berlin, Bonn, München, Köln.: Heymanns, 2002, str. 157.

¹⁸⁶ Viz HEFENDEHL, R.: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 2002, str. 158-159.

Cit. čl. Zní: Politické strany, které mají za cíl nebo podle chování jejich příslušníků lze usuzovat na odstranění nebo porušení svobodně demokratického státního zřízení nebo existence Německé spolkové demokratické republiky, jsou protiústavní. O protiústavnosti strany rozhoduje ústavní soud.

Tím je míněno, že „*spočívá-li soudržnost bývalých členů na jejich dřívější příslušnosti k politické straně, avšak ne na vůli sledovat cíle, které k zákazu vedly, nýbrž na osobních vztazích (přátelství, společenský styk), tak se nejedná o udržování organizace*“ (zakázané strany). Skutková podstata tak není naplněna, pokud se bývalí členové stýkají na základě politického smýšlení. „*V právním státě neexistuje trestní právo, které by sankcionovalo smýšlení. Bývalí členové nejsou omezeni v založení nového sdružení, které nesleduje zakázané cíle.*“¹⁸⁷

Vytvoření nového politického subjektu bývalými členy, byť na staré organizační struktuře, není přes shodu se zněním § 84 StGB trestným činem, pokud tento nový subjekt nesleduje cíle zakázané německým základním zákonem, takové jednání nemá význam pro právem chráněný zájem. Je nutné zároveň zdůraznit, že se již zde nemluví o absolutním vyloučení nebezpečí, neboť to patrně nemůže být zcela vyloučeno, pokud nový subjekt vzniká na starých organizačních základech. Judikatura zde však, patrně s vědomím významu politických stran v demokratické společnosti¹⁸⁸, dává příležitost zakázaným organizačním strukturám se reformovat, odmítá tak dát průchod co nejširší prevenci. Tím ovšem výklad daného § oproti jeho formálnímu znění silně materializuje. Škodlivé je pouze jednání směřující k poruše nebo ohrožení právem chráněných zájmů, nikoliv prostá shoda se skutkovou podstatou. V českém právu by patrně těchto závěrů mohlo být použito v souvislosti s výkladem **trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání (§ 337 tr. zák.)**.

C. Roxin člení abstraktně ohrožovací delikty na čtyři skupiny:

1) klasické, které nikterak obecně nevymezuje, jen konstatuje, že jejich prototypem je § 306a StGB – těžké žhářství,¹⁸⁹ pro danou skupinu platí vše, co bylo uvedeno výše,¹⁹⁰ jde tedy o jakousi obecnou skupiny zastřešující všechny abstraktně ohrožovací delikty, pokud jako výjimka nespádají pod dále uvedené skupiny;

2) hojně vyskytující se jednání („Massenhandlungen“) – především v silniční dopravě, jejichž prototypem je § 316 StGB (Trunkheit im Verkehr)¹⁹¹, v těchto případech se z generálněpreventivních důvodů považuje jednání za trestné, ačkoliv je ohrožení zcela vyloučeno. Podle Roxina by jinak byla snaha zákonodárce o absolutní „tabuizaci“

¹⁸⁷ BGHSt 20, 287, str. 289, rozsudek ze dne 12. 10. 1965.

¹⁸⁸ Srov. čl. 21 GG či § 1 odst. 1, 2 a § 2 odst. 1 německého zákona o politických stranách ze dne 31.1.1994 ve znění pozdějších novel.

¹⁸⁹ Skutková podstata odpovídající tomuto ustanovení bude dále rozebírána v kapitole věnované judikatuře.

¹⁹⁰ ROXIN, C. :Op. cit. d., str. 427 an.

¹⁹¹ Ustanovení v zásadě odpovídá § 274 tr. zák. s tím rozdílem, že se omezuje pouze na řízení vozidla pod vlivem návykové látky.

daných jednání ohrožena¹⁹². Podle autora této práce je však tato kategorie velmi vágní, samo nadřazování generální prevence individuální je velmi problematické;

3) v další skupině se jedná o takové typy deliktů jako je úplatkářství (§ 331 an. StGB) a **trestné činy křivé výpovědi nebo křivé přísahy (§ 151 an. StGB)**¹⁹³. Důvěra v řádný výkon úřadu a zájem na zjištění pravdy před soudem nemusí být v konkrétním případě ohroženy ze stejných důvodů jako ve skupině předchozí¹⁹⁴. Pouze bagatelní jednání mohou být na základě restriktivního výkladu nebrány v potaz (např. věnování věci zanedbatelné hodnoty v případě úplatkářství nebo uvedení irelevantních nepřesností v případě křivé výpovědi);¹⁹⁵

4) abstraktní způsobilé delikty, někdy také nazývané „abstraktně konkrétní delikty“, u nichž jsou jako příklady uváděny §§ 186 (zlá pomluva) a § 311 StGB (uvolňování ionizujícího záření)¹⁹⁶. Soud zde musí blíže definovat onu způsobilost ohrozit daný právem chráněný zájem, v případě § 311 StGB tedy určit jaké množství záření je způsobilé poškodit lidský život. Pro vyloučení trestnosti zde platí stejné zásady jako u klasických abstraktně ohrožovacích deliktů.¹⁹⁷

V českém trestním právu by např. bylo možné skupinu způsobilých deliktů modelovat na případě trestného činu řízení motorového vozidla pod vlivem návykové látky podle § 274 tr. zák. Zároveň se zde vyžaduje způsobilost ve dvojím smyslu; jednak se zohledňuje kvantita obsahu návykové látky, jednak je přímo na základě zákona předpokladem trestnosti určitá kvalita jednání, že jednající osoba vykonává zaměstnání nebo jinou činnost, při kterých by mohl ohrozit život nebo zdraví lidí nebo způsobit značnou škodu na majetku.

Jak bylo výše uvedeno, vyskytují se v německé literatuře názory, že všechny abstraktně ohrožovací delikty by měly být přeformulovány na způsobilé delikty, což však nezůstává zcela bez kritiky. Poukazuje se na to, že zákonodárce by se přenecháním posouzení způsobilosti jednání vzdal své originální pravomoci definovat, kdy je skutková podstata pro ochranu právního statku vhodná, a soudce by zároveň nedisponoval žádnými pomocnými prostředky, jak předpoklady této dekriminalizace

¹⁹² ROXIN, C., Op. cit. d., str. 430.

¹⁹³ Roxin používá pro autora v momentálním stavu nepřeložitelného výrazu delikty „mit vergeistigtem Zwischenrechtsgut“

¹⁹⁴ V kontextu celé kapitoly tím Roxin zcela patrně myslí, že ani zde není absolutní vyloučení ohrožení právem chráněného zájmu pro beztrestnost relevantní.

¹⁹⁵ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 431.

¹⁹⁶ § 311 odst. 1 StGB zní: „Kdo v rozporu se s právními předpisy 1. uvolní ionizující záření... které je způsobilé poškodit lidský život nebo věc významné hodnoty, bude potrestán trestem odnětí svobody až na pět let nebo peněžitým trestem.“

¹⁹⁷ ROXIN, C. : Op. cit. d., str. 431.

zjistit.¹⁹⁸ Hefendehl spíše zdůrazňuje, aby byly vzaty v úvahu faktory nezávislé od konkrétního jednání, které je ve shodě se skutkovou podstatou.¹⁹⁹

E) Předběžné shrnutí

Výše uvedená teoretická východiska spočívající na restriktivním výkladu abstraktně ohrožovacích deliktů, obrací svou pozornost na právem chráněné zájmy, resp. hodnoty, v české terminologii tedy objekt trestného činu. Shrnujícím postulátem je pojetí, podle kterého v případě absolutního vyloučení ohrožení právem chráněného zájmu není daný chráněný zájem dotčen, a tudíž se nejedná o trestný čin. Současně však musí být splněna podmínka, že původce jednání se aktivně o dosažení stavu absolutního vyloučení ohrožení sám či za spoluúčasti jiného přičinil nebo jej vzal jakožto objektivně daný výsledek alespoň na vědomí a tím dostal své povinnosti neporušit potřebnou míru opatrnosti či svědomitosti. Závěry nikterak nevedou ke směšování abstraktně ohrožovacích deliktů s nedbalostními, neboť klíčovým pojmem je zde ohrožení, nikoliv porucha právem chráněného zájmu, popř. předmětu útoku. Stejně se zde nikterak nepředjímá shoda s konkrétními ohrožovacími delikty, poněvadž zohledňování podmínky absolutního vyloučení nebezpečí neznamena, že by muselo nastat konkrétní ohrožení, resp. nebezpečí pro právem chráněný zájem (např. trestný čin ohrožení silniční dopravy podle § 315 c StGB – zde však srov. § 316 StGB - či trestný čin obecného ohrožení podle § 272 tr. zák.). Absolutní vyloučení trestnosti má na mysli, že ohrožení nemůže za „žádných“ (patrně však v rámci předvídání obvykle se dějících) situací nastat. Pokud ohrožení nenastane, avšak za jiného běhu událostí nastat mohlo, jedná se stále o trestný čin! Naznačený a v citované literatuře nezkoumaný problém je však právě ona míra absolutnosti vyloučení ohrožení, neboť patrně není v moci člověka předvídat jakýkoliv běh událostí s naprostou absolutní jistotou. Poněvadž však rámcem pro vytvoření obecného pravidla musí být empirické poznatky, budeme se dále této problematice věnovat v souvislosti s konkrétními případy v kapitole věnované judikatuře k abstraktně ohrožovacím deliktům.

¹⁹⁸ Srov. Hefendehl, R., Op. cit. d., str. 160.

¹⁹⁹ Tamtéž, str. 160.

4.2. Judikatura německých soudů k abstraktně ohrožovacím deliktům

Podívejme se nyní na blíže na rozhodovací činnost německých soudů k problematice abstraktně ohrožovacích deliktů, jejichž rozbor je zajímavý nejen z komparativního hlediska a posouzení, nakořik současná judikatura odpovídá či neodpovídá jednotlivým závěrům jurisprudence, ale také pro demonstraci skutečnosti, nakořik se do rozhodnutí v zemi s tradičním formálním pojetím trestného činu promítají materializující prvky či zásady, které čistě mechanické uplatňování skutkových podstat bez vztahu k jejich skutečnému účelu vylučují.

Na úvod je však nutné předznamenat, že, alespoň co do vztahu k judikatuře německého Spolkového soudního dvora, tato judikatura uvedené závěry literatury o omezení aplikace abstraktně ohrožovacích deliktů s konečnou platností nepřevzala, teoreticky (hypoteticky) k nim pro určité případy sice projevila jistou otevřenost, ale prakticky nikdy neučinila výjimky z doslovného znění zákona.²⁰⁰

Výchozím judikátem judikatury Spolkového soudního dvora je rozsudek 4. trestního senátu ze dne 24. 4. 1975, publikovaný ve sbírce soudních rozhodnutí pod BGHSt 26, 121. Posuzovaný případ se týkal trestného činu žhářství podle § 306 odst. 2 tehdy účinného znění německého trestního zákona, podle kterého bylo trestné založení požáru v budově sloužící k bydlení. Skutkově šlo o situaci, kdy se obžalovaný nechal za odměnu najmout majitelem třípatrového hotelu (který byl tvořen také jedním rodinným bytem), aby budovu zapálil, a majitel tak získal pojistné ve výši 890 000 německých marek. Spoluobžalovaný majitel se přitom postaral o to, aby se v dohodnutém čase nikdo v hotelu pod záminkou provozních prázdnin nenacházel. Rovněž obžalovaný se měl podle dohody ujistit, že před tím, než-li budovu zapálí, se v ní nikdo nenalézá. Zda tak skutečně učinil zůstalo nejasné, soud však měl každopádně tuto okolnost ve vztahu k posouzení toho, zda došlo trestnému činu žhářství podle cit. ustanovení zákona za nepodstatnou. V stěžejní právní větě konstatoval, že *„rozhodně je v případě budovy, která není snadno přehledná zpravidla bez významu námitka pachatele, že se před činem ujistil, že se v budově nikdo nezdržoval.“*²⁰¹ Dále soud tuto právní větu rozvádí, že

²⁰⁰ ROXIN, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München: C. H. Beck, 2006, str. 429 – 430. Na str. 430 v pozn. č. 360 rovněž odkaz na judikaturu Spolkového soudního dvora dále rozebíranou.

²⁰¹ Rozhodnutí 4. trestního senátu Spolkového nejvyššího soudního dvora ze dne 24. 4. 1975, BGHSt, 26, 121, str. 121. Použití slovního spojení rozhodně a zpravidla v jedné větě není nepozornou chybou překladu, nýbrž doslovným převzetím citovaného pramene (jedenfalls... regelmäÙig), vysvětlení tohoto logického rozporu ponechává autor na čtenáři, snad se může mj. jednat o jistou mentální rezervaci autora

právně je rovněž bezvýznamné, zda se v budově někdo skutečně zdržoval, neboť výše citované ustanovení německého trestního zákona je abstraktně ohrožovacím deliktem a jako takové stanoví trestným jednáním, které typickým způsobem ohrožuje život obyvatel budovy nebo jiných lidí (ochrana jiných statků zde nehraje roli – viz dále).²⁰²

Na dalších řádcích však soud toto pravidlo přeci jen na základě závěrů z odborné literatury doplňuje, že aplikace § 306 odst. 2 německého trestního zákoníku v tehdejší znění by byla vyloučena, pokud by ohrožení lidského života bylo absolutně vyloučeno. „*Pachatel by se tak v daném případě musel spolehlivými a bezchybnými („lückenlose“) opatřeními ujistit, že zakázané ohrožení dle § 306 odst. 2 nemůže jistě vzniknout.*“ To však je podle soudu možné pouze v případě malých chat nebo domů, u nichž je na první pohled zřejmé, že se v nich nikdo nenachází, u velkých objektů jako je třípatrový hotel to však možné není. Obhlídka hotelu nemohla nebezpečí vyloučit, neboť pachatel byl ve spěchu, nechtěl být prozrazen, čin se odehrál v noci, byl dostatečně zaměstnán přípravou činu (rozlévání hořlavé kapaliny), a tudíž se nemohl najednou ujistit, že něco podstatného při prohlídce nepřehlédl.²⁰³

Obšírné vylíčení závěrů soudu nechce být samoučelným, má pouze ukázat, nakolik je v konkrétním případě podle německé judikatury nesnadné vyloučit aplikaci abstraktně ohrožovacího deliktu. Nechává se zde tušit závěr, že vyloučení nebezpečí musí být absolutně nepochybné, v pochybnostech jest rozhodnuto v neprospěch pachatele. Podle názoru autora se však nejedná o porušení zásady *in dubio pro reo*, neboť přítomnost oněch pochybností je imanentní dané trestní normě (je nevyřčenou součástí její skutkové podstaty),²⁰⁴ jejímž účelem je ochrana lidského života a zdraví před všeobecně nebezpečným jednáním, ochrana majetku zde roli s ohledem na jinou skutkovou podstatu roli nehraje.²⁰⁵

V rozsudku týkajícího se posouzení, jaké množství kokainhydrochloridu odpovídá zákonnému znaku „nikoliv malé množství“ ve smyslu trestného činu nedovoleného

odůvodnění odrážející nejistotu k případům obdobným, avšak přeci jen lehce odlišným, které by v budoucnu mohly nastat.

²⁰² Tamtéž, str. 123.

²⁰³ Tamtéž, str. 125.

²⁰⁴ Rovněž podle německého ústavního soudu ne každá presumpce viny stanovená zákonem odporuje principům principům právního státu, záleží na konkrétní podobě skutkové podstaty. Viz BverfGE 9, 167, str. 169. V daném případě šlo výklad konformity § 23 zákona o hospodářských trestných činech (Wirtschaftsstrafgesetz), podle něhož bylo přestupkem (srov. kapitolu šestá) jednání vlastníka nebo vedoucího podniku proti ustanovení tohoto zákona, pokud neprokázali, že vynaložili potřebnou péči tomu, aby porušení předpisu zabránili. Daný předpis byl shledán jako ústavně konformní. V uvedených teoriích o absolutním vyloučení nebezpečí u abstraktně ohrožovacího deliktu také nejde o nic jiného než o prokázání vynaložení potřebné péče k odvrácení ohrožení.

²⁰⁵ Srov. WESSELS, J., HETTIGER, M.: *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2009, str. 280.

dovezení omamné látky dle § 30 odst. 1 pododst. 4 zákona o omamných látkách Spolkový soudní dvůr obecně konstatoval, že trestem se zde nehrozí pro pouhé sebeohrožení, nýbrž pro ohrožení druhého. „Z toho důvodu bylo judikaturou považováno množství (omamné látky) za nikoliv malé, pokud zřetelně překročilo zásobu pro vlastní použití nebo pokud se – se zřetelem na zákonnou úpravu - vyskytlo významné nebezpečí předání (omamné látky) druhému“.²⁰⁶ **Trestný čin dovezení omamné látky Soudní dvůr výslovně považuje za abstraktně ohrožovací.**²⁰⁷ **Pro kategorii těchto trestných činů nám tedy plyne, že jejich aplikace nemůže být užívána na situace, kdy hrozí „porucha právem chráněného zájmu“ pouze u osoby jednajícího.** Dále Soudní dvůr konstatuje, že přes zevšeobecňující určení pojmu „nikoliv malé množství“ je nutno mít na zřeteli různé možné konstelace konkrétních případů²⁰⁸. Zároveň však Soudní dvůr dodává, že ani ony nenutí k tomu, hodnotit pouze takové množství omamné látky jako nikoliv malé, které by v žádném z myslitelných případů nevystačovalo pro vlastní potřebu. S odkazem na již citované rozhodnutí BGHSt 26, 124 uvádí, že ohrožovací delikty dopadají také skutkové stavy, ve kterých v jednotlivém případě nemohlo být uskutečněno nebezpečí.

Těmto posledním dodatkům však podle autora nelze rozumět tak, že by popíraly výše uvedené definice zákonného pojmu větší než malé množství. Pouze se zdůrazňuje, že absence konkrétního nebezpečí předání drogy nevylučuje aplikaci normy, neboť ta jako abstraktně ohrožovací delikt pamatuje na typově nebezpečné případy. Více se tak akcentuje obecné posuzování případů – aby zevšeobecňující pravidlo mohlo být rozumně aplikováno i v jiných případech.

Ne nepodstatná je zmínka ve vztahu k zkoumanému trestnému činu dovozu omamné látky jako zločinu („das Verbrechen“) ²⁰⁹. Vzhledem k tomu, že prodej nikoliv malého množství omamné drogy je podle § 29 zákona o omamných látkách kvalifikován pouze jako přečin, „*lze ospravedlnit klasifikování dovozu omamné látky jako zločinu, aniž by zde existoval rozpor ve vztahu k § 29 cit. zákona, – bez ohledu na to zda má být předána třetí osobě – jen tehdy, pokud má být dovezeno takové množství, které může zakládat*

²⁰⁶ BGHSt 33, 133, str. 135. Rozhodnutí 2. trestního senátu Nejvyššího spolkového soudního dvora ze dne 1. 2. 1985.

²⁰⁷ Tamtéž, str. 135.

²⁰⁸ Příkladmo uvádí, že riziko předání omamné látky druhému závisí na tom, zda držitel látky je sám drogově závislý, a pokud ano, jaké množství pro vlastní použití potřebuje, jak rychle si může obstarat další dávku, zda vlastní takové množství omamné látky, že jejím předáním jinému není ohroženo obstarání drogy pro sebe samotného.

²⁰⁹ Zločinem ve smyslu § 12 odst. 1 německého trestního zákoníku je protiprávní jednání, za něž lze uložit přinejmenším trest odnětí svobody na jeden rok nebo trest vyšší. Naproti tomu přečinem („das Vergehen“) je protiprávní jednání, za jehož dolní hranice trestu odnětí svobody je nižší než jeden rok nebo za něž lze uložit peněžitý trest (§ 12 odst. 2).

obzvláštní nebezpečí.“²¹⁰ Tento systematický výklad ale v sobě obsahuje významný materializující prvek, v případě vztahu kvalifikovaných skutkových podstat k základním skutkovým podstatám, resp. okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby, se dokonce blíží toto pojetí k pravidlu, které obsahoval § 88 odst. 1 trestního zákona z roku 1961. Jak je ale patrné uplatnění tohoto pravidla – jakési podmínky podstatného zvýšení nebezpečnosti jednání – lze uplatnit pouze v rámci systematického výkladu, v rámci již existujících, poněkud co do přiměřenosti výše hrozících trestů nesouladných norem, nikoliv jej přenechat hodnocení soudu ve všech případech.

4.3. Problém výkladu skutkové podstaty úvěrového podvodu podle § 211 tr. zák.

Vhodným a praktickým příkladem k demonstrování v předchozí kapitole uvedených teoretických závěrů je trestný čin úvěrového podvodu. Předmětem této kapitoly má být srovnání skutkových podstat tohoto trestného činu v českém a německém trestním právu (§ 211 tr. zákoníku a § 265b StGB) a jeho výklad judikaturou soudů obou zemí.

Není pochyb o tom, že se jedná o abstraktně ohrožovací delikt, německá komentářová literatura to potvrzuje přímo²¹¹, v českém znění tato skutečnost plyne ze znění skutkové podstaty, neboť k trestnosti postačí uvedení nepravdivých nebo hrubě zkreslených údajů nebo zamlčení podstatných údajů. Není tedy nutné, aby jednání vedlo k omylu věřitele, na základě kterého by bylo poskytnuto plnění peněžních prostředků dlužníkovi. Objektem trestného činu je zde cizí v majetek jak v užším rozsahu sjednávání úvěrových smluv, tak v konečném důsledku i cizí majetek v oblasti úvěrování.²¹² Není-li vyžadována škoda, postačí k trestnosti ohrožení, přitom však § 211 odst. 1 tr. zák. není požadováno reálné ohrožení majetku, není zde dána např. žádná podmínka, aby u konkrétní osoby věřitele bylo jednání pachatele způsobilé vyvolat omyl a tím existovalo blízké riziko poskytnutí úvěru, postačí jednání popsané ve skutkové podstatě, při něm totiž, alespoň z hlediska úmyslu zákonodárce, zpravidla k ohrožení nebo dokonce škodě na majetku dochází.

V té souvislosti je zajímavé zkoumat, zda každé jednání odpovídající znění § 211 odst. 1 a 2 tr. zák. je z hlediska zásady subsidiarity trestní represe trestným činem. O přepínání

²¹⁰ Rozsudek 2. senátu Spolkového soudního dvora ze dne 1. 2. 1985, in: BGHSt 33, 133, str. 136.

²¹¹ Např. LECKNER, T. et. PERRON, W. in: SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H. a kol.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck, Mnichov 2006, str. 2297. Wohlers, W. in: Joecks, W., Mielbach, K. (eds.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4, C. H. Beck, Mnichov 2006, str. 424.

²¹² ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář*. C. H. Beck, Praha 2010, str. 1898.

trestního postihu mluví P. Vantuch, když kritizuje, že úmysl zákonodárce postihnout jednání, která mají směřovat k podvodnému obohacení, nebyl dostatečně promítnut do skutkových podstat, trestní zákon umožňuje postihnout jednání, která nemusí směřovat ke způsobení škody. Zcela zřejmé to má být v případě, kdy dlužníkovi poté, co poskytl bance nepravdivé údaje, byl poskytnut úvěr, který řádně splácí.²¹³ Na to, patrně pod vlivem judikatury Ústavního soudu, reaguje P. Šámal s tvrzením, že bude v odůvodněných případech třeba zvažovat použití zásady subsidiarity trestní represe.²¹⁴ Závěry Ústavního soudu o tom, že zdrženlivost je na místě zejména v případech, kdy **úvěr** byl řádně splácen, a kde tedy obavy vyjádřené v hrozbě trestněprávního postihu vůbec nenašly naplnění,²¹⁵ je však sporný, neboť posuzuje škodlivost jednání v rozporu se skutkovou podstatou z hlediska ex post, nikoliv ex ante. Tím se však stírá rozdíl mezi výslednými a činnostními delikty. Tyto závěry jsou blízké subjektivnímu výkladu pojmu nebezpečí. Pro rozpor se zásadou rovnosti (trestnost závisí na náhodě), je však tento výklad podle autora nepřijatelný (Miříčka)²¹⁶. Takové pojetí navíc může vést ke stavu, kdy o úvěr budou s uvedením nepravdivých údajů žádat osoby, jež budou spoléhat, že jej jen v důsledku nahodilé situace (např. návratnost rizikového obchodu) budou schopny splácet a tím tedy nezpůsobí věřiteli žádnou škodu. Pak ovšem majetek věřitele, popř. fungování úvěrové ekonomiky, nebude dostatečně chráněn před ohrožením. V nálezu se však vyskytly z hlediska subsidiarity i zcela relevantní aspekty.²¹⁷

V souladu se zásadou subsidiarity trestní represe je tak třeba obracet nejen pozornost na následky činu (§ 39 odst. 2 tr. zák.), ale především, jak bylo podáno v kapitole 1 a 2 na význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen a míru zavinění pachatele (rovněž § 39 odst. 2). Lépe by bylo možná mluvit o také o míře dotčení právem chráněného zájmu. Je totiž nepochybné, že ne veškeré případy poskytnutí nepravdivých údajů budou typicky způsobitelné ohrozit majetek věřitele, jinými slovy budou pro rozhodnutí věřitele o poskytnutí úvěru podstatné. V českém trestním zákoníku bohužel po zrušení materiálně formálního pojetí trestného činu v TrZ z roku 1961 nebyla skutková podstata

²¹³ VANTUCH, P.: K trestnému činu úvěrového podvodu dle § 250b TrZ, *Trestní právo 10/2000.*, str. 4.

²¹⁴ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník I., § 1 až 139. Komentář*. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 1903.

²¹⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 7. 11. 2006, spis. zn. I. ÚS 631/05.

²¹⁶ Více viz MIŘIČKA, A.: *O formách trestné viny a jich úpravě zákonně*, Akademie F. Josefa pro vědy, slovesnost a umění, Praha 1902, str. 111

²¹⁷ Obecným soudům bylo vytýkáno, že Nebylo též objasněno, nakolik mohlo být stěžovatelovo jednání (poskytnutí nepravdivého potvrzení o výši příjmu) legitimováno vírou, že jedná dle pokynů věřitelky, přičemž posouzení této námitky mohlo mít vliv na posouzení naplnění znaku zavinění. Resp. zástupce věřitelky se měl vyjádřit, že takové potvrzení není potřebné, neboť bonita dlužníka byla ověřena jiným způsobem. Viz názor v německých komentářích uvedený dále.

úvěrového podvodu zpřesněna tak, aby jednání jí odpovídající bylo ve všech typických případech společensky škodlivé. Nadále však bude na místě vycházet z judikatury Ústavního soudu, která zdůraznila restriktivní výklad formálních znaků trestného činu úvěrového podvodu, a to právě s odkazem na subsidiární roli trestního práva.²¹⁸

Jistou míru inspirace pro správný výklad § 211 tak lze najít v německé úpravě a související judikatuře. Vybrané pasáže § 265b StGB zní:

(1) Kdo v souvislosti s žádostí o poskytnutí, pokračování nebo změnu podmínek úvěru pro podnik nebo podnikatele nebo pro předstíraný podnik nebo předstíraného podnikatele podniku nebo podnikateli

1. o hospodářských poměrech

a) předloží nepravdivé nebo neúplné podklady, ... nebo

b) učiní písemně nepravdivé nebo neúplné údaje,

kteřé jsou pro příjemce úvěru prospěšné a pro rozhodnutí o takové žádosti **významné**, nebo

2. nesdělí takové zhoršení hospodářských poměrů uvedených v podkladech nebo údajích, které je pro rozhodnutí o takové žádosti významné, bude potrestán odnětím svobody až na tři léta nebo peněžitým trestem.

Pro účely této práce je stěžejní věnovat pasáži, která zdůrazňuje určitou způsobilost jednání získat úvěr na základě nepravdivě uvedených údajů. Je tomu tak ve dvou ohledech: jednak se poskytnuté údaje či podklady musí dotýkat pouze hospodářských poměrů, jednak musí jít o podklady nebo údaje, které jsou pro rozhodnutí o žádosti významné. V terminologii W. Frische či C. Roxina se tak jedná o způsobilý delikt. Tím je výslovně do znění trestné činu zahrnut předpoklad určité minimální míry (byť hypotetické) ohrožení chráněného objektu.

Pochopitelně i v českém trestním právu platí, že není-li dotčen objekt trestného činu, nejedná se o čin trestný. Míra ohrožení objektu však není v německém případě přenechána spekulacím judikatury. Jistě lze říci, že rovněž v případě uvedení nepodstatného nepravdivého údaje je majetek ohrožen, neboť pachatel se zde zpronevěruje příkazu závazné normy a jako takový se může v důsledku zkušenosti, že není sankcionován, v budoucnu uchýlit k takovému lživému jednání, které již bude významné pro poskytnutí úvěru významné. Takové ohrožení pro právem chráněný zájem je však příliš vzdálené. Patrně zde nebude možné ale ani mluvit o absolutním vyloučení nebezpečí, neboť údaje, které jsou pro jeden subjekt bezvýznamné pro druhý mohou být rozhodující, záleží tedy především na subjektivním hodnocení. Závěry německé judikatury k trestnému činu těžkého zhářství tak nebudou uplatnitelné. Účelem normy asi ani není vyloučit náhodnou poruchu právem chráněného zájmu, což je předpoklad

²¹⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 17. 4. 2009, sp. zn. III. ÚS 1748/08.

úvahy o beztrestnosti jednání z důvodu absolutního vyloučení nebezpečí (viz R. Hefendehl).²¹⁹ Proto ve snaze vyloučit přepínání represe u tohoto deliktu musí být brán k pomoci jiný argumentační základ než teorie o absolutním vyloučení nebezpečí. Jde podle mého soudu o ten typ abstraktně ohrožovacího deliktu, u něhož podle R. Hefendehla jednání ve shodě se skutkovou podstatou není s to být pro právem chráněný zájem nebezpečné, aniž by souviselo s trestní ochranou, které je předsunuto.

Která jednání související s trestní ochranou před poruchou na majetku, jíž je předsunuto, budou ve znění § 265b StGB tím relevantním?

Hospodářské poměry – jedná se o všechny údaje, které přímo či nepřímo vztahují k hospodářským poměrům příjemce úvěru – údaje k jeho osobě (např. jeho dlužníci či ručitelé), které jsou z hlediska posouzení pro poskytnutí úvěru prostředně relevantní, údaje k částem jeho majetku, účel úvěr, pokud může mít vliv na hospodářskou situaci žadatele. Vyloučeny jsou naopak údaje o hospodářské situaci v určitém odvětví nebo o všeobecné hospodářské situaci. Stejně tak není účelem normy § 265b StGB činit příjemce úvěru odpovědným za správné ocenění ekonomického vývoje/životaschopnosti/návratnosti úvěru („wirtschaftliche Vertretbarkeit“).²²⁰ Zdá se, že východiskem je zde schopnost žadatele posoudit správnost údajů.²²¹

Co se týká posouzení závažnosti nepravdivých podkladů nebo údajů pro rozhodnutí o poskytnutí úvěru, lze považovat za ústřední judikát německého Spolkového soudního dvora z roku 1981. V daném případě měl obžalovaný vykazovat v obchodní bilanci určité společnosti oproti skutečnosti navýšené pohledávky a snížené závazky. Ve shodě s výše uvedenými názory R. Hefendehla bylo obecně konstatováno, že jednání které nemůže způsobit žádné ohrožení pro zájem hodný ochrany, nemůže být potrestáno.²²² Pro českou právní úpravu je také zajímavé, že posuzování hlediska významnosti zde

²¹⁹ Norma patrně nechce chránit před náhodně vzniklým omylem – např. v důsledku nedbalého prověření údajů poskytovatelem úvěru. Snaha zabránit náhodě je typická pro delikty, u nichž jednání pachatele – střeťne-li se subjektem, jehož zájem je právem chráněn - je vždy nebezpečné (např. jízda opilého řidiče po pozemní komunikaci znamená pro současně přítomné osoby vždy nějaké riziko, absolutně je toto riziko vyloučeno, pokud je jízda vykonávána v prostoru, kde žádný střeť s ostatními osobami, popř. cizím majetkem nehrozí). U úvěrového podvodu však nemůžeme říci, že každé poskytnutí nepravdivých údajů ohrožuje majetek věřitele (byť jsou tyto údaje vzaty na vědomí věřitelem), přestože tyto údaje vezme věřitel na vědomí. Záleží na povaze těchto údajů.

²²⁰ WOHLERS, W. in: JOECKS, W., MIELBACH, K. (eds.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, C. H. Beck, Mnichov 2006, str. 433.

²²¹ Srov. v souvislosti s nesprávným uvedením údajů v konkrétním odvětví názor U. Hermanna. In: Neumann, U., PUPPE, I., SCHILD, W.: Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nommos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, § 265b, str. 11.

²²² BGHSt 30, 285, str. 289, Rozhodnutí 1. trestního senátu krajského soudu ve Würzburgu ze dne 8. 12. 1981. Citovaná právní věta pravděpodobně neopomíjí možnost postihovat tzv. absolutně nezpůsobitelný pokus, jak by se mohlo zdát. Je zde totiž řeč o zájmu hodném ochrany, což je kategorie abstraktní, nikoliv o předmětu útoku.

bylo učiněno i s historickým odkazem na dřívější úpravu, v níž požadavek významnosti nebyl obsažen, přesto se typicky uznávalo, že odklonění od skutečných údajů v bilanci musí být pro rozhodnutí o úvěru podstatné. Soud zdůraznil, že záměrem zákonodárce zde bylo pojem významnosti pojmout objektivně; rozhodné je posoudit významnost údajů v době jejich předložení, tedy ex ante. Bylo sice poukazováno, že objektivní hodnocení je v literatuře sporné, neboť musí zůstat na vůli stran, v závislosti na jakých okolnostech učiní souhlas s uzavřením smlouvy, významné však má být vždy, pokud jeden druhého chtěl podvést. Dále podle soudu panuje shoda na tom, že pod § 265b odst. 1 nespádají nepodstatné odklony a bagatelní nepřesnosti.²²³ Posouzení významnosti však nemůže spočívat na subjektivním názoru příjemce úvěru, ale příjemce úvěru zde musí usuzovat v roli rozumného, průměrně předvídajícího třetího. Jelikož v daném případě bylo poukazováno, že pracovník banky odepřel bilanci pečeti dobrodiní, konstatoval soud, že banka v daném momentu (pravděpodobně mysl. předložení bilance ještě před vyjádřením pracovníka banky) o nepravdivosti bilance nevěděla, ani nedala najevo, že by ke správnosti údajů v bilanci byla lhostejná. Proto zůstalo bez pochybností, že bilance, jako obvykle, při posouzení žádosti o úvěr určitou roli hrát mohla.²²⁴

Důraz na objektivní hodnocení významnosti údajů pro rozhodnutí o úvěru, ačkoliv poskytovatel konkrétní hodnotu určité okolnosti přikládá, a bezvýznamnost bagatelních údajů potvrzuje pozdější judikatura. Ta také nepovažuje za významné všeobecné vychvalování.²²⁵

Závěry německé judikatury lze považovat za správné, neboť vychází ze struktury skutkové podstaty a s ohledem na míru škodlivosti jednání vyloučují trestnost za předpokladu objektivní nezpůsobilosti dotčení právem chráněného zájmu. Nepřeměňují ve snaze zamezit hypertrofii trestní represe trestný čin činností do podoby trestného činu výsledného jako to částečně ve své argumentaci činí český Ústavní soud. Přitom je patrné, že zásada subsidiarity trestní represe se může účinně uplatnit při hodnocení přítomnosti ohrožovacího následku. Spornou otázkou je pouze vyloučení trestnosti v případě, že příjemce úvěru předloží nepravdivé podklady poté, co mu poskytovatel úvěru dal na srozuměnou, že se jedná o zcela formální a nepodstatné záležitosti. Část

²²³ BGHSt, 30, 285, str. 291-292.

²²⁴ BGHSt, 30, 285, str. 293.

²²⁵ BGH NSTZ 2002, str. 433 an. cit. prostř. WOHLERS, W. in: Joecks, W., Mielbach, K. (eds.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4, C. H. Beck, Mnichov 2006, str. 434.

německé komentářové literatury se kloní k vyloučení trestnosti i v tomto případě.²²⁶ Naproti tomu je namítáno, že ani odkaz na smluvní svobodu není relevantní, neboť norma chrání majetek poskytovatele úvěru, a tak prostředně i úvěrovou ekonomiku.²²⁷ Z českého pohledu k tomu lze doplnit, že škodlivost jednání je dána i mírou zavinění. Jaké však zavinění nese osoba, která poskytne nepravdivé údaje s vědomím, že nebudou pro rozhodnutí relevantní? Pokud znak významnosti nepravdivých údajů pro uzavření úvěrové smlouvy je implicitně zahrnut do skutkové podstaty (mj. z důvodu ústavně konformního výkladu, ostatně i komentářová literatura mluví o důležitých nepravdivých údajích²²⁸), lze mluvit o možnosti vědění o významu nepravdivých údajů, jestliže je jednající osoba ujišťována druhou stranou, že údaje nejsou pro rozhodnutí podstatné? Ostatně, ačkoliv je v pozadí normy sledována ochrana fungování úvěrové ekonomiky jako takové (čili i např. majetek věřitelů bank), o poskytnutí úvěru nakonec stejně rozhoduje věřitel, odpovědnost za ohrožení majetku tedy (v případě zřeknutí se zohledňování objektivně významných údajů) ostatních zainteresovaných osob přebírá on sám. Představa osoby žádající o úvěr o významnosti údajů je zde silně narušena, není vyloučena. I kdybychom význam údajů pro rozhodnutí konstruovali i v tomto případě čistě objektivně, pak bude otevřena cesta aplikaci ustanovení o skutkovém omylu podle § 18 odst. 1 tr. zák. Zcela v duchu této argumentace hovoří i jeden z výše citovaných nálezů Ústavního soudu.²²⁹

Závěrem lze říci, že zásada subsidiarity trestní represe má značný význam nejen při doktrinálním, ale při soudním výkladu abstraktně ohrožovacích deliktů, jejichž formální znaky nepostihují vždy jen jednání společensky škodlivé. Německá judikatura ukazuje, že pilíře tohoto restriktivního výkladu nemusí spočívat v násilné transformaci abstraktně ohrožovacích deliktů do podoby trestných činů výsledných, jak to částečně učinil český Ústavní soud. Německá judikatura obrací svou pozornost k posuzování skutečné míry ohrožení způsobené jednáním, které zdánlivě odpovídá znakům skutkové podstaty. Přitom však v souladu s účelem abstraktně ohrožovacích deliktů bere na zřetel stav před

²²⁶ LECKNER, T. et. PERRON, W. in: SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H. a kol.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck, Mnichov 2006, str. 2304.

²²⁷ NEUMANN, U., PUPPE, I., SCHILD, W.: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nommos Verlagsgesellschaft*, Baden-Baden: Nomos, 2003, § 265b, str. 11.

²²⁸ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář*. C. H. Beck, Praha 2010, str. 1903.

²²⁹ „Obecné soudy musejí vzít v úvahu všechny okolnosti, i pokud jde o eventuální nesprávný postup pracovníků poškozených podnikatelských subjektů a možný skutkový či právní omyl na straně podezřelých, kteří mohli při uzavírání smluv čelit nátlaku, manipulaci či zkreslování významu požadovaných údajů ze strany pracovníků či zprostředkovatelů podnikatelského subjektu, zainteresovaných na dosažení co největšího počtu uzavřených smluv.“ Viz Nález Ústavního soudu ze dne 17. 4. 2009, sp. zn. III. ÚS 1748/08.

nastoupením eventuálního účinku jednání, nezvažuje, zda „obava“ vyjádřená ve skutkové podstatě došla skutečně svého naplnění.

5. Subsidiarita trestního práva k soukromoprávním prostředkům

5.1. Obecná část

Jelikož v odborné literatuře se mimo obecné vymezení zásady subsidiarity trestní represe nikdo zevrubně vztahu trestního a soukromého práva nevěnoval, je třeba při hledání praktických poznatků plynoucích z pojednávané problematiky obrátit pozornost k judikatuře.

Pokud se již určité literární zmínky vyskytnou, pak se většinou jedná o kritické pohledy pochybující o schopnosti civilního práva být dostatečnou náhradou trestní represe. B. Schünemann tak činí s odkazem na „agónii civilního procesu“, který podle něj nemá v současné době v Německu trvalou sociální funkci. I pokud by tento nedostatek byl odstraněn, nelze přemoci slabost kontinentálního soukromého práva k ochraně právních statků, neboť může nanejvýše zajistit navrácení v předešlý stav, zatímco trestní právo má „nadměrně ničivý účinek“ („Overkill-Wirkung“), který má ve výsledku odstrašující generálně preventivní efekt.²³⁰ Rovněž W. Wohlers dospívá k pochybnostem, když poukazuje na to, že „normativní systémy“ spočívající na pouhé restituci jsou problematické, neboť s ohledem na zkrácenou možnost odhalení a výkonu rozhodnutí je racionální přinejmenším brát do úvahy jako alternativu poškození druhého.²³¹

Tyto úvahy však spíše v sobě zahrnují ten okruh případů, v nichž je nasazení trestního práva shledáno dostatečně legitimní, v návaznosti na to se hledá ještě odpověď na otázku, zda by stejného účinku nemohlo být dosaženo jinými právními prostředky. V tomto ohledu může být uvedený přístup poněkud zkreslující, protože se nevypovídá s tím, že mohou existovat případy, v nichž s ohledem na jejich nízkou společenskou škodlivost není nasazení natolik robustních prostředků, jako je trestní právo, vůbec potřebné. Není proto nutné hledat prostředky účinnější než (nebo stejně účinné jako) trestní právo, ale prostředky, které jsou vzhledem k nízké společenské škodlivosti dostačující.

²³⁰ SCHÜNEMANN, B.: *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalem Rechtsstaat* in: Hirsch, A., Seelmann, K., Wohlers, W. *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nomos, 2003, str. 23.

²³¹ Srov. s odkazem na literaturu tam uvedenou WOHLERS, W.: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlín: Duncker et Humblot, 2000, str. 73.

Lze ovšem považovat za pravdivé, že sankce soukromého práva s ohledem na svou restituční povahu obecně nemají přílišné generálněpreventivní účinky. Zároveň nelze opomenout, že jim může být svěčena účinnější funkce. Haffke zde především odkazuje na institut tzv. *“punitive damages”* v americkém právu. V případě českého práva však může být dosaženo stejných účinků tam, kde zákon buďto počítá s určitou paušalizovanou náhradou škody nebo se jedná o nemajetkovou újmu, při níž se obohacení na jedné straně zpravidla nebude rovnat výši v penězích vyčíslené újmy.

Prvně jmenovaná skupina případů nebude prakticky příliš přicházet v úvahu, neboť občanský zákoník počítá s takovým jednorázovým odškodněním v případě škody na zdraví či v případě jednorázového odškodnění pozůstalých osob (viz § 444 OZ), úprava tedy dopadá na jednání, o jejichž společenské škodlivosti nelze mít nejmenších pochyb.

Druhá skupina případů je již o něco diskutabilnější, jedná se zde především o ochranu osobnosti podle občanského zákoníku a s ní související možnost za stanovených podmínek přiznat poškozené osobě náhradu nemajetkové újmy v penězích (§ 13 odst. 2 OZ). Tím je občanskoprávní ochrana osobnosti dokonce účinnější, neboť se neomezuje jako trestní právo na náhradu škody majetkové.²³² Tato argumentace se však přímo v judikátech Ústavního soudu zdůrazňující subsidiaritu trestní represe neobjevila. Další pozornost je tak zaměřena na judikaturu a teorii, která s pojednávanou zásadou souvisí bezprostředně.

²³² Srov. HERCZEG, J.: *Meze svobody projevu*, Praha: Orac, 2004, str. 82.

5.2. Závěry plynoucí z judikatury

A/ Obecná východiska, vztah k protiprávnosti a role oběti

V judikatuře Ústavního soudu se začala argumentace principem *ultima ratio* objevovat od roku 2001. První nálezy měly spíše obecnější povahu. Nebylo v nich přímo akcentováno poměřování účinnosti prostředků mimotrestněprávních a trestněprávních. Zpravidla jako první nález vzdáleně se dotýkající zásady *ultima ratio* bývá citováno rozhodnutí Ústavního soudu vedené pod sp. zn. **IV. ÚS 564/2000**.²³³ V daném případě Ústavní soud zrušil rozsudky obecných soudů pro rozpor s čl. 36 a násl. Listiny, kterými byl stěžovatel uznán vinným z trestného činu **zpronevěry**, kterého se měl dopustit tím, že přes urgence neuhradil jisté akciové společnosti dlužnou částku, kterou utřžil za cukr prodaný na základě smlouvy o obchodním zastoupení s touto společností. Důvodem pro zrušující rozhodnutí Ústavního soudu byla skutečnost, že obecné soudy dostatečně nezohlednily obchodněprávní stránku věci, konkrétně zůstalo nejasné, zda mezi stěžovatelem a domněle postiženou společností byla uzavřena smlouva kupní či smlouva o obchodním zastoupení. V případě kupní smlouvy by vůbec nepřicházelo v úvahu jednání kvalifikovat jako trestný čin zpronevěry podle § 248 tr. zák. z roku 1961, v případě existence obchodního zastoupení pak bylo rozhodné zohlednit nároky (provize) odsouzeného stěžovatele vůči domněle poškozené společnosti, což by ve výsledku mělo vliv na výši způsobené škody. Jelikož se obecné soudy těmito skutečnostmi podle názoru Ústavního soudu dostatečně nevypořádaly, byla porušena zásada *in dubio pro reo*.²³⁴ Z uvedeného abstraktu je zřejmé, že vztah k zásadě subsidiarity trestní represe zde byl spíše vzdálený. Ostatně Ústavní soud se o této zásadě ani v nálezu nezmínil. Zmínka o obchodně právní stránce věci spíše svědčí o tom, že obecnými soudy nebyla dostatečně hodnocena protiprávnost činu, tedy rozpor činu s celým právním řádem, nikoliv jen trestním zákonem. Pochopitelně i zde můžeme spatřovat souvislost v tom, že jednání, které je právním řádem dovolené, nemůže být hodnoceno jako společensky škodlivé, avšak o vyloučení trestní odpovědnosti je zde možné rozhodnout zcela bez zohlednění zásady subsidiarity trestní represe, především s odkazem na zásadu *nullum crimen sine lege*. Konečně souvislost lze nalézt také v tom, že orgány činné v trestním řízení jsou před uplatněním trestní odpovědnosti povinny

²³³ Nález ze dne 8. 11. 2001, publikovaný pod č. 169 ve sv. 24 Sb. nál. a usn. Historicky jej jako první uvádí následující literatura: PÚRY, F.: *Poznámky k pojetí trestního práva jako ultima ratio* in: VANDUCHOVÁ, M., GRIVNA, T: *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*, Aspi, Wolters Kluwer, Praha 2008, str. 255; ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník I.*, § 1 až 139. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 96.

²³⁴ Viz nález cit. v předcházející poznámce.

zvažovat aplikaci hierarchicky podřazených prostředků jiných právních odvětví (soukromého a správního práva). Podle jiného nálezu Ústavního soudu je třeba proti jednáním porušujícím práva vyplývající z občanskoprávních předpisů v první řadě brojit soukromoprávními prostředky. Při jejich nedostatečnosti uplatnit sankce správní, a teprve na posledním místě, jako ultima ratio, právo trestní.²³⁵

V **historicky druhém nálezu Ústavního soudu** byla řešena otázka významu existence zástavního práva ve vztahu k výši způsobené škody při **trestném činu podvodu** podle § 250 TrZ z roku 1961. V této souvislosti je významná především zmínka, že „*banka (zde oběť trestného činu – pozn. autora) byla oprávněna zahájit kroky ke zpeněžení zástavy již v okamžiku, kdy přestaly být úvěry spláceny - tedy dávno před okamžikem, kdy nastaly materiální podmínky trestnosti.*“ Byla zde tak, jako tomu bude ještě v dalších případech, zdůrazněna aktivita oběti domnělého trestného činu, jež má soukromoprávní základ. S ohledem na to, že úvěrová a zástavní smlouva se řídily obchodním zákoníkem „*i při respektování veřejnoprávní povahy trestního práva nutno trvat na tom, že veškeré úvahy týkající se práv a povinností kontrahentů by měly mít podklad v konkrétním obsahu konkrétní smlouvy. V opačném případě dochází k nepřípustnému veřejnoprávnímu zásahu do soukromoprávního vztahu.*“ Další výtky ve vztahu k oběti směřovala k tomu, že „*soudy vyloučily ty skutečnosti, z nichž vyplývalo, že pracovníci banky, kteří se rozhodujícím způsobem podíleli na poskytnutí úvěru stěžovatelem zastupované obchodní společnosti, mohli být srozuměni s vysokou rizikovostí úvěru a s nereálností podnikatelského záměru.*“²³⁶

Ačkoliv popsané výtky, pro které Ústavní soud nakonec napadená rozhodnutí obecných soudů zrušil by rovněž byly řešitelné v rámci správného výkladu obyčejného práva, bez nutnosti zdůrazňovat zásadu subsidiarity trestní represe (v prvním případě jde o výklad pojmu škody, ve druhém o pojem omylu u trestného činu podvodu), nelze přehlednout za výtkami se skrývající důraz na zásadu *vigilantibus iura*. Jmenovaná zásada může mít ve vztahu subsidiaritě trestní represe ten význam, že náležitou bdělost, která je při uzavírání soukromoprávních vztahů, jakož i vymáhání práv z nich vzniklých, potřebná, nelze nahrazovat prostředky trestního práva, pokud oběť trestného činu v tomto smyslu zcela rezignuje.

²³⁵ Nález ÚS ze dne 12. 10. 2006, sp. zn. I. ÚS 69/2006, publikovaný pod č. 186 ve sv. 43 Sb. nál. a usn. Nález se týkal trestného činu porušování autorského práva, práv souvisejících s právem autorským a práv k databázi podle § 152 TrZ z roku 1961.

²³⁶ Viz nález ÚS ze dne 25. 11. 2003 sp. zn. I. ÚS 558/01, publikovaný pod č. 136 ve svazku 31. Sb. nál. a usn.

Jednu poměrně nepatrnou, avšak ve vztahu k zásadě subsidiarity trestní represe velice podstatnou, zmínku však v nálezu přeci jen nalezneme. Úvahy soudu prvního stupně o tom, že realizace zástavního práva je komplikovaná, a tedy na existenci zástavního práva nelze vázat výši škody, Ústavní soud mj. vyvrátil tím, že banka měla k zastaveným nemovitostem „*přednostní zástavní právo*“²³⁷. Promítá se nám zde tedy efektivnost realizace prostředků jiných právních odvětví ve vztahu k naplnění jednotlivých znaků skutkové podstaty trestného činu, a to v jejich konkrétní (vzhledem k danému případu) podobě. Orgány činné v trestním řízení by se tedy patrně neměly při upuštění od uplatnění trestní odpovědnosti pouze dovolávat na existenci zajišťovacích prostředků, ale také hodnotit, zda jejich uhrazovací funkce může být vůbec naplněna. Obdobný názor s ohledem na náhradu škody vyslovuje i F. Púry, když tvrdí, že patrně nepostačuje uplatnění občanskoprávní odpovědnosti za škodu, kterou pachatel způsobí v důsledku trestného činu podvodu, přičemž pachatel vylákané peněžní prostředky utratí a je zcela bez příjmů.²³⁸

Na představenou linii nálezů o významu soukromého práva pro kvalifikaci trestného činu navázal Ústavní soud v rozhodnutí vedeném pod sp. zn. **IV. ÚS 4/04**,²³⁹ ve kterém již zásadu *ultima ratio* vyzdvihl přímo: „***Trestní právo a trestněprávní kvalifikaci určitého jednání jako trestného činu, které má soukromoprávní základ, je třeba považovat za ultima ratio, tedy za krajní právní prostředek, který má význam především celospolečenský, tj. z hlediska ochrany základních společenských hodnot. V zásadě však nemůže sloužit jako prostředek nahrazující ochranu práv a právních zájmů jednotlivce v oblasti soukromoprávních vztahů, kde závisí především na individuální aktivitě jednotlivce, aby střežil svá práva, jimž má soudní moc poskytovat ochranu. Je však nepřijatelné, aby tuto ochranu aktivně přebíraly orgány činné v trestním řízení, jejichž úkolem je ochrana převážně celospolečenských hodnot, nikoliv přímo konkrétních subjektivních práv jednotlivce, jež svou povahou spočívají v soukromoprávní sféře. Ústavní soud k tomu dodává, že je v právním státě nepřípustné, aby prostředky trestní represe sloužily k uspokojování subjektivních práv soukromoprávní povahy, nejsou-li vedle toho splněny všechny předpoklady vzniku***

²³⁷ Ústavní soud tak měl patrně na mysli dikci § 165 odst. 2 občanského zákoníku: „Vznikne-li na zástavě více zástavních práv, uspokojují se zajištěné pohledávky postupně v pořadí určeném podle doby vzniku zástavních práv“.

²³⁸ Srov. PÚRY, F.: *Poznámky k pojetí trestního práva jako ultima ratio* in: VANDUCHOVÁ, M., GRIVNA, T.: *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*, Praha: Aspi, Wolters Kluwer, 2008, str. 262.

²³⁹ Nález ze dne 29. 4. 2004, uveřejněn pod č. 61 ve sv. 33 Sb. nál a usn.

trestněprávní odpovědnosti, resp. nejsou-li tyto předpoklady zcela nezpochybnitelně zjištěny.“

Mimo opětovné (byť implicitní) zdůraznění zásady vigilatibus iura, zde šlo o otázku, do jaké míry má trestní právo chránit subjektivní práva jednotlivce, jež spočívají v soukromoprávní sféře. V žádném případě však podle autora práce nemůže být tento judikát interpretován v tom smyslu, že trestní právo nesmělo chránit práva soukromoprávní povahy. Ostatně z definice právem chráněného zájmu (statku) podaného C. Roxinem (viz kapitola třetí) vyplývá, že práva jedince jsou pro legitimaci trestněprávní ochrany dokonce primární. Naopak univerzální právní statky („Universalrechtsgüter“) sloužící ochraně společnosti musí v konečném důsledku sloužit také jednotlivci, příklady takové ochrany právních statků jsou trestné činy zajišťující řádný výkon soudnictví nebo trestné činy daňové.²⁴⁰ Takový přístup odpovídá tradiční společensko smluvní teorii, podle níž se jedinci vzdávají části své svobody proto, aby jim společnost zajistila ochranu jejich práv. V tomto ohledu ani z ústavněprávního hlediska nelze nic namítat proti ustanovení § 1 tr. zákona z roku 1961, který za svůj účel považoval rovněž ochranu práv a zájmů fyzických a právnických osob. Tento názor potvrdil v pozdějších rozhodnutích zabývající se zásadou *ultima ratio* i Nejvyšší soud, když judikoval, že „není překážkou vzniku trestní odpovědnosti, když původní právní vztah mezi pachatelem a poškozeným byl založen smlouvou uzavřenou podle soukromého práva, kterou pachatel také porušil. V souladu s § 1 tr. zák. je tedy možné použití prostředků trestní represe k ochraně uspokojování subjektivních práv soukromé povahy.“²⁴¹ Jindy je za kritérium trestnosti bráno „závažné porušení právních povinností“.²⁴² Zcela na místě pak není uplatnění zásady subsidiarity trestní represe, pokud ke spáchání trestného činu došlo zneužitím prostředků soukromého práva (např. uvedení v omyl ohledně obsahu podepisované smlouvy, kdy pachatel druhé straně v časové tísní předložil smlouvu jiného znění, přičemž předstíral, že se jedná o smlouvu dle původní ústní dohody).²⁴³ Zde je na místě učinit poznámku, že v obhajobě obviněných někdy zaznívá naprosté nepochopení zásady subsidiarity

²⁴⁰ Srov. ROXIN, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München: C. H. Beck, 2006, str. 17-18.

²⁴¹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 12. 2005, sp. zn. 5 Tdo 1535/2005.

²⁴² Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2010, sp. zn. 5 Tdo 298/2010. Rovněž zde se ve vztahu k tr. činu porušování závazných pravidel hospodářského styku konstatuje, že „trestní odpovědnost za posuzované trestné činy totiž není podmíněna tím, aby poškozený uplatnil své nároky s využitím prostředků soukromého práva.“ Je otázkou, nakolik tím Nejvyšší soud ve vztahu k danému trestnému činu popírá použití zásady *ultima ratio*.

²⁴³ „Existence občanskoprávního vztahu, do kterého pachatel vstoupil se záměrem spáchat trestný čin, nevylučuje uplatnění trestní odpovědnosti. Podstatné je totiž to, že pachatel v rámci uvedeného vztahu naplnil znaky trestného činu, na který je třeba reagovat prostředky trestního práva.“ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. 7. 2010, sp. zn. 8 Tdo 784/2010.

trestní represe, resp. možná snaha právních zástupců klientů vznést pouhé formální argumenty. Možným důvodem zde je pravděpodobně také prozatímní nejasnost zkoumané zásady.

Budeme-li vycházet z právního posouzení ve vazbě na skutkové okolnosti daného případu, zjistíme, že Ústavní soud se nepohyboval mimo shora uvedené názory. Konkrétně šlo o právní kvalifikaci jednání, v němž stěžovatelka nevyplatila druhé straně peníze utržené z prodeje psích štěnat (tr. čin zpronevěry), který měla pro druhou stranu obstarat, a dále nezaplatila kupní cenu za jiného psa, přestože údajně již při uzavření kupní smlouvy věděla, že svému závazku nebude moci dostát (tr. čin podvodu). Obecné soudy se však nevypořádaly se soukromoprávním základem věci, tedy tím, že stěžovatelka měla rovněž nárok na odměnu z titulu smlouvy příkazní (§ 724 an. občanského zákoníku), kterou byla oprávněna proti druhé straně podle § 580 občanského zákoníku započíst. V případě trestného činu podvodu pak mělo jít o nedostatečné zhodnocení skutečnosti, že stěžovatelka měla vzhledem k údajné vadě věci právo na přiměřenou slevu ze sjednané ceny.²⁴⁴ Ve shodě s předešle citovanými nálezy se tak opět jednalo o posouzení otázky protiprávnosti jednání při zohlednění předpisů soukromého práva. Ač zde byl přímo vyzdvihnut význam zásady *ultima ratio* pro aplikační praxi, ve výsledku lze mít opět pochybnosti, zda zásada subsidiarity trestní represe měla v daném případě samostatný význam.

Smysl můžeme spatřovat v tom, že soukromoprávní základ domnělého trestného činu by měl nutit orgány činné v trestním řízení zvažovat pohnutku pachatele, může napomoci jejímu zjištění (viz realizace práva na přiměřenou slevu kupní ceny v předchozím případě). V této souvislosti se sama o sobě jeví problematická právní věta dalšího rozhodnutí Nejvyššího soudu: „*Otázka, zda mezi pachatelem a poškozeným byla uzavřena smlouva občanskoprávní či obchodněprávní, resp. o jaký smluvní typ se jednalo, nemá žádný význam pro posouzení skutku pachatele jako trestného činu podvodu podle § 250 TZ... Právní posouzení povahy právního vztahu by však mělo význam v případě, že by nebyl zjištěn prvotní podvodný úmysl pachatele a nepřicházela tak v úvahu právní kvalifikace jeho skutku podle citovaného ustanovení.*“²⁴⁵ V daném případě to jistě platilo, pachatel měl obstarat druhé smluvní straně konkrétní automobil, což neučinil a peníze na něj určené si ponechal. Na podvodný úmysl zde bylo správně poukázáno, protože pachatel druhou smluvní stranu nijak neinformoval o problému se splněním závazku, naopak druhé smluvní straně po jejich urgencích uváděl nepravdivé

²⁴⁴ Viz nálezy ÚS ze dne 29. 4. 2004, sp. zn. IV. ÚS 4/04.

²⁴⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2010, sp. zn. 6 Tdo 706/2010.

informace týkající se obstarání automobilu (např. že auto již dovezl). Obviněný se s odkazem na posledně citovaný judikát Ústavního soudu dovolával zásady subsidiarity trestní represe právě z toho důvodu, že mezi ním a poškozeným byla uzavřena soukromoprávní smlouva. Zde však zjištěné skutkové okolnosti nijak nesvědčily pro závěr, ke kterému Ústavní soud dospěl. Podle autora práce nemohl soukromoprávní základ věci v daném případě nijak ospravedlnit jednání pachatele, resp. nahlížet na něj jako jednání, které je v souladu s právním řádem. To však ještě neospravedlňuje vyslovit obecný názor, který učinil Nejvyšší soud. Z rozhodnutí Ústavního soudu naopak vyplývá, že existence smluvního vztahu může závěry o prvotním podvodném úmyslu zpochybňovat. Jako již to naznačila kapitola věnovaná úvěrovému podvodu a naznačují to i řádky posledně uvedené, musí být judikatura k zásadě subsidiarity trestní represe přísně zvažována s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti.

B/ Primární uplatnění prostředků civilního práva

Spojení otázky protiprávnosti a zásady *ultima ratio* dále můžeme vysledovat v nálezu Ústavního soudu vedeného pod sp. zn. IV. ÚS 469/2002²⁴⁶. V daném případě byla proti stěžovateli podána obžaloba na základě toho, že přestal platit splátky, ke kterým byl povinen podle leasingové smlouvy, a nadále si ponechal přístroj, na základě též smlouvy pronajatý. V jednání byl spatřován trestný čin zpronevěry. Spojení se zásadou *ultima ratio* zde však již bylo užší, neboť Ústavní soud na okraj k právní kvalifikaci jednání vytkl, že nebylo zjišťováno, jaké konkrétní kroky, předpokládané např. občanským právem, učinila majitelka přístroje k ochraně svého vlastnické, a v podstatě i závazkového, práva a s jakým výsledkem se tyto kroky setkaly.²⁴⁷ Ústavní soud tak nepřímou nabádá k závěru, že poškozená strana soukromoprávního vztahu by se měla svého práva domáhat nejdříve soukromoprávními prostředky. „*Je zcela nepřijatelná praxe, kdy se standardní civilní vztahy na úkor jednoho z jejich účastníků řeší prostředky trestního práva. Tímto způsobem totiž potom dochází k znerovnoprávnění osob v jejich vzájemných vztazích a k neúctě orgánů veřejné moci k rovnosti občanů, tedy k porušení čl. 1 Listiny a čl. 1 Ústavy.*“²⁴⁸

K podobnému závěru o primárnosti užití prostředků soukromého práva se Ústavní soud přiklonil i v nálezu vedeném pod sp. zn. II. ÚS 423/2004; „*pokud je vedeno civilní řízení o žalobě pronajímatele k vyklizení bývalého nájemce, pak do uplynutí lhůty*

²⁴⁶ Nález ÚS ze dne 29. 4. 2004, uveřejněn pod č. 61 ve sv. 33 Sb. nál. a usn.

²⁴⁷ Tamtéž.

²⁴⁸ Tamtéž.

stanovené soudem k vyklizení bytu nelze připustit, že by se bývalý nájemce... setrváním v předmětném bytě dopouštěl trestného činu neoprávněného zásahu do práva domu, bytu nebo nebytového prostoru podle § 208 TrZ.“²⁴⁹ Důraz na to, aby se orgány činné v trestním řízení v případě posledně jmenovaného trestného činu důsledně zabývaly tím, zda se strany pokusily řešit spor civilněprávní cestou, popř. podle § 5 občanského zákoníku, lze najít i v pozdějším judikátu.²⁵⁰ Role domnělé oběti trestného činu, resp. míra její aktivity na odstranění bezpráví, je tak dále podtržena.

Zcela namísto bude primární řešení sporu civilněprávní cestou, pokud je existence určité povinnosti či její rozsah pochybný. V judikatuře lze tento případ dokumentovat na trestném činu zanedbání povinné výživy, pokud se jedná o výživné vůči druhému z manželů. V konkrétním případě byl shledán rozpor se zásadou *ultima ratio*, pokud byl obviněný shledán vinným i přesto, že povolením obnovy rozhodnutí, zakládajícího předmětnou vyživovací povinnost, ze strany civilního soudu došlo k odložení vykonatelnosti daného rozhodnutí.²⁵¹

Korektiv uvedeným závěrům však jistě bude představovat míra intenzity společenské škodlivosti jednání. Setrvání bývalého nájemce v bytě do lhůty stanovené k vyklizení či výměna zámku v domě jeho uživatelem, aby tak zamezil přístupu dalšího spoluvlastníka, který nemovitost v dané době neužíval (II. ÚS 1098/10) jistě nedosahuje takového stupně společenské škodlivosti jako jednání, kterým obviněný zamezením přívodu elektrické energie poškozeným v podstatě zabránil dlouhodobě užívat byty, jejichž byli oprávněnými nájemci. Správně proto podotýká Nejvyšší soud, že „*zásah do nerušeného užívání nemovitosti určené k bydlení vystavuje přitom jedince mimo jiné stresu a je způsobilé přivodit mu psychickou újmu, neboť narušuje jeho pocit bezpečí, jistoty ... v takové situaci je naopak potřebné na spáchaný čin reagovat bezodkladně a nikoli vyčkávat, až poškození marně vyčerpají ke své ochraně prostředky práva civilního a správního. V takovém případě by se jednalo o nepochopení principu ultima ratio....*“²⁵² V popsaném jednání lze tedy bez výtek spatřovat naplnění materiální stránky trestného činu.

²⁴⁹ Nález ÚS ze dne 3. 3. 2005, uveřejněn pod č. 40/36 Sb. nálezů a usn.

²⁵⁰ Nález ÚS ze dne 4. 8. 2010, sp. zn. II. ÚS 1098/10.

²⁵¹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 7. 2007, sp. zn. 11 Tdo 349/2007.

²⁵² Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 5. 2010, sp. zn. 11 Tdo 169/2010. Obdobně rovněž v Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. 9. 2010, sp. zn. 4 Tdo 823/2010: „*Námítka, že poškozený mohl místo trestního oznámení uplatnit jiné právní prostředky k ochraně svých zájmů, např. že měl primárně podat žalobu na vydání bezdůvodného obohacení, a byla-li by neúspěšná, pak vymáhat dluh prostřednictvím řízení ve věcech občanskoprávních, jsou nesprávným pochopením zásady subsidiarity trestní represe obsažené v § 12 odst. 2 TZ (ve znění účinném od 1. 1. 2010):*“

C/ Míra efektivity soukromoprávních prostředků

Jak již bylo poukázáno v obecné části této kapitoly, vznikají o efektivitě soukromoprávních prostředků v porovnání s účinky trestního práva pochybnosti. Je proto otázkou, jak vykládat § 12 odst. 2 tr. zák. Lze se omezit na hledisko formální, jež bylo představeno v kapitole druhé, podle něhož nelze uplatnit trestní odpovědnost v případě, kdy jednání dosahuje pouze nízkého stupně společenské škodlivosti, avšak lze zároveň uplatnit odpovědnost podle jiného právního – tedy právě platného a účinného – předpisu? Takový přístup by byl jistě z hlediska právní jistoty korektní. Ovšem do hry jsou vsazena lidská práva a je na druhé pochybné, zda lze proporcionalitu trestání, jak byla představena v kapitole první, vázat jen na momentálně platný – tu více, tu méně efektivní – právní řád. Ostatně zákonodárce by mohl zásadu subsidiarity trestní represe snadno obejít tím, že by nevytvořil dostatečně alternativní sankční systém k trestnímu právu. Uvedené platí především pro správní trestání, které mimo přestupkového práva postrádá obecnou úpravu! Navíc již shora představené případy z judikatury nám ukazují, že především s ohledem na roli oběti může být uplatnění alternativních sankčních prostředků ztíženo. Obecně zcela jistě nelze konstatovat, že v případě neaktivity oběti činu mající za následek ztížení nebo znemožnění uplatnění soukromoprávních prostředků - např. promlčení nebo prekluze – by bylo na místě uplatňovat trestněprávní prostředky. Z judikatury zatím nelze vyčíst k této problematice konstantní postoj, jeden náleží Ústavního soudu se jí však dotýká. Jedná o rozhodnutí 1. senátu ze dne 28. dubna 2010.²⁵³ Předmětem posouzení dodržení ústavněprávních kautel při kvalifikaci trestného činu zde byl složitý skutkový stav, v jehož rámci stěžovatelka extenzivně vůči jisté společnosti s.r.o. uplatnila směnku, která měla být vypsána k zajištění půjčky manžela stěžovatelky do stejné společnosti ve výši 500.000 Kč. Směnka byla vystavena právě manželem stěžovatelky jako jednatelem uvedené společnosti spolu s dalším jednatelem po dohodě všech tří zúčastněných osob. Směnka však byla vystavena bez uvedení směnečné sumy, tedy nikoliv na půjčenou částku 500.000 Kč, kterou stěžovatelka překročila, když při uplatnění práv ze směnky tentokrát již vyplněné požadovala 1.000.000 Kč. Obecné soudy posoudily jednání stěžovatelky jako trestný čin podvodu podle § 250 odst. 1, 3 písm. b) TZ z roku 1961 ve stádiu pokusu. Trestnost jednání stěžovatelky byla spatřována v tom, že se pokusila osoby zastupující společnost uvést v omyl, neboť částku, na kterou zněla směnka, nikdy společnosti nepůjčila, uplatnila předžalobní upomínkou směnku jako směnku platební

²⁵³ Nález Ústavního soudu vedený pod spisovou značkou I. ÚS 541/10.

(neuvedla tedy pravou kauzu závazku), ačkoliv se jednalo o směnku zajišťovací. Manžel stěžovatelky zároveň uplatnil civilní žalobou své právo na zaplacení 500.000 Kč z titulu smlouvy o půjčce.

Z právního hlediska zde nastal problém spočívající v tom, že oddělením osoby skutečného věřitele a remitenta (stěžovatelka), došlo k osamostatnění směnky. Směnka je přitom závazkem abstraktním, ekonomické nebo jiné důvody vzniku nejsou tedy nijak rozhodné. Zajišťovací směnka tedy není zvláštním druhem směnky, v souladu s její abstraktní povahou dochází k prolomení akcesority závazku ze směnky a závazku, který směnka zajišťuje. Na druhou stranu soudy však dlužníkům přiznávají obranu, která je svou podstatou založena na akcesoritě a subsidiaritě uplatněného práva.²⁵⁴ Tato obrana je ovšem s ohledem na abstraktní povahu směnečného závazku ztížena. Ústavní soud se s problémem vypořádal následovně: *„Skutečnost, že obrana žalovaných směnečných dlužníků je jak procesně, tak i hmotněprávně oproti dlužníkům z nesměnečných pohledávek značně ztížena, nemůže založit trestnost excesivního uplatnění směnečné pohledávky (bod 15). Nadto je nutno podotknout, že excesivní uplatnění směnky bylo umožněno, resp. jeho možnost byla maximalizována, neopatrným a neodborným přístupem výstavce ke kontraktaci, který tak dle názoru Ústavního soudu významnou měrou daný směnečný spor umožnil a sám si možnost úspěšné obrany snížil (odlišnost směnečného a závazkového věřitele, odlišnost částek...)“*

V souladu se závěry tohoto judikátu pro uplatnění zásady subsidiarity trestní represe není rozhodné, zda alternativní prostředky k trestnímu právu poskytují právem chráněnému zájmu v porovnání s trestním právem dostatečnou ochranu. Tento závěr je však podle názoru autora nutné přísně vnímat ve vztahu s jednáním oběti trestného činu. Na místě bude spíše jen tehdy, pokud se oběť trestného činu ochrany svých práv určitým způsobem (ať již úmyslně či neopatrným jednáním) vzdává. Ve zkoumaném případě se může tento závěr jevit sporným, neboť jednatele společnosti nebyli obětí činu, nýbrž aktéry jednání, z něhož hodlali profitovat. I zde však lze namítnout, že společnost se mohla danému jednání snažit předjít vhodnou úpravou ve společenské smlouvě; např. omezením jednatelského oprávnění při uzavírání smluv na plnění nad určitou částku (srov. § 133 odst. 2 ObchZ) a v návaznosti na to činit jednatele odpovědné za škodu způsobenou porušením právní povinnosti při výkonu jejich působnosti (viz § 135 odst. 2 ve spojení s § 194 odst. 5 ObchZ). Ovšem i souvislosti s povinnostmi jednatele vykonávat svou povinnost s péčí řádného hospodáře lze uvažovat

²⁵⁴ Srov. s odkazem na literaturu tam uvedenou tamtéž, str. 6 dokumentu ve formátu word dostupném na <http://nalus.usoud.cz>.

o jeho trestním postihu podle ustanovení o trestném činu porušování povinnosti při správě cizího majetku (srov. § 220 tr. zák., § 255 TrZ z roku 1961).²⁵⁵ Ve zkoumaném případě však překvapivě, alespoň dle vylíčení podaném Ústavním soudem, orgány činné v trestním řízení aplikaci dané skutkové podstaty nezvažovaly.

Podobný jako shora citovaný závěr nalezneme rovněž v jednom usnesení Nejvyššího soudu, podle kterého „určité selhání či nedostatečná účinnost zákonných nástrojů, sloužících k faktickému výkonu pravomocných a vykonatelných soudních rozhodnutí, nemůže vést k tomu, aby tato opatření byla nahrazována či doplňována prostředky práva trestního.“²⁵⁶ V daném případě však soud především vycházel ze skutečnosti, že obviněnému se nepodařilo prokázat naplnění subjektivní stránky trestného činu podvodu, kterého se měl dopustit tím, že si půjčil určitou finanční částku, i když v okamžiku uzavření půjčky údajně věděl, že nebude moci svému závazku dostat. Vazba trestního práva na alternativní právní prostředky tak byla v argumentaci soudu spíše druhotného významu. Zároveň nám ale dobře ukazuje příčinu podávání některých trestních oznámení týkajících se činů majících soukromoprávní význam. Poškozený totiž v daném případě nejprve podal na obviněného žalobu, jejímuž petitu soud vyhověl. Obviněný však přesto nezaplatil a bezúspěšné bylo i následné exekuční řízení. Následným podáním trestního oznámení tedy poškozený (který původně patrně ani jednání obviněného nepovažoval za trestné) pravděpodobně zamýšlel jako dalším způsob saturace svých nároků k obviněnému. K takovému jednání se negativně vyjádřil Ústavní soud rovněž v jiném ze svých nálezů.²⁵⁷ Tím se dále teze o vazbě trestního práva na míru efektivnosti mimotrestněprávních prostředků zpochybňuje.

Na okraj je vhodné doplnit, že řešení sporu trestněprávní cestou se může věřiteli či poškozenému jevit jako cesta snadnější, neboť na rozdíl od civilního řízení nejsou povinni zaplatit soudní poplatek, nenesou břemeno důkazní, protože orgány činné v trestním řízení jsou povinny postupovat v souladu se zásadou vyšetřovací.

²⁵⁵ Srov. k tomu usnesení velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 26. 8. 2009, sp. zn. 15 Tdo 294/2009.

²⁵⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 1. 2001, vedené pod sp. zn. 7 Tz 290/2000.

²⁵⁷ Srov. náleží Ústavního soudu ze dne 4. 8. 2010, sp. zn. II ÚS 1098/10. Kriticky ke zneužívání trestního oznámení k řešení civilně právních sporů rovněž viz náleží Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2010, sp. zn. II.ÚS 789/06, trestní oznámení zde vedlo dle Ústavního soudu k nezákonnému nařízení odposlechů.

5.3. Role oběti trestného činu

První část předcházející kapitoly (5.2. A/) poukázala na tendenci judikatury českého Ústavního soudu zohledňovat při poměřování konkrétních případů se zásadou subsidiarity trestní represe chování oběti při spáchání činu zejména ve spojení se zásadou „*vigilantibus iura*“. Již dříve byla tato problematika zmíněna v souvislosti s pojednáním o trestném činu úvěrového podvodu. Domnívám se proto, že je vhodné věnovat roli oběti pozornost s ohledem na možné vyloučení trestnosti rovněž v teoretické rovině. Toto pojednání by se pak mělo zaměřit na právně relevantní hlediska, která již nejsou pokryta jinými instituty (zejm. okolnosti vylučující protiprávnost – svolení poškozeného, popř. krajní nouze a nutná obrana v reakci na jednání oběti trestného činu). Obecně lze problém vytyčit ve shodě s B. Schünemannem tak, že se jedná o omezení trestnosti s ohledem na to, nakolik je oběť trestného činu ochrany hodná a potřebná.²⁵⁸ Podle T. Hörnle je trestní skutková podstata nadbytečná, pokud se oběť může před negativními důsledky chránit sama (byť podle autorky se jedná o hledisko kriminologické).²⁵⁹ Téměř totožnou formulaci nalezneme v souvislosti s pojednáním o materiálním bezpráví u C. Roxina, přidaným požadavkem je, že sebeochrana je oběti „*přičitatelná*“. Tentýž autor rovněž představuje možnost **spojit jednání oběti přímo se subsidiaritou trestního práva**: „*Trestní právo má být ultima ratio sociální politiky a jeho zásah je nelegitimní tehdy, pokud jsou k dispozici mírnější prostředky k odvrácení společenské škody.*“²⁶⁰ Mírnějšími prostředky je zde myšlena právě sebeochrana oběti. Ve spojení se zásadou ultima ratio tuto problematiku, již můžeme pro další výklad označit jako „**viktimologický princip**“, pojednávají T. Hörnle a B. Schünemann.²⁶¹

Takové pojetí daného principu ovšem dále osobně C. Roxin odmítá. Ze zásady subsidiarity podle něj pouze vyplývá, že stát nesmí trestat tehdy, pokud lze k odstranění konfliktu nasadit méně intervenující prostředky, nikoliv tehdy, pokud se občan může chránit sám. Trestní právo je totiž nasazováno právě z toho důvodu, aby občanům ulehčilo od tíže vlastní sebeochrany, „*kde bdí oči zákona, může občan svou energii*

²⁵⁸ SCHÜNEMANN, B.: Zukunft der Viktimodogmatik. In: Festschrift für Hans Joachim Faller, München: C. H. Beck, 1984, str. 362.

²⁵⁹ HÖRNLE, T.: Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz. In: Hirsch, A., Seelmann, K., Wohlers, W. Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden Baden: Nomos, 2006, str. 37.

²⁶⁰ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 607.

²⁶¹ Viz níže uvedené odkazy na literaturu těchto autorů.

věnovat vlastnímu rozvoji“.²⁶² S tím lze zdánlivě souhlasit. Bylo by naopak v rozporu s teorií právem chráněného zájmu, pokud by zajištění svobody jedinců společnosti bylo vydáno napospas svobodě zločinců. Takto se opět vracíme k teorii společenské smlouvy. Na druhou stranu je právě tato teorie chápána s odkazem na J. Locka tak, že občané se vzdávají svobody jen natolik, jak je to pro zajištění vzájemné ochrany žádoucí, Schünemannovi podkladem pro argumentaci ve prospěch viktimologického principu. „*Občan potřebuje stát teprve tehdy, pokud jeho vlastní síly bez dalšího pro zachování jeho právem chráněných zájmů (upraveno autorem) nepostačují.*” Tento názor se může jevit s ohledem na shora uvedenou argumentaci nepřesvědčivý, neboť občané, resp. následně jejich zástupci, mají právo se rozhodnout, které ze svých činností svěří státu, aby tak intenzivněji realizovali jiné sféry své svobody. Nepřesvědčivý je ale pouze v pohledu, pokud by jednání oběti mělo vyloučit protiprávnost pachatelova jednání zcela. O tom se nikde nehovoří. Správně podle mého názoru B. Schünemann v jiném svém článku uvádí, že překročení mezí svobody (Freiraum) je ve smyslu chápání trestního práva jako „*ultima ratio*“ sice nutnou, ne však jedinou podmínkou trestnosti, další podmínkou je, že jiné prostředky k zabránění škody nejsou účinné. Omezení trestnosti neznamena vyloučení protiprávnosti podle občanského práva.²⁶³ Tento dodatek je pro chápání zásady subsidiarity trestní represe významný. Neříká se zde, že sebeochranné prostředky oběti musí samy o sobě za daných podmínek nutně nahradit kriminalizaci. Jde o to, že **jednání oběti může být materiálním rozlišujícím kritériem mezi uplatněním sankcí podle trestního a občanského či správního práva.**

Obecně není přijímám názor, že by v německém právu existoval nějaký viktimodogmatický princip. Roxin zmiňuje, že nelze najít žádný podklad pro to, že by zákonodárce činil trestuhodnost závislou na sebeochranných opatřeních.²⁶⁴ V českém právu můžeme odvozovat takové pravidlo s odkazem na shora uvedenou argumentaci z § 12 odst. 2 tr. zák. I kdyby ale tomu tak nebylo, nelze říct, že zohledňování role oběti při aplikaci práva by vedlo nepřipustnému restriktivnímu výkladu skutkových podstat. O ten by se jednalo teprve tehdy, pokud by byla dotčeno významové jádro skutkové podstaty. Restriktivní výklad je tak možný ve významové oblasti určitého pojmu mimo zmíněné jádro („*Bedeutungshof der Gesetzstermini*“). Schünemann demonstruje problém

²⁶² ROXIN, C: Op. cit. d., str. 607 a 608.

²⁶³ SCHÜNEMANN, B.: *Zukunft der Viktimo-Dogmatik*. In: Zeidner, W. (ed.): Festschrift Hans Joachim Faller, C. H. Beck, München 1984, str. 366.

²⁶⁴ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 607.

na trestném činu podvodu. Pokud je někdo mylně přesvědčen o existenci nějaké skutečnosti, jde jednoznačně o omyl. Pokud však má někdo pochybnosti o tvrzených skutečnostech, jde o skutkovou okolnost, která se pohybuje právě ve významové oblasti pojmu omyl, avšak mimo jeho jádro.²⁶⁵

Stejně Roxin nakonec dospívá k tomu, že konkrétní povaha jednání může mít význam pro (teleologický) výklad zákona.²⁶⁶ Tak například v souvislosti s ochranou měny jistě není třeba postihovat výrobu takových falzifikátů peněz, které nejsou způsobilé nikoho oklamat.²⁶⁷ Autor práce považuje však ve vztahu k českému právu za vhodné dodat, pokud se nejedná o přípravu trestného činu. Padělatelé peněz totiž jistě mohou právě získáváním zkušeností z nepodařených falzifikátů své padělky zdokonalovat. Je-li výroba padělků vedena takovým úmyslem, pak se jistě při splnění dalších náležitostí litery zákona jedná o vytváření podmínek pro spáchání zvláště závažného zločinu (srov. § 20 odst. 1 ve spojení s § 233 odst. 3, 4 a 5 tr. zák.). Role oběti pak podle některých názorů má význam při výkladu trestného činu vydírání (§ 240 StGB), při sebeohrožení oběti²⁶⁸, někdy dokonce v souvislosti s trestným činem pohlavního zneužití svěřené osoby, kdy zneužití závislosti má odpadnout, pokud jednání vyprovokuje sama oběť²⁶⁹ (§ 174 odst. 1 Nr. 2 StGB, v ČR srov. § 186 odst. 2 tr. zák.). Jednání oběti při činu, resp. spoluvytvoření příčin(y) pro trestněprávně relevantní následek může mít dále význam při výměře trestu.²⁷⁰ To je však již zcela jiná otázka, která do vytyčené koncepce práce nespadá.

T. Hörnle se na problém dívá z **hlediska jednotlivých právních statků**. Pokud se jedná o **individuální právem chráněné zájmy**, které jsou objektem trestných činů jako je ublížení na zdraví, loupež, porušování domovní svobody, omezování osobní svobody atd. zpochybňuje nasazení (myšleno mírnějších) jiných právních prostředků (např.

²⁶⁵ SCHÜNEMANN, B.: Zukunft der Viktimo-Dogmatik. In: Zeidler, W. (ed.): Festschrift Hans Joachim Faller, C. H. Beck, München 1984, str. 368.

²⁶⁶ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 605 an., Stejně Rovněž Schünemann, B.: In Festschrift Hans Joachim Faller, C. H. Beck, München 1984, str. 362. Posledně jmenovaný autor hovoří o omezení trestnosti, pokud oběť není ani ochrany hodná, ani ochrany potřebná.

²⁶⁷ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 609.

²⁶⁸ ROXIN, C.: Op. cit. d., str. 609, obdobně ohledně vydírání Schünemann, B: Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 10/1986, str. 440. **V souvislosti se sebeohrožením oběti autor považuje za podstatné dodat, že je třeba přihlížet k rozumové a volní vyspělosti oběti.**

²⁶⁹ SCHÜNEMANN, B: Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 10/1986, str. 440.

²⁷⁰ Vše zcela volně parafrázováno srov. Roxin, C.: Op. cit. d., str. 608-610.

preventivních) byť by byly účinnější než trestní právo,²⁷¹ což ostatně souvisí s tím, že jde o delikty, které je v zásadě zákonodárce povinen stíhat trestním právem (viz kapitola první).²⁷² Naproti tomu B. Schünemann je v tomto ohledu vůči potenciálním pachatelům velkorysejší a vylučuje aplikaci viktimologického principu pouze u násilných deliktů.²⁷³

T. Hörnle dospívá k tomu, že kritizovatelné jsou z pojednáváného hlediska pouze ty trestné činy, které se zaměřují na úzké oblasti života jako např. v této souvislosti českým Ústavním soudem na zřetel brány úvěrový podvod. Zde jsou totiž obvykle banky schopny ověřit pravdivost výpovědí budoucích příjemců úvěru. Dále je namítána nedůvodnost trestného činu šíření pornografických materiálů v tom případě, pokud jsou zpřístupněny někomu, kdo si je nevyžádal (§ 184 odst. 1 pododst. 6 StGB, obdobně v ČR viz § 191 odst. 1 tr. zák.), neboť takový nevyžádaný materiál lze bez dalšího zlikvidovat.²⁷⁴ Nutno podotknout, že tímto se viktimologické hledisko ve výše uvedeném smyslu poněkud posouvá, neboť oběť zde reaguje na již vzniklé bezpráví. Nad existencí citovaných norem k ochraně mravnosti se lze sice na počátku 21. století pozastavovat, ale podle soudu autora se ještě nejedná o překročení mezí úvahy zákonodárce o společenské škodlivosti jednání, neboť chráněné osoby mohou být přeci jen potenciálně dotčeny ve svém soukromí. V oběti může být nedobrovolně vzbuzován pocit znechucení, studu. Viktimologický princip je však vhodně uplatnitelný k teleologické redukci trestného činu šíření pornografie (§ 191 tr. zák.) v tom smyslu, že nebude třeba považovat za trestný čin jednání vystavování pornografického díla na internetu, pokud bude mít oběť možnost sama se rozhodnout, zda chce dané dílo svými smysly vnímat. K tomu by měla sloužit informační povinnost autora příslušných internetových stránek nabízející se před jejich zpřístupněním, zákaz nevyžádané reklamy tohoto druhu atd.

Další rozlišení ve snaze dobrat se nějakému systematickému závěru **můžeme učinit na delikty s interakcí a bez interakce oběti** („Interaktionsdelikten“ a „Zugriffdelikten“). U první skupiny existuje určitý vztah mezi pachatelem a obětí a oběť vlastním jednáním spáchání činu „napomáhá“.²⁷⁵ Schünemann (danou kategorii nazývá synonymem „Beziehungsdelikte“) mluví o tom, že „*pachatel musí nositele právního statku podnítit*

²⁷¹ HÖRNLE, T.: *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz*. In: Hirsch, A., Seelmann, K., Wohlers, W. *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Nomos, Baden Baden 2006, str. 36-37.

²⁷² Srov. Hörnle, T.: *Op. cit. d.*, str. 37.

²⁷³ SCHÜNEMANN, B.: *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim: Cantaurus Verlag, 2002, str. 51.

²⁷⁴ Srov. Hörnle, T.: *Op. cit. d.*, str. 38.

²⁷⁵ Hörnle, T.: *Op. cit. d.*, str. 40.

k jednání, které je nutné z hlediska deliktního úmyslu“. Příkladem se uvádí trestný čin podvodu, u něhož většinou oběť učiní majetkoprávní úkon,²⁷⁶ jehož trestněprávním následkem je znak skutkové podstaty – způsobení škody (srov. § 209 tr. zák.). V případě trestného činu podvodu bude zpravidla oběť uvedena v omyl, záleží tak také na oklamáném, jaké podmínky pro oklamání vytvoří. Podle R. Hassemera postačí k vyloučení trestnosti u dané skupiny deliktů, že oběť zanedbá ochranná opatření, která jsou každým bez dalšího očekávána. Trestným činem podvodu pak nemá být kvalifikováno takové jednání, pokud má nositel právního statku pochybnosti o pravdivosti uváděných skutečností a majetkoprávní úkon bez dalšího učiní navzdory tomu, že má možnost podniknout k objasnění věci opatření, která jsou mu přičitatelná.²⁷⁷ Těmto závěrům plně koresponduje citovaná judikatura českého Ústavního soudu, která pro vyloučení trestnosti u trestného činu podvodu měla za rozhodné srozumění pracovníků banky s vysokou rizikovostí úvěru. V nálezu k trestnému činu úvěrového podvodu pak bylo významné, že „nebylo též objasněno, nakolik mohlo být stěžovatelovo jednání legitimováno vírou, že jedná dle pokynů věřitelky, přičemž posouzení této námitky mohlo mít vliv na posouzení naplnění znaku zavinění (ve vztahu k pojmu „nepravdivý údaj“)“.²⁷⁸ Skutkové okolnosti zde nejsou na základě nálezu zcela jasné, tato výtka navazující na tvrzení stěžovatele souvisí zřejmě s tím, že stěžovatel měl v době žádosti o úvěru více zdrojů příjmů, na které však příslušný formulář banky nepamatoval. Proto zřejmě neměla mít nepravdivost tvrzení o výši příjmu z pracovního poměru na kvalifikaci jednání trestným činem takový vliv. Za rozhodné lze v daném případě navíc podle mého názoru považovat, že dle tvrzení stěžovatele banka zpracovávala jeho bonitu již při jiné žádosti o hypotéku, která předcházela posuzovanému činu o 5 měsíců.²⁷⁹ Lze tak říct slovy R. Hassemera, že banka měla možnost učinit opatření k objasnění věci.²⁸⁰ Představeným případem z české judikatury se problematika dostává do čirějšího světla. Spornost viktimologického principu můžeme nyní ještě jednou lépe shrnout slovy: má jednání oběti trestného činu

²⁷⁶ SCHÜNEMANN, B.: *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 10/1986, str. 440.

²⁷⁷ Hassemer, R.: *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981, str. 54 an. Cit. prostř. Schünemann, B.: *Zur Stellung des Opfers*, Op. cit. d., str. 440.

²⁷⁸ Viz nálezu Ústavního soudu ze dne 7. 11. 2006, spis. zn. I. ÚS 631/05.

²⁷⁹ Srov. tamtéž, odst. 12 odůvodnění.

²⁸⁰ Přičitatelnost těchto opatření bance lze vyvodit i ze zákona. Podle zákona o bankách musí mít banka a pobočka zahraniční banky řídicí a kontrolní systém, který zahrnuje předpoklady řádné správy a řízení společnosti, a to vždy mj. řádné administrativní postupy a dále systém řízení rizik, který vždy zahrnuje mj. účinné postupy rozpoznávání, vyhodnocování, měření, sledování a ohlašování rizik (viz. § 8b odst. 1 písm. a) a b) zák. č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů).

vliv na vyloučení trestnosti jednání pachatele? Ano, mimo představený význam pro alternativní uplatnění prostředků soukromého práva je zapotřebí dále přihlídnout k subjektivní stránce pachatele, na kterou má jednání oběti jistě vliv. Pokud totiž oběť v případě (quasi)podvodných jednání zanedbá ochranná opatření, která jsou bez dalšího očekávána, dává tím na srozuměnou druhé straně buď, že potenciálním pachatelem poskytnuté údaje pro ní nejsou natolik podstatné nebo chce přistoupit dobrovolně na určité riziko. Úmysl pachatele způsobit škodu či poskytnout nepravdivé pro rozhodnutí podstatné údaje je pak sporný. Vždy však je nutné tyto teze zvažovat s ohledem na konkrétní situaci i trestný čin. V citovaném nálezu Ústavní soud například správně poukazuje na rozdílnost mezi pojistným a úvěrovým podvodem. „*U pojištění totiž pokus o podvedení pojišťovny typicky manipuluje s pojistnou událostí, s její nahodilostí (nebo zvětšuje její následky), a tím úmyslně přivodí situaci, v níž pojišťovně v rozporu s přirozeným během věcí vznikne povinnost vyplatit plnění.. Naproti tomu jednání formálně naplňující odst. 1 skutkové podstaty úvěrového podvodu, avšak nevedené úmyslem škodu způsobit, se liší jak od jednání naplňujícího základní skutkovou podstatu pojistného podvodu, tak od jednání naplňujícího skutkovou podstatu pokusu obecného podvodu (§ 8 k § 250 tr. zák.), neboť vůbec nemusí ohrožovat věřitele.*²⁸¹“ Prostý důvod spočívá v tom, že dlužník může mít úmysl úvěr splácet, i když poskytne nepravdivé informace.

U druhé ze jmenovaných skupin deliktů („Zugriffsdelikten“) se předpokládá pouze nežádané jednání někoho druhého.²⁸² Dalo by se říci, že jednání oběti zde na rozdíl od první skupiny není znakem skutkové podstaty. T. Hörnle však zdůrazňuje, že dané rozlišení by nemělo vést k závěru, že u skupiny bez interakce oběti by nemohly být vyvozovány důsledky závislé na sebeochranných opatření.²⁸³ Schünemann tento názor potvrzuje, když tvrdí, že „trestnost je potřebná tehdy, pokud oběť není sama za původ nebezpečí (Gefahrenquelle) zodpovědná.“²⁸⁴ Z naznačeného však podle autora přesto plyne, že u deliktů s interakcí oběti bude uplatnění viktimologického principu pravděpodobnější. Třídění tak má jakýsi indikující význam.

Výše byly představeny jen základní pohledy na danou problematiku. Při shrnutí těchto poznatků je třeba zvážit, zda je možné vytvořit nějaké obecné pravidlo vycházející

²⁸¹ Tamtéž, odst. 17 odůvodnění.

²⁸² Hörnle, T.: Op cit. d., str. 40.

²⁸³ Tamtéž, str. 40.

²⁸⁴ SCHÜNEMANN, B.: Zur Stellung des Opfers, Op. cit. d., str. 440.

z viktimologického principu. Jeho reglementování v obecné části trestního zákona by pak jistě i vyloučilo spory o mezích teleologického výkladu.

Jakou podobu by ono pravidlo mělo mít? Vyše byly naznačeny některé problémy související s teorií právem chráněného zájmu či také teorií společenské smlouvy. Proto T. Hörnle správně podle mého názoru namítá, že dané pravidlo by muselo obsahovat jen takové omezení svobody oběti, které by bylo potenciální obětí akceptovatelné. Dané pravidlo by nemělo ze strany oběti vyžadovat permanentní preventivní opatření (Vorsorge) a neustálou nedůvěru. Ještě obecněji řečeno nemělo by vést k zanedbávání vlastních zájmů oběti a nemělo by být spojeno s vlastním ohrožením oběti. Zároveň by musela být brána na zřetel odlišnost jednotlivých konkrétních obětí ve spojitosti s jejich schopností vykonávat účinnou sebeochranu, trestní právo by se nemělo zříkat ochrany lehkomyšlných, a tedy obzvláště zranitelných osob. Ve výsledku by k vyloučení trestnosti mohlo vést jen zanedbání takových ochranných opatření oběti, která jsou ji přičitatelná, přičemž oběť by musela mít podezření na nebezpečnost jednání pachatele již v době činu. Nelze zde činit závěry o této nebezpečnosti ex post²⁸⁵ (kriticky k tomuto přístupu viz kapitola týkající se úvěrového podvodu). Zároveň je vhodné s odkazem na citovanou judikaturu doplnit, že by se mělo jednat pouze o taková opatření, které může pachatel ze strany oběti s vysokou mírou pravděpodobnosti předpokládat či jinak, která jsou způsobilá ovlivnit jeho zavinění.

Viktimologický princip, jak již bylo řečeno, bude mít různou míru uplatnění s ohledem na jednotlivé druhy trestných činů. Bez preciznějšího zkoumání, však nelze říci, že by tento fakt měl být nějak zahrnut do formulace obecného pravidla. Nicméně lze zde znovu poukázat na závěry kapitoly o abstraktních ohrožovacích deliktech. Kde lze sebeochranná opatření oběti předpokládat, bude větší prostor pro prokázání toho, že ohrožení právem chráněného zájmu je absolutně vyloučeno.

²⁸⁵ Srov. HÖRNLE, T.: Op. cit. d., str. 43-44.

6. Subsidiarita trestního práva k správnímu právu

6.1. Obecná část

K danému tématu by bylo možné přistoupit z více úhlů pohledu. Předně by bylo žádoucí široký rozsah správního práva systematicky rozčlenit. Základním hlediskem se přitom jeví členění na normy správního práva mající čistě preventivní charakter (např. různá řízení o udělení povolení, různé podoby správního dozoru, kontroly atd.) a normy mající charakter sankční, jejichž zvláštnímu vyčlenění jistě nebrání, že na normy první skupiny často navazují (příkladem mohou být ustanovení stavebního zákona). Tyto sankční normy či přesněji správní delikty by bylo možné dále klasicky členit, jak to činí věda správního práva na přestupky, správní disciplinární delikty, správní pořádkové delikty a jiné správní delikty (zejména jiné správní delikty fyzických osob, správní delikty právnických osob, správní delikty právnických a tzv. fyzických podnikajících osob)²⁸⁶ a subsidiaritu trestního práva zkoumat ve vztahu ke každé této skupině. Otázkou však je, zda by to bylo vždy praktické, neboť některé skupiny správních deliktů mají ve srovnání s trestním právem jiný účel, odlišují se svými objekty, tudíž je možné je ukládat rovněž vedle trestních sankcí.²⁸⁷ nikoliv namísto nich. Případná depenalizace by pak mohla vyplývat „pouze“ z teleologického výkladu, tedy poznatku, že trestní norma se vzhledem k jejímu účelu na dané jednání vůbec nevztahuje (nedošlo by k dotčení objektu, společenská škodlivost by byla nepatrná), nikoliv proto, že postih normou správního práva by byl dostačující. Proto se autor dále zaměřuje ohledně vztahu správního a trestního práva na přestupky, jejichž účel se trestním normám blíží nejvíce. Snaha o komplexnost by navíc nemohla být naplněna v rozsahu standardizované diplomové práce. Jistě by však bylo záhodno zkoumat vztah trestního práva a správních preventivních opatření, alespoň částečně je tomu věnována pozornost v bodě A/ této kapitoly.

Zvolené pojetí zaměřit se na přestupkové právo je podle názoru autora racionální i z dalších důvodů. Přestupky přicházejí v úvahu jako alternativa k trestným činům nejčastěji. Jednak mohou postihovat široké spektrum fyzických osob, což pro ostatní správní delikty neplatí, jednak přestupkový zákon svou konstrukcí, především reglementováním obecné části, představuje právně vyspělý nástroj regulace lidského chování, což o ostatních správních deliktech pro jejich značnou neutříděnost říci nelze.

²⁸⁶ HENDRYCH, D. a kol.: *Správní právo. Obecná část. 7.* vydání, Praha: C. H. Beck, str. 454.

²⁸⁷ HENDRYCH, D. a kol.: *Op. cit. d.*, str. 481-482.

Zákon o přestupcích rovněž obsahuje paletu klasických sankcí (viz § 9 PřZ), jejichž povaha má na uplatnění zásady subsidiarity trestní represe také vliv, stejně jako u kritéria potřebnosti zásady proporcionality jde o to, že je porovnáván legislativní prostředek (zde uplatnění trestního práva), omezující základní právo resp. svobodu, s jinými opatřeními (zde sankce přestupkového práva), umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod, resp. dotýkajícími se jich v menší intenzitě.²⁸⁸ Následující pasáže odkazující na německou literaturu nejsou nepatřičné, jelikož právní úprava je podobná české a při odlišení přestupků a trestných činů pomocí materiálních kritérií se vychází ze stejného myšlenkového základu.

Otázka subsidiarity trestního práva vůči právu přestupkovému souvisí s tím, zda-li mezi oběma právními odvětvími vede nějaká hranice, a pokud ano, zda je nás způsobilá dovést k závěru, zda konkrétní jednání je nutné přiřadit tomu či jinému odvětví.²⁸⁹ Vcelku stranou můžeme ponechat formální rozdíly (srov. § 13 odst. 1 tr. zák. a § 2 odst. 1 PřZ), poněvadž ve výsledku stejně samy o sobě nezaručí, že určité jednání může zdánlivě naplňovat jak znaky trestného činu, tak přestupku. Z hlediska zásady subsidiarity trestní represe jsou rozhodná hlediska materiální, ostatně jen ta jsou zákonodárci směrnicí (dále bude řešena otázka, zda v některých případech taky závazným pravidlem), zda se rozhodne určité jednání postihnout jako správní delikt nebo trestný čin. Základní rozdíl se většinou shledává v rozdílném typovém stupni společenské škodlivosti.²⁹⁰ Podobně i v německé literatuře se ve vztahu k přestupkovému právu (Ordnungswidrigkeitenrecht)²⁹¹ traktuje, že reguluje různá jednání, která porušují normy a jejichž trestněprávní řešení je podle zákonodárce nepotřebné, resp. nepřiměřené. Jescheck konstatuje, že shoda přestupků s trestnými činy

²⁸⁸ Srov. náleží Ústavního soudu formulující kritéria zásady proporcionality ze dne 12. 4. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, publikován pod č. 46 ve sv. 2 Sb. nál. a usn.

²⁸⁹ Obdobně srov. taky WOHLERS, W.: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlín: Duncker et Humblot, 2000, str. 80.

²⁹⁰ NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol., *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, str. 133.

²⁹¹ Podle § 1 odst. 1 německého zákona o přestupcích (dále jen OWiG) je přestupkem protiprávní a vytýkatelné (vorwerfbar) jednání, které naplňuje skutkovou podstatu zákona, který dovoluje uložit trest v podobě pokuty (Geldbuße). Za trestný čin sankci v podobě pokuty (Geldbuße) uložit nelze. Rozlišení tedy nespočívá jako v českém právu v označení jednání přímo za přestupek, ale ke stejnému závěru lze dospět, pokud norma za dané jednání stanoví sankci pokuty. To je potvrzeno i v komentářové literatuře, samotné označení jednání za přestupek (ordnungswidrig) nestačí k tomu, aby bylo stíháno a postihováno podle přestupkového zákona. Rozhodující je tedy opravdu pouze pojem pokuty (Geldbuße). Viz Bohnert, J.: *Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar*, C. H. Beck, München 2003, str. 2. Český přestupkový zákon je snad přesnější v tom, že součástí definice v § 2 odst. 1 je podmínka, že nejde o jiný správní delikt postižitelný podle zvláštních právních předpisů anebo o trestný čin.

spočívá ve značném stupni nebezpečnosti (erheblicher Grad von Gefährlichkeit)²⁹², na druhé straně je však tato nebezpečnost značně menší než u trestných činů. Chybí zde vysoký stupeň zavrženíhodnosti pachatelova smýšlení, což samo o sobě ospravedlňuje sociálně etický odsudek trestu.²⁹³ Rozdíl tedy nelze spatřovat v tom, že pouze trestné činy porušují/ohrožují právní statky, to platí i pro přestupky.²⁹⁴ Odlišení je tak kvantitativní, nikoliv kvalitativní.

Uvedený závěr však podle názoru autora neznamená, že by v minulosti prosazované teorie o kvalitativním rozlišení byly bezvýznamné. Tak například kdysi německým Nejvyšším soudním dvorem přijatá teze o tom, že jednání, sankcionované trestním právem, je hodné zvláštního sociálně etického odsudku, zatímco přestupky sankcionují pouhou neposlušnost proti příkazům správního práva,²⁹⁵ může být použitelná k dekriminálnímu trestným činům, které tomuto pravidlu neodpovídají. Je nutné se také zabývat otázkou, zda přestupkové právo může neomezeně sankcionovat jakékoliv formálně protiprávní jednání, byť není objektivně společensky škodlivé. Následující pasáže proto podávají stručný přehled teorií snažící se o nalezení hranice mezi trestním a přestupkovým právem.

A/ Teorie individuálního právem chráněného zájmu

Jak již bylo uvedeno v kapitole věnované právem chráněnému zájmu, vychází se někdy z toho, že trestní právo by mělo, na základě konkrétní historické situace, chránit uznávané „danosti“, které jsou předpokladem a podmínkami pro osobnostní rozvoj jednotlivce společnosti. Tyto danosti by měly být chráněny před dotčením, nikoliv před ohrožením v předpolí poruchy. Posledně jmenované trestné činy by měly být sankcionovány mírnějšími tresty, popř. vyřazeny z trestního zákoníku (v Německu se jedná o tzv. Nebenstrafrecht) či dokonce převedeny mezi přestupky. To platí i pro společenské předpoklady rozvoje jedince,²⁹⁶ které ve shodě s Roxinem můžeme nazvat jako univerzální právní statky (viz kapitola třetí).

Jeví se zde vhodné poukázat na závěry kapitoly věnované abstraktně ohrožovacím deliktům. Jednání, u něhož je nastoupení poruchy či konkrétního ohrožení absolutně

²⁹² V tomto smyslu však nelze bez dalšího považovat pro české právo relevantní, neboť předchází TrZ z roku 1961 hovořil o stupni nikoliv nepatrném.

²⁹³ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlín: Duncker et. Humblot, 1996, str. 59.

²⁹⁴ ROXIN, C.: *Allgemeiner Teil*, Band I, C. H. Beck, München 2006, str. 58.

²⁹⁵ BGHSt 11, 264, rozhodnutí velkého senátu pro věci trestní ze dne 4. 11. 1957.

²⁹⁶ Hohmann, *Das Rechtsgut der Umweltschäden*, Peter Lang, Frankfurt nad Mohanem 1991, str. 142. Cit. prostřednictvím WOHLERS, W.: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährungsdelikte*, Berlín: Duncker et Humblot, 2000, str. 80.

vyloučeno a jednající osoba vezme tuto skutečnost na vědomí, nelze postihovat jako trestný čin, byť by dle jazykového výkladu skutkové podstatě odpovídalo. Lze však patrně takové jednání postihovat jako správní delikt, a to jednak pro mírnější způsobení újmy, jednak z praktických důvodů, neboť při méně škodlivých jednání, která mají přestupky postihovat, se nejeví účelným nasazovat ochranné mechanismy v co nejširší možné míře. Uvedené tvrzení může ozřejmit příklad; pachatel přestupku, kterého se dopustil tím, že zaparkoval vozidlo na místě vyhrazeném pro invalidy, nemůže zatěžovat policejní orgány natolik, aby potvrdily jeho tvrzení, že za daných okolností (např. denní doba, značný počet volných parkovacích míst) bylo ohrožení právem chráněného zájmu vyloučeno. Takový postup by při postihu bagatelních jednání zatěžoval příslušné orgány nadměrně, neboť by musely ověřovat, zda v daném případě vyloučení ohrožení nezáviselo na náhodě nevzaté pachatelem na vědomí atd. Pak by ovšem byla omezena funkčnost příslušných orgánů samotných, neboť místo uplatňování sankčních postihů, příp. preventivních opatření před zakázaným jednáním v jiných případech by se musely věnovat dokazování v takovém rozsahu, který s ohledem na výši sankce zcela není na místě.

Nicméně je třeba souhlasit s W. Hassemerem, že moderní trestní právo je zaměřeno na univerzální právní statky příznačné, *“ochrana právních statků se stává ochranou institucí”*. Zákonodárce přitom tyto univerzální právní statky formuluje obzvlášť vágně a široce (např. veřejné zdraví, fungování systému subvencí). Moderní trestní právo se zaměřuje namísto bezpráví a jeho nápravy na prevenci budoucího bezpráví. *“V trestním právu již nejde o přiměřenou odpověď na minulost, ale o zdolání budoucnosti.”*²⁹⁷ Tím není myšlena generální či speciální prevence jako účel trestu, ale prevence v tom smyslu, že trestní právo čím dál tím častěji nastupuje v předpolí zločinu, ještě než dojde k poruše právem chráněného zájmu či jeho konkrétnímu ohrožení (abstraktně ohrožovací delikty). Ochrana institucí taky vytváří preventivní ochranu individuálních práv jedince. Uvedené tendence navrhuje W. Hassemer řešit vytvořením zvláštním *“intervenčním právem”*, které by dané problémy regulovalo namísto *“moderního trestního práva”*. Intervenční právo by se mělo nacházet mezi trestním a přestupkovým právem, mezi právem veřejným a soukromým, obsahovalo by sice menší procesní záruky, avšak rovněž méně citelné sankce.²⁹⁸ W. Hassemer více konkrétní ve svém článku bohužel není. Přesto zde lze objevit souvislost s myšlenkami uvedenými v

²⁹⁷ HASSEMER, W.: Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 10/1992, str. 381.

²⁹⁸ HASSEMER, W.: Op. cit. d., str. 383.

předchozím odstavci. Méně citelné sankce jiných právích odvětví by umožnily bez “protivení se” se zásadě proporcionality postihovat některé abstraktně ohrožovací delikty.

Další otázkou je, zda trestní normy s ryze preventivní funkcí mohou být nahrazeny jinými preventivními mechanismy. Některé spíše negativní závěry v tomto ohledu byly učiněny v kapitole třetí. Nasazení jiných preventivních právních prostředků může totiž, jak bylo řečeno, legitimitu následně uplatněného trestního práva zesilovat, protože selhává-li prevence, míra odpovědnosti protiprávně jednajících osob se zvyšuje. To zřejmě platí pro porušení elementárních právních statků. V této souvislosti rovněž T. Hörnle zpochybňuje uplatnění zásady subsidiarity (tedy uplatnění preventivních právních prostředků namísto trestního práva), pokud jsou ve značné míře dotčena práva oběti, a to i tehdy pokud by nasazení prevence bylo účinnější.²⁹⁹ Ostatně již dříve přišel K. Tiedemann s myšlenkou, že zásada proporcionality (a tedy i princip ultima ratio) v určitých případech přikazuje kriminalizaci, a to z toho důvodu že ochrana právních statků prostřednictvím preventivní kontroly s sebou přináší omezení svobody právu věrných občanů. Trestní právo naopak představuje v souhrnu méně ostrý prostředek, protože penalizuje jen vybraná jednání.³⁰⁰ V obdobné duchu hovoří O. Novotný v souvislosti s hospodářskou kriminalitou o tom, že trestněprávní řešení by mohlo mít přednost, pokud by učinilo zbytečným složitý systém administrativní kontroly, který může pro podnikatele znamenat větší zátěž než jednotlivé protiprávní činy.³⁰¹

Naproti tomu je Tiedemannovým žákem a nástupcem R. Hefendehlem v souvislosti s hospodářskými trestnými činy namítáno, že se zde zaměňují “jabka s hruškami”, neboť se zde zaprvé zanedbává malý generálně preventivní účinek hospodářského trestního práva (což souvisí s nízkou objasněností trestných činů i procesním řešením v praxi – časté zastavení trestního stíhání z důvodů zásady oportunitity), zadruhé není zohledněno, že již nasazení trestního práva proti v přípravném řízení a hlavním líčení, tedy před vynesením odsuzující rozsudku, je značně zatěžující pro nevinné subjekty.³⁰²

Uvedené argumenty dokazují, že nasazení prevence namísto trestního práva je myslitelné, avšak ztěž tak může být učiněno obecně pro všechny případy. Bude tedy

²⁹⁹ HÖRNLE, T.: *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz*. In: Hirsch, A., Seelmann, K., Wohlers, W.: *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Nomos, Baden Baden 2006, str. 36.

³⁰⁰ Cit. prostř. HEFENDEHL, R.: *Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine: Die technische Prävention und das Strafrecht* in: HEFENDEHL, R., HIRSCH, A., WOHLERS, W. (eds.): *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperspiel?*, Baden Baden 2003, str. 48-49.

³⁰¹ NOVOTNÝ, O.: *O otázkách hospodářského trestního práva*, Právní praxe 6/1997, str. 379.

³⁰² Srov. HÖRNLE, T.: Op. cit. d., str. 49-51.

více záležet na konkrétních okolnostech, v důsledku čehož se však snaha o formulaci obecného pravidla opět stává neúspěšnou.

B/ Teorie správního bezpráví

byla formulována počátkem 20. století J. Goldschmidtem, který spatřoval rozdíly v tom, že trestní právo chrání právní statky sloužící zajištění individuální sféry, tedy ochraně jedince, zatímco správní právo má chránit všeobecné blaho překračující rámec individuálního bytí.³⁰³ Reakce přestupkového práva na porušení povinnosti je zde také jen pouhou upomínkou, která má předejít budoucímu protiprávnímu jednání.³⁰⁴ Přesněji se zde argumentačně vychází z antropologického rozlišení mezi „dovolením chtěného“ („Wollendürfen“) a „usilováním o dosažení blaha“ („Wohlfahrt“). Pokud jde o dovolení chtěného, stojí zde právní subjekty, resp. svobody jejich vůle („Freiheit des einen Willens“), proti sobě. Právo vymezí dovolenou sféru jednání mezi jeho subjekty (v tomto ohledu se nacházíme opět blízko teoriím společenské smlouvy – pozn. autora, více viz kapitola třetí). Tato linie, vymezená (trestním – pozn. autora) právem, je v podstatných věcech nevariabilní, protože svobody subjektů se nemění (patrně myšleno tak, že jejich podstata se nemění, tak např. zákazem prodeje omamných a psychotropním látek se zakazuje jen určité jednání, neodstraňuje se tím ale svoboda jednání jako taková - pozn. autora). Naopak naproti této „sféře práva“ leží dynamická sféra státního jednání, která je orientována obecně na budoucnost (např. plánování). Blaho není nutně plně dosažitelným cílem nositele vůle, je o něj usilováno samostatnou, tvůrčí činností, která cíle nikdy nedosáhne (tím se chce říct, že jde o usilování o dosažení blaha, jde o cestu k tomuto cíli, což ostatně lingvisticky plyne z pojmu „Wohlfahrt“, kde „Fahrt“ je cesta – pozn. autora). V této návaznosti se může jevit pochopitelným (pozn. autora), že zákony (myšl. sankční) správního práva nemají jiný účel, než prosazení se správy proti těm, kteří by její příkazy chtěli porušit. Jestliže hodnoty blaha jsou proměnné, cesta k nim nejistá, pak lze říci, že orientace sankční normy čistě na cíl nějakého pomyslného obecně platného blaha by zákonodárci odňala možnost pokoušet se o dosažení vlastních představ tohoto blaha (pozn. autora). Ještě lépe lze však v hranicích této argumentace zdůraznit, že je-li podoba blaha neuchopitelná, pak na něm nelze stavět předpoklad porušení normy. Proto porušení normy správního práva předpokládá pouze protiprávnost formální. Předpokládá pouze neshodu jednání s textem zákona (pozn. autora). Naopak trestní právo je orientováno na

³⁰³ Srov. WOHLERS, W: Op. cit. d., str. 85.

³⁰⁴ KUNZ, L.: *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, Berlín: Duncker et. Humblot, 1984, str. 148.

ochranu právních statků, dotčení právního statku je materiálním elementem protiprávnosti (srov. rovněž s kapitolou druhou).³⁰⁵ Podobné myšlenky jako u Goldschmidta nalezneme rovněž už dříve u Feuerbacha, podle něhož je zločinem porušení subjektivních, zákonem chráněných práv, zatímco policejní právo trestá původně nezakázaná jednání, a to za účelem dosažení státních cílů.³⁰⁶

Daná teorie je však již dnes považována za překonanou.³⁰⁷ Připomíná však, stejně jako teorie předchozí, Roxinovo dělení na individuální a univerzální právní statky, v němž posledně jmenované musí v konečném důsledku také sloužit občanovi (Roxin uvádí jako příklad trestné činy daňové, které zabezpečují daněmi financované služby státu).³⁰⁸ Tím se nám ale zdůrazňuje, že normy orientované na dosažení blaha či státních cílů mohou být úzce spojeny s individuálními právem chráněnými zájmy a veškeré rozlišování je jen velmi neostré.

Teorie neobstojí ani z hlediska platného českého práva. Podle § 2 odst. 1 PŘZ je přestupkem zaviněné jednání, které porušuje nebo ohrožuje zájem společnosti. Tento cíl v sobě zahrnuje rovněž ochranu individuálních právních zájmů. Jednoznačným důkazem pro toto tvrzení jsou některé přestupky proti občanskému soužití (§ 49 PŘZ), např. ublížení na zdraví, či proti majetku (§ 50 PŘZ). Goldschmidtovy teze však lze přeci jen demonstrovat na přestupku proti veřejnému pořádku dle § 48 PŘZ, kterým je i je „*porušení jiných povinností, než které jsou uvedeny v § 47, jestliže jsou stanoveny zvláštními právními předpisy...*“.

C/ Teorie tzv. kulturní a správní škody

Se opět prolíná s teorií předchozí a vychází z hodnotověfilozofických východisek, podle nichž stát představuje mj. **hodnotu práva** (Rechtswert), zastupovanou justicí, a **hodnotu blaha** (Wohlfahrtwert), zastupovanou správou. Přitom trestní právo orientované na hodnotu práva má chránit právní statky, jež jsou odvozovány z hodnotových norem majících povahu etického minima určité společnosti (kulturní normy). Tyto kulturní normy jsou proměnlivé jenom z dlouhodobého hlediska v rámci změn státněfilozofických idejí. Naopak cíle orientované na hodnotu blaha vychází z určité (momentální) situace a podléhají neustálým změnám. **Kulturní škoda, resp.**

³⁰⁵ Srov. BOHNERT, J.: Úvod. In: Lothar, S. (ed.): *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, C. H. Beck, Mnichov 2006, str. 17 a 18.

³⁰⁶ Tamtéž, str. 16.

³⁰⁷ WOHLERS, W.: Op. cit. d., str. 85.

³⁰⁸ Srov. ROXIN, C.: *Allgemeiner Teil*, Band I, C. H. Beck, München 2006, str. 17-18. Tamtéž rovněž citována literatura, která se univerzálními či taky kolektivními právními statky kriticky zabývá.

„**justiční delikt**“ (lépe též možná řečeno delikt proti hodnotě práva) nastává při útoku na individuální osobu, zatímco **správní škoda** se nevztahuje na jednotlivou osobu nebo věc, ale spočívá v nemateriálním účinku v podobě poruchy (Verletzungserfolg) a v nesplnění konkrétního státního úkolu. Správní delikty se dotýkají kulturně indiferentních zájmů správy.³⁰⁹ Jedná se tedy o zájmy, jež mohou podléhat rychlým Tyto myšlenky se odráží v judikatuře německého ústavního soudu, podle něhož trestní právo musí chránit elementární hodnoty lidského společenství (Gemeinschaftsleben), co k tomuto jádru trestního práva nepochybně patří, lze zjistit rozbořením hodnotového řádu sledovaného ústavou („grundgesetzliche Grundordnung“).³¹⁰ Méně závažné trestněprávní skutkové podstaty z tohoto jádra vypadají.³¹¹

D/ Rozlišení mezi mravně indiferentním a sociálně eticky zavržením hodným jednáním

souvisí do určité míry s předchozími kategoriemi. Kritérii jsou mravně indiferentní porušení pravidel příznačné pro přestupky, a provinění se proti základním právním normám, které odpovídá trestnímu právu. Teorie zastávaná především R. Langem a H. Michelsem zdůrazňuje, že bezprávní porušení normy přestupkového práva se vyčerpává formální protiprávností, tedy jednáním proti státem stanoveným předpisům. Naopak porušení trestním právem chráněných nadpozitivních zájmů má předpokládat sociálně etický odsudek.³¹²

Byť se jedná o velmi zestručněné, a tedy potenciálně nepřesné podání problému, je vhodné již na tomto místě podotknout, že spojování trestního práva s chráněnými nadpozitivními zájmy bez dalšího přesného obsahového určení této nadpozitivnosti se jeví jako vágní, byť již dříve bylo uvedeno, že teorie právního statku vlastně sleduje nadpozitivní omezení trestního práva (B. Schünemann). Nepodává se však zde přesně, co se oněmi nadpozitivními zájmy rozumí, což je rozdíl oproti předchozím teoriím. Prohlášení určitých zájmů za nadpozitivně chráněné navíc skýtá nebezpečí, že zde bude zcela odňato uvážení zákonodárce o tom, co považuje ze spektra legitimně chránitelných cílů za nutné trestním právem sankcionovat, jinými slovy jakoby se chtělo říct, že mezi zájmy chráněné trestním právem patří jen ty, které musí zákonodárce trestat. S tím se nelze ztotožnit (viz kapitola první). Předchozí teorie se také snaží

³⁰⁹ WOHLERS, W.: Op. cit. d., str. 85-86.

³¹⁰ Srov. např. BVerfGE 5, 85, str. 204; 6, 32, str. 40 an.

³¹¹ Nález německého Spolkového ústavního soudu ze dne 16. 7. 1969, BVerfGE, 27, 18.

³¹² WOHLERS, W.: Op. cit. d., str. 88.

nadpozitivně legitimizovat trestní právo, avšak s ohledem na to, že představují „pouhé“ limity pro zákonodárce, nestanoví mu konkrétní cíle. V rámci těchto limitů přísluší zákonodárci volná úvaha.

Dalším problémem je, zda správní delikty, respektive konkrétně přestupkové právo smí obecně postihovat mravně indiferentní jednání, resp. nesledovat cíle spravedlnosti. Podle některých autorů je takové pojetí rovněž nepřijatelné. Tak např. L. Kunz v této souvislosti popírá, že příkazaný směr jízdy vpravo či omezení rychlosti v určitém místě jsou mravně indiferentní. **Není rozhodné, že tomuto zákazu neodpovídá stejně znějící mravní norma.** Srozumitelným se tento zákaz z mravního hlediska stává, pokud jej spojíme s cílem pravidel silničního provozu, kterým je předcházet životu nebezpečným či nehodou hrožícím situacím.³¹³ S tím se lze jistě souhlasit. Také přestupkové právo, natož obecně deliktní správní právo disponuje citelnými sankcemi, proto musí být sankce, kterou se hrozí za dané jednání, přiměřená cíli sledovanému normou. Jednoduše řečeno ani deliktní správní právo nelze stavět zcela mimo jakýkoliv legitimační rámec pro omezení svobody lidského jednání.

E/ Smíšené kvalitativně-quantitativní teorie

se snaží řešit dilema mezi „neschopností“ zastánců kvalitativních rozdílů mezi trestním a přestupkovým právem pojmenovat přesná kritéria těchto rozdílů a na druhé straně ponecháním přiřazení zákazného jednání tomu či onomu odvětví jen na libovůli zákonodárce, pro což svědčí kvantitativní teorie. Předně se zde vychází z toho, že obě odvětví musí sloužit ochraně právních statků, přičemž existuje určité jádro sociálně eticky zavržených jednání, která nelze sankcionovat pouze přestupky, a na druhé straně skupina jednání, která nelze kriminalizovat prostředky trestního práva. Mezi těmito dvěma skupinami má pak zákonodárce volné pole úvahy, zda konkrétní jednání sankcionuje dle přestupkového nebo dle trestního práva.³¹⁴

Nalézt přesnou hranici mezi trestním a přestupkovým právem je ovšem podle německého ústavního soudu složité, neboť hodnocení podoby bezpráví jednotlivých lidských jednání v této hraniční oblasti podléhá značným změnám. Proto je věcí zákonodárce při zhodnocení konkrétní historické situace stanovit tuto hranici. Nicméně ale platí výše uvedené závěry o tom, že trestní právo má chránit elementární hodnoty.³¹⁵ Meze úvahy tak zákonodárci náleží právě „jen“ pro tyto hraniční případy. Ve

³¹³ Srov. KUNZ, L.: Op. cit. d., str. 152.

³¹⁴ WOHLERS, W.: Op. cit. d., str. 102.

³¹⁵ Nález německého Spolkového ústavního soudu ze dne 16. 7. 1969, BVerfGE, 27, 18.

skutečnosti však jde o značnou skupinu případů, příkladem lze uvést skupiny trestných činů v tr. zák.; např. trestné činy hospodářské (hlava VI), trestné činy obecně nebezpečné (hlava VII), mnohé trestné činy proti životnímu prostředí (hlava VIII), u všech těchto trestných činů, pokud nepůjde o ochranu elementárních hodnot, by bylo možné uvažovat i o pouhém správním postihu.

Míra úvahy zákonodárce je v daném ohledu natolik široká, že německý ústavní soud odmítá přijmout, že rozlišení mezi trestním a přestupkovým právem by se mohlo dít na základě zásady proporcionality. Ústavní soud nemůže v tomto případě přezkoumávat, zda zákonodárce zvolil nejúčelnější, nejrozumnější nebo nejspravedlivější řešení. V judikatuře se přímo mluví o tom, že zákonodárci zde má „ne nepodstatný prostor pro vyhodnocení, které činí na vlastní odpovědnost“.³¹⁶

Nelze však říct, že by německý ústavní soud věcné důvody trestnosti jednání, jež by bylo možné postihovat i jako přestupek, vůbec nezvažoval. Pomyslnou hranicí je zákaz svévole. Příkladem může být nálezný týkající se trestnosti řízení kola s pomocným motorem bez řidičského oprávnění.³¹⁷ V daném případě předložil okresní soud pro mladistvé věc k rozhodnutí Ústavnímu soudu s odůvodněním, v němž mj. namítal, že daný předpis je v rozporu s čl. 103 odst. 2 GG („nullum crimen/poena sine lege“) a zásadou rovnosti (čl. 3 odst. 1 GG). Pro rozpor se zákazem trestnosti bez zákona mělo být rovněž významné, že četná porušení dopravních předpisů jsou sankcionována jako přestupky, což ovlivňuje právní vědomí občanů v tom smyslu, že podle nich jsou jen výjimečně škodlivá jednání („Fehlverhalten“) v silniční dopravě považována za trestné činy. Zvýšení výkonnosti motoru drobnou technickou úpravou, která vedla ke zvýšení rychlosti na 36 km/h, a tedy překročila maximální rychlost takového kola, při které ještě není třeba řidičské oprávnění (25 km/h), nepředstavuje v očích veřejnosti porušení předpisu takové povahy, že by byla odlišná od dovoleného řízení malých kol na motorový pohon.³¹⁸ Uvedená argumentace se jeví z věcného hlediska jako správná, avšak z hlediska právního státu ztěžuje přijatelná, momentální přestavy občanů by neměly být rozhodujícím kritériem pro trestnost jednání, jehož hranice odpovědnosti je přesně kvalitativně stanovena (srov. také kapitolu druhou). Ohledně porušení zásady rovnosti bylo namítáno, že existuje řada provinění závažnější povahy, která jsou trestána pouze jako přestupky (např. přeprava cestujících bez zvláštního řidičského oprávnění).³¹⁹

³¹⁶ Srov. BVerfGE 80, 182, str. 185 an. Cit. prostřednictvím LAGODNY, O.: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, str. 418-419.

³¹⁷ Rozhodnutí 2. senátu německého Spolkového ústavního soudu ze dne 27. 3. 1979, BVerfGE 51, 60.

³¹⁸ BVerfGE 51, 60, str. 63-64.

³¹⁹ Tamtéž, str. 65.

Ústavní soud ani jeden z argumentů nepřijal mj. s odvoláním na výše citovaný judikatát (BVerfGE 27, 18). Podle jeho názoru je rozhraničení mezi trestním a přestupkovým bezprávím jen nevýrazné či také pozvolné („graduell“), „*stanovit závazně exaktní hranici je věcí zákonodárce.*“ Věcně se však s argumenty obecného soudu, jak již bylo naznačeno, přeci jen vypořádal. Stupeň nebezpečí, které obecně od motorových vozidel hrozí, závisí z velké míry na tom, jaká rychlosti je dopravní prostředek schopen dosáhnout. Také u takových dopravních prostředků, které jsou pro svou konstrukci při nízké rychlosti málo ohrožující, vzniká značný zdroj nebezpečí, pokud je zvýšena jejich způsobilost dosáhnout vyšší rychlosti. Pokud zákonodárce zvažuje tyto okolnosti, není sankcionování uvedeného jednání svévolné, ani neporušuje zákaz nepřiměřeného zásahu.³²⁰ Stejně tak princip rovnosti nebyl v daném případě porušen, neboť dle čl. 3 odst. 1 GG není zákonodárce povinen za všech okolností „*zacházet se stejným stejně a rozdílným rozdílně*“. Princip rovnosti je porušen jen tehdy, pokud nemůže být nalezen rozumný, z povahy věci vyplývající, důvod rozdílného zacházení. Obecným soudem provedené srovnání neobstojí (ohledně přepravy cestujících bez zvláštního oprávnění) a rozhodnutí zákonodárce není svévolné, pokud zákonodárce vycházel z toho, že řidičské oprávnění je předpokledem přístupu k účasti na motorizovaném silničním provozu.³²¹ Chce se tak říct, že vykonávání přepravy cestujících není osobou, která má základní řidičské oprávnění, avšak postrádá speciální povolení, není bez dalšího nutně nebezpečnější než řízení motorového vozidla bez jakéhokoliv řidičského oprávnění. Argumenty německého ústavního soudu nejsou na tomto místě nadbytečné, zvláště když zvážíme, že trestný čin řízení bez řidičského oprávnění byl právě s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe z nového trestního zákoníku vyňat.³²² Z důvodů, které uvádí P. Šámal, to jistě bylo racionální řešení, s ohledem na citovanou judikaturu však nikoliv řešení, ke kterému by byl zákonodárce povinen.

Zajímavé přitom je, že německý ústavní soud ve svém známém nálezu zabývajícím se umělým přerušením těhotenství naopak judikoval zákaz nedostatečné ochrany (tj. netrestněprávní) lidského života před narozením. „*Trestní právo je nasazeno jako prostředek ultima ratio k ochraně tam, kde určité jednání je obzvláštním způsobem společensky škodlivé a pro soužití lidí neúnosné... Podle toho musí trestní právo*

³²⁰ Tamtéž, str. 74-75.

³²¹ Tamtéž, str. 76.

³²² ŠÁMAL, P.: Subsidiarita trestní represe ve vztahu k jednotlivým skutkovým podstatám trestných činů v trestním zákoníku, *Trestněprávní revue* 5/2010, str. 138.

*zpravidla zákonem zakotvit místo, jakož i všeobecný zákaz umělého přerušení těhotenství a z něj plynoucí povinnost ženy k donošení dítěte.*³²³

Taková nevyváženost – spočívající v odmítání reálně vyslovit rozpor trestní normy pro nepřiměřený zásah do ústavně zaručených práv na jedné straně („Übermaßverbot“) a faktické uznání povinnosti zákonodárce k ochraně určitého právního statku kriminalizovat určité jednání, protože jiný způsob ochrany by byl nedostatečný („Untermaßverbot“), na straně druhé – se může jevit jako neodůvodněná. Avšak důvody pro to spočívají jednak v případech, které se před německý ústavní soud reálně dostaly, jednak v důvodech uvedených již v předchozích kapitolách, zejm. je zde nutné znovu poukázat na náleží ve věci „Cannabisverbot“, z něhož lze vyčíst, že trestní právo je určitým „dokonalým“ prostředkem, který umí přiměřeně reagovat na různé stupně škodlivosti kriminalizovaného jednání. Přiměřenou reakcí tak např. může být využit zásady oportunity.

Shrneme-li rovněž závěry plynoucí z předchozích kapitol, můžeme vycházet z toho, že existují skupiny jednání, které je zákonodárce povinen kriminalizovat, které může kriminalizovat dle své volné úvahy (zde je o volbu mezi přestupky a trestnými činy) a které pro nepatrnou míru bezpráví sankcionovat nelze, což ve výsledku platí jak pro trestné činy, tak pro přestupky. Pro posledně zmíněnou skupinu však platí, že závěry judikatury jsou spíše jen pro jakýsi náznakem, kam se má ubírat, než-li závazným postulátem.³²⁴

Spíše z hlediska kriminologického je zároveň vhodné podotknout, že hypertrofie trestního práva spočívající v nepřiměřených zásazích státu může vést ke ztrátě smyslu trestního práva samotného.³²⁵ Na toto riziko poukázal v souvislosti hospodářskými trestnými činy i německý Spolkový ústavní soud. Dovedil z tohoto důvodu, že je potřebné formulovat skutkové podstaty přestupkového práva, které se od trestního práva liší stupněm etické zavrženíhodnosti („unwergelt“).³²⁶ Především se lze domnívat, že nepřiměřená kriminalizace je schopná vyvolat destrukci hodnotového vědomí společnosti, budou-li do stejné skupiny deliktů řazena zcela zavrženíhodná jednání vedle jednání bagatelních. Jakási symbolická funkce trestního práva, která poukazuje na

³²³ Rozhodnutí 2. senátu německého Spolkového ústavního soudu ze dne 28. 5. 1993, BVerfGE, 88, 203, str. 258.

³²⁴ Srov. LAGODNY, O.: Op. cit. d., str. 419 a 423, včetně judikatury tam uvedené.

³²⁵ Srov. BOHNERT, J.: Úvod. In: Lothar, S. (ed.): *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, C. H. Beck, Mnichov 2006, str. 21.

³²⁶ BVerfGE, 9, 167, str. 172, náleží 1. senátu ze dne 4. 2. 1959.

eticky zvláště zavrženíhodná jednání, se vytrácí, resp. trestní právo je pak jen omezeně schopné být morálním kodexem s patřičnou hierarchií hodnot, pokud rozdílně škodlivá jednání budou ohrožena stejným trestem. Především však nesoulad mezi představami zákonodárce a aplikační praxí, která má k dispozici řadu „dekriminalizačních“ nástrojů, může vést k destrukci právního vědomí, neboť adresáři norem spatřující, že na protinoremné jednání není reagováno sankcí, mohou být uvedeni v omyl, že normy se stávají imperfektními. Snad také tyto závěry by si měl zákonodárce uvědomovat v souvislosti s tzv. novou kriminalizací.

6.2. Judikatura českých soudů a problém uplatnění zásady subsidiarity trestní represe na úrovni aplikace práva

Rozhraní mezi trestním právem a jinými právními či neprávními prostředky Ústavní soud v jednom ze svých nálezů určil právě na základě stupně společenské nebezpečnosti (závažnosti). „*Nikoliv každé porušení jiných oblastí práva je zároveň trestněprávním deliktem, jak se patrně v dané věci mylně domníval vedlejší účastník při podávání trestního oznámení, a jak tuto představu akceptovaly též orgány činné v trestním řízení. Eventuální porušení právních povinností, nedosahující patřičného stupně společenské nebezpečnosti (závažnosti), lze sankcionovat i jinými právními nebo též mimoprávními prostředky (jako přestupek či jiný správní delikt, jako občanskoprávní delikt apod.)*.“³²⁷

Podobně jako v případě rozhodnutí ohledně trestného činu porušení autorského práva, práv souvisejících s právem autorským a práv k databázi podle § 152 TrZ z roku 1961³²⁸ zde částečnou roli sehrála složitost právních předpisů, jejichž porušením měla stěžovatelka spáchat trestný čin podvodu. Konkrétně šlo o to, že stěžovatelka pobírající sociální dávky byla povinna příslušnému úřadu oznámit každou změnu rozhodnou pro její trvání, což stěžovatelka neučinila ohledně paralelně pobíraného příspěvku na bydlení. Významné zde také bylo, že dávky byly přiznány dvěma odbory téhož magistrátu. Podle Ústavního soudu tedy stěžovatelka mohla oprávněně očekávat vzájemnou komunikaci těchto odborů. V tomto ohledu rovněž náleží připomínat citovaná rozhodnutí týkající se úvěrového podvodu, neboť oběť trestného činu, zde stát zastupovaný pověřenými či delegovanými orgány, disponovala v souhrnu informacemi, ohledně nichž měla být nečinností stěžovatelky oklamána. Otázku paralelního pobírání dávek měly podle Ústavního soudu vyřešit samy orgány sociální péče (prostředky správního, občanského práva, exekučním řízením).

Z citované judikatury lze také vysledovat závěr, podle něhož trestní právo nemá nastupovat tam, kde je situace z právního hlediska nejasná, ať již se jedná o obsah právního předpisu či obsah právního vztahu. V těchto situacích je nutné, aby spor byl předně řešen prostředky jiných právních odvětví. Teprve v případě jeho objasnění a dalšího protiprávního jednání pachatele lze uplatňovat trestněprávní odpovědnost.

Obecně je však judikatura českého Ústavního soudu ke vztahu trestního a přestupkového práva s ohledem na uplatnění zásady subsidiarity trestní represe velmi

³²⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 7. 1. 2010, vedený pod sp. zn. III. ÚS 722/09.

³²⁸ Nález ze dne 12. 10. 2006, sp. zn. I. ÚS 69/2006, publikovaný pod č. 186 ve sv. 43 Sb. nál. a usn.

kusá. Lze znovu ještě připomenout, že citovaný nálezn pod sp. zn. I. ÚS 69/2006 také nabádá, že je třeba proti jednáním porušujícím práva vyplývající z občanskoprávních předpisů v první řadě brojit soukromoprávními prostředky, při jejich nedostatečnosti uplatnit sankce správní, a teprve na posledním místě, jako ultima ratio, právo trestní. Avšak v daném případě se jednalo spíše o otázku určitosti trestního zákona, kdy autorský zákon nedostatečně precizně vyplňoval dispozici blanketní trestní normy. Navíc kauza měla převážně občanskoprávní povahu. K jednoznačným kritériím materiálního rozdílu mezi trestním a správním právem se zde soud vůbec nevyjadřoval. V tomto ohledu nezbyvá než odkázat na závěry v předcházející podkapitole, mezi nimiž však také v současné době nelze nalézt jednoznačné a pro všechny případy platné pravidlo. Rozlišení mezi trestním a přestupkovým (či obecně správním) právem je pouze jakýmsi nedostižným ideálem. Pokud jsme naopak dospěli k jednoznačně uznávaným pravidlům, že trestní právo nesmí sankcionovat jednání, která nejsou škodlivá, pak nám to v rozlišení nepomůže, neboť pro správní delikty s ohledem na zásadu proporcionality platí totéž. Bez jakýchkoliv pevných pravidel ovšem nelze říci, kdy je dané jednání nedostatečně, avšak stále škodlivé, aby bylo postiženo uložením sankce správní namísto trestní.

Výše uvedené má závažné konsekvence i pro aplikaci práva, na kterou především míří § 12 odst. 2 tr. zák. Ovšem využitelnost uvedené zásady zde předpokládá alespoň částečnou shodu znění skutkových podstat trestného činu a správního deliktu. Vynořuje se však naprosto zásadní otázka, zda-li je existence takového stavu možná. Jinými slovy se jedná o problém, zda je obecně přípustné, aby mezi skutkovými podstatami trestných činů a přestupků existovalo jediné rozlišovací kritérium, a sice míra (stupeň) společenské škodlivosti (srov. § 12 odst. 2 tr. zák.), která je s ohledem na učiněné závěry neurčitá. V české literatuře je odpověď na tuto otázku formulována opatrně, avšak negativně. „*Formální znaky správních deliktů a trestných činů by měly být stanoveny tak, aby se nepřekrývaly a aby tak jediným odlišujícím znakem nebyl znak materiální – stupeň společenské nebezpečnosti.*“³²⁹ Činí se tak s odkazem na německou literaturu, která v těchto případech shledává rozpor s Ústavou a kterou se lze opět inspirovat.

Odpovědi jsou poměrně striktní. O. Lagodny s odkazem na judikaturu německého ústavního soudu tvrdí, že konkurence mezi trestnými činy a přestupky není možná. Rozhodnutí, zda se jedná o přestupek nebo trestný čin nemůže být podle něj přenecháno

³²⁹ HENDRYCH, D. a kol.: *Správní právo. Obecná část. 7.* vydání, Praha: C. H. Beck, str. 443.

soudu.³³⁰ Obecným argumentem pro to podle autora práce jsou zásada právní jistoty a konečně i zásada *nullum crimen sine lege certa*. Tím ve výsledku navzdory zažité praxi dostává uplatnění zásady subsidiarity trestní represe ve vztahu trestní – správní právo další ránu.

Lze tedy shrnout, že zatímco v oblasti vztahu soukromého a trestního práva se zásada subsidiarity těší možnosti značné uplatnitelnosti, neboť uvedená právní odvětví jsou značně rozdílná a je tak „snadnější“ mezi nimi stanovit jasnou hranici, mezi trestním a správním právem tomu tak není a do vyřešení naznačených problémů ani být nemůže.

³³⁰ LAGODNY, O.: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, str. 418. Spravedlivě nutno podotknout, že O. Lagodnym uvedená judikatura se problému věcně dotýká jen okrajově. Ve své podstatě řeší uplatnění zásady *ne bis in idem* při uložení sankce dle trestního práva a následného uložení disciplinárního trestu za totéž jednání. Výše zmíněný zákaz konkurence se právě mezi trestním právem a disciplinárním právem neuplatní. Argumentem pro to ústavnímu soudu byly podstatné rozdíly spočívající v odlišném právním důvodu i účelu sankcí těchto odvětví.

Závěr

K samotnému obsahovému uzavření problematiky lze shrnout následující. V první kapitole byly naznačeny různé pohledy na zásadu subsidiarity trestní represe a zásady související. Je tak zřejmé, že pojetí zvolené v § 12 odst. 2 tr. zák. není jediné možné. Z důvodů prolínání se zásadou proporcionality, již je přiznán ústavněprávní význam, z toho mohou vyplývat problémy. Z naznačené německé judikatury v případě opatrování psychicky nemocné ženy (uplatnění jiných než právních prostředků) i z judikatury českého Ústavního soudu, který vždy podrobně nezkoumá, zda v konkrétním případě by uplatnění jiných než trestněprávních prostředků bylo skutečně účinné, vyplývá, že v judikatuře může vznikat jakési „pojetí zásady subsidiarity trestní represe na druhou“. Takové pojetí však nelze s ohledem na požadavek proporcionalního zásahu do lidských práv a svobod považovat za nesprávné. Jak naznačily další kapitoly, legitimita uplatnění trestního práva nemůže spočívat na neefektivnosti momentálních alternativních právních prostředků.³³¹ Takový přístup by umožnil trestní právo nasazovat tam, kde zákonodárce alternativní právní úpravu nevytvořil kvalitně či dokonce nad ní zanevřel ve prospěch trestního práva. Definice zásady subsidiarity trestní represe v § 12 odst. 2 tr. zák. je proto příliš úzká a zásadě proporcionality neodpovídá. Inspiraci pro vhodnější formulaci možno hledat např. v citovaném ustanovení slovinského trestního zákoníku.

Podrobnější pozornost zásadě subsidiarity podle současné právní úpravy byla věnována v kapitole druhé. Naopak jako značný klad současné podoby trestního zákoníku autor spatřuje v tom, že zásada subsidiarity trestní represe není součástí definice trestného činu a na úrovni aplikace práva se uplatní pouze jako interpretační pravidlo v rámci těch znaků trestného činu, které to pro svou obecnější formulaci dovolí. Nedbání jednoznačně konkrétních znaků (jako např. výše škody) při interpretaci zákona by porušovalo Ústavou zaručenou dělbu moci, pojetí trestného činu v trestním zákoně z roku 1961 naproti takový postup teoreticky umožňovalo. Neopominutelným nedostatkem současné úpravy je ovšem absence definice škodlivosti činu, a to především s ohledem na skutečnost, že není jasné, jaké právní statky, objekty má trestní zákoník vlastně chránit.

³³¹ Pregnantněji tuto myšlenku vyjadřuje W. Wohlers: „Nasazení trestněprávního donucení musí být legitimní samo o sobě a nemůže být prejudikováno prostřednictvím soukromoprávních či veřejnoprávních nástrojů, popř. jejich chyb.“ Viz WOHLERS, W.: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährungsdelikte*, Berlín: Duncker et Humblot, 2000, str. 77.

Ve světle německých teorií bylo naznačeno, jak by se mohl pojem škodlivosti vykládat. Zároveň ale bylo poukázáno, jak obtížně se teorie právem chráněného zájmu prosazuje v judikatuře německého Ústavního soudu, který ji střídavě uznává a popírá, přičemž ve výsledku nikdy s odkazem na tuto teorii či související zásadu proporcionality žádnou skutkovou podstatu trestného činu (byť sebevíc spornou jako v případě soulože mezi příbuznými) nezrušil. Věcnější obsah tohoto pojmu společenské škodlivosti však lze podle autora získat jen při zkoumání jednotlivých skupin trestných činů. Autor se domnívá, že je z hlediska ústavnosti nutné, aby objekty některých trestných činů byly v budoucnu v této souvislosti znovu verifikovány a zpřesňovány. Autor se pokusil o jistou klasifikaci norem a uplatňování požadavku škodlivosti jednání předestřít na případu abstraktně ohrožovacích deliktů. I zde se však vyskytlo úskalí, že jednotný přístup k těmto trestným činům není možný, ale v jejich rámci je nutné vytvářet podrobnější „kategorie“. Autor se nedomnívá, že by mělo jít jen o teoretickou hříčku. Považuje teoretické probádání jednotlivých skupin trestných činů velmi důležité pro vytvoření argumentačního zázemí pro potřeby praxe. Zcela mylná je představa, že praxe by si měla veškeré problémy vyřešit sama. Inspiraci, včetně konkrétních životních situací, je možné hledat v zahraniční literatuře i judikatuře. Snad práce přinesla alespoň malou inspiraci v tomto ohledu. Nejedná se přitom jen o potřeby dekriminace, velmi stručně načrtnuté rozhodnutí Ústavního soudu ve věci úvěrového podvodu naznačuje, že ze zásady subsidiarity trestní represe mohou být vyvozovány chybné závěry. Konečně snad odkazy na německou teorii, ale částečně i judikaturu, potvrdily všeobecně známou tezi, že ani při formálním pojetí trestného činu se není možné držet stroze mechanické aplikaci trestních norem. Jde však také o to, že neškodlivé jednání nemá být vykládáno vůbec jako trestný čin, resp. subsumováno pod zákonné znaky, kterým zdánlivě odpovídá. V tomto ohledu patrně ani není všespásná zásada oportunité, nejen problematická v tom, že nemusí obviněného, jehož čin nebyl škodlivý, a tudíž ani zavrženíhodný, zbavit dojmů, že jednání je mu skrytě vytýkáno.

Pátá kapitola se zabývala subsidiaritou trestního práva k soukromoprávním prostředkům. Pozornost byla obrácena především k judikatuře českých soudů, která je v tomto ohledu bohatá. Ne vždy však v ní, jak je dokládáno, měla zásada subsidiarity faktický primární vliv na konečné rozhodnutí. Často by ke stejnému závěru bylo možné dojít důsledným zvažováním formální protiprávnosti jednání či dokonce skutkového (zejm. judikatura k úvěrovému podvodu) nebo právního omylu (porušování autorského práva). Přesto základní teze o nasezení trestního práva jako prostředku ultima ratio platí.

Zcela namísto bude primární řešení sporu civilněprávní cestou, pokud je existence určité povinnosti či její rozsah pochybný. V judikatuře lze tento případ dokumentovat na trestném činu zanedbání povinné výživy.³³² Dále z některých judikátů vyplynulo, že trestní právo nelze nasazovat v oblasti soukromoprávních vztahů, kde závisí především na individuální aktivitě jednotlivce, aby střežil svá práva, jimž má soudní moc poskytovat ochranu.³³³ Dává se i tušit, že trestní právo by nemělo nastupovat tehdy, pokud oběť svým neopatrným a neodborným přístupem zavdala příčinu k jednání, které ji poškozuje.³³⁴ Pojetí trestního práva jako prostředku ultima ratio tedy úzce souvisí se zásadou vigilanti iura. Z teoretické části uvedené kapitoly je však přitom třeba zdůraznit, že takový přístup je možný jen tehdy, pokud je sebeochrana oběti přičitatelná. Nelze sebeochranu požadovat od oběti v případech porušení elementárních právních statků, zvláště těch, kterých se oběť ve vztahu k druhým může zříct jen omezeně či vůbec – život, zdraví. Sebeochranu také nelze požadovat od oběti, která by ji nebyla schopná sama (např. pro svou mentální nedostatečnost či potřebu vynaložit značné úsilí) vykonat.

Šestá kapitola otevřela obecně dosud nevyjasněný problém subsidiarity trestního práva k právu správnímu. Jakmile je určité jednání shledáno legitimně škodlivým, což je předpoklad uplatnění sankcí obou odvětví, je problém nalézt přesnou hranici mezi trestním a správním právem, která by nám pomohla vyřešit, kdy je nasazení prostředků správního práva dostatečné. Žádná z dosavadních teorií, které se o to snažily, nebyla obecně přijata. Pokud však neexistuje jiné rozlišovací kritérium než vyšší či menší stupeň společenské škodlivosti, které je značně vágní, neměly by se skutkové podstaty trestných činů a přestupků vůbec překrývat, neboť by pak nebylo dostatečně jasné, kdy se o jaký delikt jedná. Takový stav je v rozporu se zásadou právní jistoty či konkrétněji taky se zásadou nullum crimen sine lege. Z těchto důvodů by si v budoucnosti zasloužilo hledání přesnějších rozlišovacích kritérií mezi trestními a správními delikty náležitou pozornost. Zcela samostatnou výzvou by pak mělo být i nalézání ekvilibria mezi různými preventivními opatřeními a trestním právem, které čím dál tím více usiluje o stáhání zločinu v jeho předpolí. Tento stav jistě souvisí se současnou podobou “rizikové společnosti”, avšak společnost našeho kulturního okruhu je rovněž založena na svobodě jedince. Není žádným novým poznatkem, že svoboda s sebou vždy nese rizika, snaha o jejich absolutní ovládnutí tak nemůže být se svobodou slučitelná.

³³² Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 7. 2007, sp. zn. 11 Tdo 349/2007.

³³³ Nález Ústavního soudu ze dne 29. 4. 2004, sp. zn. IV. ÚS 4/04.

³³⁴ Srov. Nález Ústavního soudu ze dne 28. dubna 2010, sp. zn. I. ÚS 541/10.

Seznam nejčastěji používaných zkratek

BGHSt	Sbírka soudních rozhodnutí Spolkového soudního dvora SRN
BVerfGE	Sbírka rozhodnutí Spolkového ústavního soudu SRN
GG	Základní zákon SRN
Listina	Listina základních práv a svobod jako součást ústavního pořádku podle čl. 112 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky
NS	Nejvyšší soud České republiky
Sb. nález. a usn. ÚS ČR.	Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu České republiky
ObchZ	Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
SRN	Spolková republika Německo
StGB	Trestní zákoník SRN
tr. zák.	Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
TrZ z roku 1961	Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů
ÚS	Ústavní soud České republiky
Ústava	Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky
ZSVM	Zákon č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, ve znění pozdějších předpisů

Seznam použité literatury

- AMELUNG, K.** *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz* in: Hefendehl, R., Hirsch, A., Wohlers, W. (eds.): *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperspiel?*, Nomos, Baden Baden 2003.
- BOHNERT, J.** *Die Abstraktheit der abstrakten Gefährungsdelikte* – BGH, NJW 1982, 2329, Juristische Schulung 1984, Heft 3.
- BRANDT, E.**, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip für Entpoenalisierung im Kriminalrecht*, Verl. an d. Lottbek Jensen, Ammersbek 1988.
- BRZEK, A.**: *Sexuologie pro právníky*. Praha: Karolinum, 1997
- CÍSAŘOVÁ, D.**: *Krátké zamyšlení nad teorií a praxí zákona č. 40/2009 Sb.*, Trestní právo 3/2010.
- FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D.**: *Společenská nebezpečnost a materiální protiprávnost jako dvě formy vyjádření jediného znaku trestní odpovědnosti*, Trestní právo 9/2003
důvodová zpráva k zák. č. 40/2009 Sb., sněmovní tisk 410, 5. volebním období (2006-2010)
- FRISCH, W.**: *An den Grenzen des Strafrechts. In: Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993.
- GARDOCKY, L.**: *Subsydiarność prawa karanego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, Państwo i Prawo 12/1989.
- GEORGIEV, J.** (ed.): *Princip subsidiarity v právní teorii a praxi*, Praha : CEVRO Institut o. p. s., 2007.
- HASSEMER, W.**: *Kennzeichen und Krisen des modereren Strafrechts*, Zeitschrift für Rechtspolitik 10/1992.
- BECK, W.**: *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Duncker et. Humblot, Berlín 1992
- HEFENDEHL, R.**: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- HENDRYCH, D.** a kol.: *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání, Praha: C. H. Beck.
- HÖFFNER, D.**: *Zivilrechtliche Haftung des GmgH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung*, Duncker et. Humblot, Berlin 2003.
- HÖRNLE, T.**: *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz*. In: Hirsch, A., Seelmann, K., Wohlers, W. *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden Baden: Nomos, 2006.
- HÖRNLE, T.**: *Der Schutz von Gefühlen im StGB*. In: Hefendehl, R., Hirsch, A., Wohlers, W. (eds.): *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches*

Glasperspiel?, Baden Baden 2003.

JAKOBS, G.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. vydání, Berlín: Walter de Gruyter, 1991.

JELÍNEK, J. a kol.: *Trestní právo hmotné*. 1. vydání, Leges, Praha 2009.

JELÍNEK, J.: *K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku*. In: Jelínek, J. (ed.) *O novém trestním zákoníku : sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny*. Praha: Leges, 2009.

JESCHECK, H. H., WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlín: Duncker et. Humblot, 1996.

KAHLO, M. *Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht* in: HEFENDEHL, R., HIRSCH, A., WOHLERS, W. (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperspiel?*, Baden Baden: Nommos, 2003.

LOTHAR, S. (ed.): *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, C. H. Beck, Mnichov 2006.

KAUFMANN, A. *Susidiaritätsprinzip und Strafrecht*. In: Roxin, Bruns, Jäger (eds.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag*, Berlin : de Gruyter, 1974.

KRATOCHVÍL, V. a kol.: *Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.

KRATOCHVÍL, V.: *K pojetí trestného činu v návrhu trestního zákoníku České republiky 2006*, Trestněprávní revue 5/2006.

KRATOCHVÍL, V.: *Pojetí trestného činu v osnovách trestního zákoníku ČR na přelomu tisíciletí a dnes*. In: VANDUCHOVÁ, M., GRIVNA, T. (eds.). *Poceta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*, Praha : Aspi, Wolters Kluwer, 2008.

KUNZ, L.: *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, Berlín: Duncker et. Humblot, 1984.

LAGODNY, O.: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen: Mohr, 1996.

LECKNER, T. et. PERRON, W. in: Schönke, A., Schröder, H. a kol.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, Mnichov: C. H. Beck, 2006.

MIŘIČKA, A.: *O formách trestné viny a jich úpravě zákonně, Česká akademie císaře F. Josefa pro vědy, slovesnost a umění*, Praha 1902.

MIŘIČKA, A.: *Trestní právo hmotné, Část obecná*, Praha 1932.

MUSIL, J.: *Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe?*, Kriminální věda 3/2007.

NEUMANN, U., PUPPE, I., SCHILD, W.: *Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nommos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, § 265b.

NEZKUSIL, J.: *K problematice diferenciaci podmínek trestní odpovědnosti*, Praha 1990.

NEZKUSIL, J.: *Materiální protiprávnost v návrhu rekodifikace*, Trestní právo 1/2009.

NEZKUSIL, J.: *K zásadě zákonnosti a subsidiarity trestního práva*, Trestní právo 1/2010.

NOVOTNÝ, F. a kol.: *Trestní zákoník 2010*, Praha: Eurounion, 2010.

NOVOTNÝ, O.: *O trestu a vězeňství: studie o funkcích trestu v soudobé naší společnosti*, Praha: Academia, 1969.

- NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P.** a kol., *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vydání, Wolters Kluwer ČR, Praha 2010.
- NOVOTNÝ, O.:** *Na okraj rekodifikace trestního práva hmotného*, Trestní právo 10/2004.
- NOVOTNÝ, O.:** *O otázkách hospodářského trestního práva*, Právní praxe 6/1997
- NOVOTNÝ, O.:** *Znovu k návrhu nového trestního kodexu*, Trestní právo 3/2005.
- OTTO, H.:** Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, De Gruyter Recht, Berlín 2004.
- PIPEK, J.:** *Formální pojetí trestného činu a princip oportunity*, Trestněprávní revue 11/2004.
- PÚRY, F.:** *Poznámky k pojetí trestního práva jako „ultima ratio“*. In: Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám, Praha: Aspi, Wolters Kluwer, 2008.
- ROXIN, C.:** *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München: C. H. Beck, 2006.
- SCHÜNEMANN, B.:** *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 10/1986.
- SCHÜNEMANN, B.:** *Zukunft der Viktimodogmatik*. In: Festschrift für Hans Joachim Faller, München: C. H. Beck, 1984.
- SCHÜNEMANN, B.:** *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim: Cantaurus Verlag, 2002.
- SCHÜNEMANN, B.:** *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation* in: **HEFENDEHL, R., HIRSCH, A., WOHLERS, W.** (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperspiel?*, Baden Baden: Nomos, 2003.
- SCHÜNEMANN, B.:** *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalem Rechtsstaat* in: **HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.:** *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nomos, 2006.
- SKALNÍK, M.:** *Některé otázky určení stupně nebezpečnosti činu pro společnost*, Právník 1/1966.
- HERCZEG, J.:** *Meze svobody projevu*, Praha: Orac, 2004.
- SOLNAŘ, V., FENYK, J., ČÍSAŘOVÁ, D., VANDUCHOVÁ, M.:** *Systém českého trestního práva*, Praha: Orac, 2009.
- STRATENWERTH, G.:** *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Mnichov: Carl Heymanns Verlag, 1984
- ŠÁMAL, P.** a kol.: *Trestní zákoník I., § 1 až 139. Komentář*. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009.
- ŠÁMAL, P.:** *K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku*, Trestněprávní revue 17/2007.
- ŠÁMAL, P.:** *Subsidiarita trestní represe ve vztahu k jednotlivým skutkovým podstatám trestných činů v trestním zákoníku*, Trestněprávní revue 5/2010.
- ŠUGMAN, K., JAGER, M., PERŠAK, N., FILIPČIČ, K.:** *Systémy trestní justice v Evropě a Severní Americe, Slovinsko*, Praha: Kriminologický institut, 2005. Dostupné na <http://www.ok.cz/iksp/docs/310.pdf>

- VANTUCH, P.:** *K trestnému činu úvěrového podvodu dle § 250b TrZ*, Trestní právo 10/2000.
- WESSELS, J., BEULKE, W.** *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Die Straftat und ihr Aufbau, Heidelberg : Müller, 2006.
- WESSELS, J., HETTIGER, M.:** *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 2009.
- JOECKS, W., MIELBACH, K.** (eds.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4, Mnichov : C. H. Beck, 2006.
- WOHLERS, W.:** *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlín: Duncker et Humblot, 2000.
- YOON, J.-Ch.:** *Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen*, Frankfurt a. M., Berlín, Bern, Brusel, New York, Vídeň: Lang, 2001.
- WINTR, J., RAČEK, P.:** *Zvyšování trestní represe v letech 1993 až 2008*, Právník č. 6/2010

Seznam použité judikatury

Česká judikatura

- Nález Ústavního soudu ze dne 12. 4. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, publikován pod č. 46 ve sv. 2 Sb. nál. a usn.
- Nález Ústavního soudu ze dne 3. 2. 1999, sp. zn. Pl.ÚS 19/98, publikovaný pod č. 19 ve svazku 13 Sb. nál. a usn.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 1. 2001, vedené pod sp. zn. 7 Tz 290/2000.
- Nález Ústavního soudu ze dne 8. 11. 2001, sp. zn. IV. ÚS 564/2000, publikovaný pod č. 169 ve sv. 24 Sb. nál. a usn.
- Nález Ústavního soudu ze dne 25. 11. 2003 sp. zn. I. ÚS 558/01, publikovaný pod č. 136 ve svazku 31. Sb. nál. a usn.
- Nález Ústavního soudu ze dne 29. 4. 2004, sp. zn. IV. ÚS 4/04, uveřejněn pod č. 61 ve 33 Sb. nál. a usn.
- Usnesení Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2004, IV.ÚS 606/03, publikováno pod č. 23 ve sv. 33 Sb. nál. a usn.
- Nález Ústavního soudu ze dne 29. 4. 2004, sp. zn. IV. ÚS 469/2002, uveřejněn pod č. 61 ve sv. 33 Sb. nál. a usn.
- Nález Ústavního soudu ze dne 3. 3. 2005, sp. zn. II. ÚS 423/2004, uveřejněn pod č. 40 ve sv. 36 Sb. nál. a usn.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 12. 2005, sp. zn. 5 Tdo 1535/2005.
- Nález Ústavního soudu ze dne 12. 10. 2006, sp. zn. I. ÚS 69/2006, publikovaný pod č. 186 ve sv. 43 Sb. nál. a usn.
- Nález Ústavního soudu ze dne 7. 11. 2006, sp. zn. I. ÚS 631/05.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 7. 2007, sp. zn. 11 Tdo 349/2007.
- Nález Ústavního soudu ze dne 17. 4. 2009, sp. zn. III. ÚS 1748/08.
- Usnesení velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 26. 8. 2009, sp. zn. 15 Tdo 294/2009.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 5. 2010, sp. zn. 11 Tdo 169/2010.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2010, sp. zn. 5 Tdo 298/2010.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2010, sp. zn. 6 Tdo 706/2010.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. 7. 2010, sp. zn. 8 Tdo 784/2010.
- Nález Ústavního soudu ze dne 28. dubna 2010, sp. zn. I. ÚS 541/10.
- Nález Ústavního soudu ze dne 4. 8. 2010, sp. zn. II. ÚS 1098/10.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. 9. 2010, sp. zn. 4 Tdo 823/2010.
- Nález Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2010, sp. zn. II.ÚS 789/06.

Německá judikatura

- Nález Spolkového ústavního soudu ze dne 17. 8. 1956, BVerfGE 5, 85.
- Nález Spolkového ústavního soudu ze dne 26. 7. 1959, BVerfGE 9, 167.
- Rozhodnutí velkého senátu pro věci trestní Spolkového soudního dvora ze dne 4. 11. 1957, BGHSt 11, 264.
- Rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 12. 10. 1965, BGHSt 20, 287
- Rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 24. 4. 1975, BGHSt, 26, 121
- Nález Spolkového ústavního soudu ze dne 16. 7. 1969, BVerfGE, 27, 18.
- Rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 24. 4. 1975, BGHSt 26, 121.

Rozhodnutí 1. trestního senátu krajského soudu ve Würzburgu ze dne 8. 12. 1981, BGHSt 30, 285.
Rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 1. 2. 1985, BGHSt 33, 133.
Nález Spolkového ústavního soudu BVerfGE 39, 1.
Nález Spolkového ústavního soudu BVerfGE 51, 60.
Nález Spolkového ústavního soudu BVerfGE 80, 182.
Nález Spolkového ústavního soudu ze dne 28. 5. 1993, BVerfGE 88, 203.
Nález Spolkového ústavního soudu ze dne 9. 3. 1994, BVerfGE 90, 145.
Nález Spolkového ústavního soudu ze dne 26. 2. 2008, 2 BvR 392/07.

The principle of subsidiarity in a criminal law

Summary

The Master's degree thesis analyzes the principle of subsidiarity in a criminal law as an actual topic because this principle is included in the new czech penal code in art. 12 para 2: „*The crime responsibility and its consequences can be applied only in social harmful cases if an application of an other kind of a law responsibility is insufficient.*“ However before the new penal code was passed the czech Constitutional Court and Supreme Court had dealt with the principle of subsidiarity in a criminal law in their judgments.

The first chapter reports on a general definition of the principle of subsidiarity and the ultima ratio principle and concludes that the phrasing in the cited art. 12 para 2 is to „thin“ because the criminal law should be subsidiary not only to the other law but also to the all social tools.

The second chapter deals with the principle of subsidiarity as a rule for an interpretation. In the new czech penal code this principle can be used only for the interpretation of these words describing crimes which are not expressed too unequivocal.

The next chapter refers to the german „theory of law goods“ (Rechtsgutstheorie) and the term social harm. The judgements of the german Constitutional Court are taken into consideration.

The prohibition of criminalizing social harmful conduct is illustrated on a case of „abstract threatening crimes“ (the chapter n. 4).

The fifth chapter reports on the subsidiarity of criminal law to the private law and a role of a victims' conduct for the interpretation of crime laws. This topic can be found in the judgments of the czech Constitutional Court.

The sixth chapter is focused on the subsidiarity of the criminal law to the administrative law, above at all to the law of offences.

Resümee

Die Diplomarbeit behandelt das Subsidiaritätsprinzip im Strafrecht, das nach dem Inkraft-treten des neuen tschechischen Strafgesetzbuch im Jahre 2010 wieder aktuell geworden ist. Dieser Grundsatz war aber schon früher oft ein Mittelpunkt vieler Urteile des tschechischen Verfassungsgerichts und des Obersten Gerichtshofes. Das neue tschechische Strafgesetzbuch verankert das Subsidiaritätsprinzip im § 12 Abs. 2: *„Die Strafverantwortlichkeit des Täters und mit ihr verbundene Strafrechtsfolgen können nur in den sozialschädlichen Fällen geltend gemacht werden, in denen eine Geltendmachung der Verantwortlichekeit nach einem anderen Rechtsvorschrift nicht genügend ist.“*

Das erste Kapitel beschäftigt sich mit allgemeiner Definition des Subsidiaritätsprinzips und des Ultima-ratio-prinzips und kommt zum Schluss, dass die Fassung des Paragraphs 12 Abs. 2 zu eng ist, denn das Strafrecht soll nicht nur zu den anderen Rechtsvorschriften, sondern auch zu allen Mitteln subsidiär wirken.

Das zweite Kapitel behandelt die Bedeutung des im Strafgesetzbuch verankerten Subsidiaritätsprinzips als eine Intepretationsregel für eine Auslegung der Straftatbeständen. Das bedeutet, dass das Subsidiaritätsprinzip nur bei der Auslegung der Straftatbestandsmerkmale geltend gemacht werden kann, die generelle Fassung haben, also nicht bei den Begriffen, die sehr konkret und eindeutig bestimmt formuliert werden.

Das folgende Kapitel widmet sich der Rechtsgutstheorie, also auch dem Begriff der Sozialschädlichkeit. In diesem Zusammenhang wird die Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts beobachtet.

Die Staatspflicht nur die sozialschädliche Handlung zu verfolgen wird auf dem Fall der abstrakten Gefährdungsdelikte demonstriert (das Kapitel 4).

Das Kapitel 5 beschäftigt sich mit der Subsidiarität des Strafrechts zum Privatrecht und mit der Viktimodogmatik. Diese Problematik lässt sich in der zahlreichen Rechtssprechung des tschechischen Verfassungsgerichts finden.

Das Kapitel 6 ist auf die Subsidiarität des Strafrecht zum Verwaltungsrecht, vor allem zum Ordnungswidrigkeitsrecht, gezielt.

Resumé

Diplomová práce pojednává o zásadě subsidiarity trestní represe, která se stala po nabytí účinnosti nového trestního zákoníku znovu aktuální. Již dříve však byla často zohledňována v judikatuře českého Ústavního soudu a Nejvyššího soudu. Nový český trestní zákoník zakotvuje zásadu subsidiarity trestní represe v § 12 odst. 2: *„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.“*

První kapitola se zabývá obecnou definicí zásady subsidiarity a principu ultima ratio a dochází k závěru, že znění § 12 odst. 2 trestního zákoníku je příliš úzké, neboť trestní právo má působit subsidiárně nejen k právním ale obecně ke všem společenským prostředkům.

Druhá kapitola pojednává o interpretačním významu zásady subsidiarity trestní represe zakotvené v trestním zákoníku. To znamená, že zásada subsidiarity může být uplatněna jen při výkladu těch znaků skutkových podstat trestných činů, které nejsou formulovány příliš konkrétně a jednoznačně.

Následující kapitola se věnuje teorii právního statku a pojmu společenské škodlivosti. V této souvislosti je zohledňována judikatura německého Spolkového ústavního soudu. Zákaz stíhat společensky neškodlivá jednání je demonstrován na výkladu abstraktně ohrožovacích deliktů (kapitola čtvrtá).

Kapitola pátá se zabývá subsidiaritou trestního práva k právu soukromému a rolí oběti pro posuzování trestnosti činu. Tuto problematiku je možné nalézt v mnohých nálezech českého Ústavního soudu.

Kapitola šestá je zaměřena na subsidiaritu trestního práva k právu správnímu, především pak přestupkovému.

Klíčová slova: zásada subsidiarity trestní represe, princip ultima ratio.

Key words: principle of subsidiarity, ultima ratio, criminalisation as the last resort.