

Univerzita Palackého v Olomouci

Právnická fakulta

Veronika Pochylá

Zásada subsidiarity trestní represe

Diplomová práce

Olomouc 2013

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma zásada subsidiarity trestní represe zpracovala samostatně a citovala jsem všechny použité zdroje.

V Uherském Hradišti dne 13. 3. 2013

Veronika Pochylá

Já podepsaná Veronika Pochylá, autorka diplomové práce na téma „Zásada subsidiarity trestní represe“, která je literárním dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), dávám tímto jako subjekt údajů svůj souhlas ve smyslu § 4 písm. e) z. č. 121/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, správci:

Univerzita Palackého v Olomouci
Křížkovského 8
Olomouc 771 47, Česká republika

ke zpracování osobních údajů v rozsahu: jméno a příjmení v informačním systému, a to včetně zařazení do katalogů, a dále ke zpřístupnění jména a příjmení v katalozích v informačních systémech Univerzity Palackého, a to včetně neadresného zpřístupnění pomocí metod dálkového přístupu. Údaje mohou být takto zpřístupněny uživatelům služeb Univerzity Palackého. Realizace zpřístupnění zajišťuje ke dni tohoto prohlášení vnitřní složka Univerzity Palackého, kterou je Informační centrum Univerzity Palackého.

Souhlas se poskytuje na dobu ochrany autorského díla dle zákona č. 121/2000 Sb.

Prohlašuji, že mé osobní údaje shora uvedené jsou pravdivé.

V Uherském Hradišti dne 13. 3. 2013

Veronika Pochylá

Poděkování

Ráda bych na tomto místě poděkovala prof. JUDr. Jiřímu Jelínkovi, CSc. za jeho odborné rady při zpracování této diplomové práce.

Obsah

1	ÚVOD.....	6
2	PODSTATA A ÚČEL SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE	8
2.1	VNÍMÁNÍ SUBSIDIÁRNÍ ÚLOHY TRESTNÍ HROZBY- HISTORICKÝ EXKURZ	8
2.2	SUBSIDIARITA TRESTNÍ REPRESE POHLEDEM SOUČASNÝCH AUTORŮ	12
2.3	CHARAKTERISTIKA SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE, PRINCIP „ULTIMA RATIO“ A EKONOMIE TRESTNÍ HROZBY	14
2.4	VZTAH ZÁSADY SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE K ZÁSADĚ ZÁKONNOSTI.....	17
3	ZÁSADA SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE V TRESTNÍM ZÁKONÍKU Č. 40/2009 SB.....	19
3.1	OBECNÉ VYMEZENÍ.....	19
3.2	KRITÉRIUM SPOLEČENSKÉ ŠKODLIVOSTI.....	22
3.3	VÝZNAM ZÁSADY VE VZTAHU K POJETÍ TRESTNÉHO ČINU	28
3.3.1	<i>Legislativní proces směřující k přijetí trestního zákoníku č. 40/2009 Sb.....</i>	<i>29</i>
3.4	INTERPRETAČNÍ A APLIKAČNÍ VÝZNAM ZÁSADY SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE	32
4	ZÁSADA SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE V ČINNOSTI ZÁKONODÁRCE A ORGÁNŮ ČINNÝCH V TRESTNÍM ŘÍZENÍ.....	35
4.1	RESPEKTOVÁNÍ ZÁSADY SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE ČESKÝM ZÁKONODÁRCEM	35
4.2	PŘÍSTUP K SUBSIDIÁRNÍ ÚLOZE TRESTNÍHO PRÁVA SOUSTAVOU STÁTNÍCH ZASTUPITELSTVÍ.....	40
4.3	ZÁSADA SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE V ROZHODNUTÍCH ÚSTAVNÍHO A NEJVYŠŠÍHO SOUDU ČR	43
5	ZÁVĚR	50
	SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ	54
	ABSTRAKT.....	59
	SUMMARY.....	60
	KLÍČOVÁ SLOVA, KEY WORDS.....	61

1 Úvod

Když dne 27. 1. 2009 prezident republiky posvětil svým podpisem zákon následně zapsaný do Sbírký zákonů pod číslem 40/2009 jako trestní zákoník, uzavřela se tím dlouhá řada let práce a rekonifikačních snažení na nové právní úpravě, která měla vystřídát trestní zákon z roku 1961, jež ještě dvacet let po pádu totalitního režimu svou koncepcí tyto doby připomínal. Nový trestní zákoník má být úpravou novou, moderní, úpravou schopnější efektivně reflektovat požadavky nejen demokratického právního státu, ale také závazky, které pro Českou republiku plynou z mezinárodního práva. Koncepce trestního zákoníku je založena na „...základním, obecně uznávaném principu, že ochranu demokratického státního a společenského zřízení, práv a svobod jednotlivců a ochranu jejich života, zdraví a majetku je třeba dosahovat především mimotrestními prostředky... a na protiprávní jednání je třeba reagovat prostředky trestního práva až v krajních případech, v souladu s pomocnou (subsidiární) úlohou trestního práva.“¹

Zásada subsidiarity trestní represe se tak dostává jakoby do popředí, ačkoliv již dlouhá léta před přijetím trestního zákoníku se často objevuje v judikatuře Ústavního i Nejvyššího soudu. Přestože je tedy všeobecně známá, státy se proti ní často prohřešují a možnosti trestního práva přeceňují, Česká republika v tomto směru není výjimkou. Při podrobnějším studiu nové trestněprávní úpravy mě zarazilo, že přestože trestní zákoník hlásá, že je na zásadě subsidiarity trestní represe vystavěn, v samotném textu zákona může čtenář najít spoustu prvků, které vypovídají o pravém opaku. Z celé zákonné úpravy spíše dýchá legislativní optimismus zákonodárce, podle kterého je trestní právo zřejmě tím nejúčinnějším prostředkem k dosažení žádaného cíle.

Toto podezření, stejně jako skutečnost, že až na pár odborných článků, studentských prací a sborníkových příspěvků, neexistuje ucelená monografie na toto téma, bylo pro mě hlavním determinujícím faktorem pro to, abych se tématem začala více zabývat. Cílem této práce je přinést čtenáři ucelený pohled na zásadu subsidiarity trestní represe, na její historický vývoj, na současnou podobu, kritéria, podle kterých je určována a na základě kterých je aplikována. Při psaní této práce budu užívat zejména metodu analytickou při rozboru jednotlivých pojmových znaků a zákonných prvků, komparační, neboť v mnoha částech práce srovnávám současnou úpravu s úpravou předchozí, a následně metodu syntézy, kdy se budu

¹ KORBEL, František. Rekonifikace trestního práva hmotného. *Státní zastupitelství*, 2007, č. 12, str. 28.

snažit na základě podrobného rozboru každou dílčí problematiku završit formulací vlastní myšlenky, návrhu či zhodnocení.

V první části druhé kapitoly se zabývám historickým exkurzem nazírání na zásadu subsidiarity trestní represe od počátku dvacátého století až do současnosti, kde se snažím na pracích předních českých teoretiků ukázat, že otázka podpůrné úlohy trestního práva je již dlouhou dobu v ohnisku zájmu jak teorie, tak praxe. Druhá část již přináší pohled na subsidiaritu trestní represe očima soudobých autorů, zejména J. Jelínka, V. Kratochvíla, O. Novotného, P. Šámala a dalších. V další části se zabývám vymezením pojmů „subsidiarita trestní represe“, „ultima ratio“ a „ekonomie trestní hrozby“, kterých bývá v odborné literatuře často používáno téměř jako synonym a pro méně pozorného čtenáře mohou tedy významově splývat. Závěr druhé kapitoly je pak věnován nástinu vzájemných vztahů a vazeb mezi zásadou subsidiarity trestní represe a zásadou zákonnosti, neboť obě bývají uváděny jako zásady tvořící páteř trestního práva hmotného.

Třetí kapitola pojednává zejména o vnímání subsidiární úlohy trestního práva soudobými autory v kontextu nové právní úpravy, tedy zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku (dále již jen jako TrZ). V této části se zabývám otázkou, nakolik vhodné je současné znění § 12 odst. 2 TrZ, ve kterém je tato zásada zakotvena, nakolik její zákonné znění umožňuje reflektovat potřeby společnosti ať už v činnosti zákonodárce či orgánů činných v trestním řízení, a za jakých podmínek se zásada uplatňuje. Druhá část kapitoly je pak věnována analýze samotného kritéria společenské škodlivosti a jednotlivých výkladových prvků, podle kterých je společenská škodlivost určována. Významem zásady subsidiarity trestní represe ve vztahu k pojetí trestného činu se zabývám v další části kapitoly, kde zejména upozorňuji na rozdílné pojetí (formálně- materiální, formální) trestného činu komparací předcházející právní úpravy a úpravy současné. Toto rozdílné pojetí je dle mého názoru stěžejní pro vymezení hranic aplikovatelnosti zásady subsidiarity trestní represe. Třetí kapitola je zakončena představením zásady subsidiarity trestní represe jakožto významného aplikačního a interpretačního pravidla.

Poslední kapitolu jsem pojala jako zaměření se na činnost zákonodárce a orgánů činných v trestním řízení, zejména si zde pokládám otázku, do jaké míry je zásada subsidiarity trestní represe reflektována každou z uvedených skupin. Při rozboru zákonodárných snah budu vycházet zejména ze zákonného znění s porovnáním s dřívější právní úpravou, při hodnocení činnosti státních zástupců pak z výkladového stanoviska, které pro tyto potřeby vydalo Nejvyšší státní zastupitelství 21. 12. 2011. Poslední část této kapitoly je pak věnována několika rozhodnutím Ústavního a Nejvyššího soudu.

2 Podstata a účel subsidiarity trestní represe

Zásada subsidiarity trestní represe je stavebním kamenem celého odvětví trestního práva, které chrání společnost a určený okruh společenských vztahů před těmi nejnebezpečnějšími útoky. Je zapotřebí mít neustále na paměti, že toto právní odvětví je tím nejpřísnějším prostředkem, který má stát k ochraně vymezených zájmů k dispozici, a proto by mělo být krajním prostředkem ochrany společnosti. „*Kriminální politika sledující kontrolu a potlačování kriminality musí... spočívat ve vhodném vyvažování prevence a represe.*“², hlásí důvodová zpráva k novému trestnímu zákoníku. Zákon tak pojímá zásadu subsidiarity trestní represe za svou stěžejní premisu, která má výsadní místo mezi zásadami trestního práva hmotného, neboť do značné míry ovlivňuje jeho aplikaci a je důležitá nejen pro stanovení trestní odpovědnosti, ale zajisté se uplatní i v procesu ukládání trestů. A to tak, aby trest byl skutečně závislý na povaze věci každého jednotlivého činu a nikoli na rozmarech zákonodárce.

2.1 Vnímání subsidiární úlohy trestní hrozby- historický exkurz

Přestože se o zásadě subsidiarity trestní represe hovoří v posledních letech zejména v souvislosti s koncepcí nového trestního zákoníku z roku 2009, určitě se nejedná o postulát novodobý. Již na počátku dvacátého století se čeští autoři pokoušeli zaujmout názor na subsidiární povahu trestní represe. Na vztahu trestního a občanského práva (v širším slova smyslu) se snažili demonstrovat vznik, povahu a míru tzv. bezpráví, čímž nepřímou vyjadřovali jeden ze stěžejních principů trestního práva hmotného, byť to za subsidiární povahu trestní hrozby označováno (alespoň zpočátku) nebylo.

Profesor **J. Prušák** ve svém díle věnovaném poznání právních základů trestní odpovědnosti³ rozlišuje *civilní protiprávnost jako prvotní, trestní protiprávnost pak jako druhotnou*. Úkolem trestního práva jako práva druhotného je, podle Prušáka, posílit nebo nahradit porušené právo prvotní. Vzájemný vztah obou právních odvětví považuje Prušák „za jednosměrný, a to od zaniklého civilního k vzniklému trestnímu, které nastupuje jako

² Důvodová zpráva k návrhu nového trestního zákoníku (zákon č. 40/2009 Sb.). Část první. Obecná část, hlava II. ze dne 25.2.2008. Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR, 2008, tisk č. 410/0. ASPI ID: LIT31872CZ [online]. trestnizakonik.cz [cit. 29. prosince 2012]. Dostupné na <<http://trestnizakonik.cz/navrh/duvodova-zprava.html#sdfootnote1sym>>

³ PRUŠÁK, Josef. *Kriminální noetika*. Praha: Sborník věd právních a státních, 1904. Převzato z FENYK, Jaroslav. O subsidiární úloze trestní represe a trestním právem jako prostředku „ultima ratio“ nejen v novém českém trestním zákoníku. In *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011. s. 82.

nutné zlo tam, kde selhalo právo prvotní.“ Tedy trestnímu právu je zde přisuzována jakási subsidiární úloha, prostředek nápravy v těch případech, kde prvotní právo civilní není schopno prostřednictvím svých sankcí daný protiprávní stav řešit.

Na úvahy profesora Prušáka navázal další významný český teoretik, profesor **J. Kallab**, který se ve svém díle O skutkové podstatě a konkurenci trestných činů začal snad jako první z českých právníků zabývat učením o tzv. formální a materiální protiprávnosti. Přestože sám Kallab byl silným zastáncem pouze formálního pojetí trestného činu, ve svých pozdějších pracích připouští, že *„materiální stránka protiprávnosti existuje a je důvodem, pro který zákonodárce některé druhy formálně protiprávních jednání kriminalizuje, resp. je důvodem, jenž zákonodárce k uzákonění trestných činů vede.“*⁴ Nicméně těžiště jeho bádání leží stále pouze v rovině legislativní, nikoliv i v možnosti přiklonit se k významu materiální stránky protiprávnosti i v aplikační či interpretační praxi.

Profesor **A. Milota** ve snaze poukázat na reformní snahy Sovětského státu využívat tzv. nebezpečnosti činu pro společnost, formuloval své názory v požadavku, aby *„...občané byli náležitě chráněni tím, že stát smí svého práva trestat (odraz vnitřní suverenity) užívat jedině tam, kde toho ochrana společnosti skutečně vyžaduje, a to jen v té míře, pokud toho je pro tuto ochranu zapotřebí.“*⁵

Prvním, kdo použil termín ekonomie trestní hrozby a subsidiární povaha trestní hrozby, byl **A. Miříčka** ve své učebnici trestního práva hmotného z r. 1934, kde tuto vyjádřil v souvislosti s teorií ochrany následujícím způsobem: *„Trest je ovšem neúčinnějším z těchto prostředků neboť v něm tkví zvláště důtklivá výstraha nejen pro rušitele samého, nýbrž i pro každého jiného, aby se pro příště takového jednání zdržel...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 ...Trestní moc státní nemá být přepínána, nýbrž jí užíváno 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 hledíc na důležitost právního statku, je třeba jeho zesílené ochrany.“*⁶

⁴ FENYK, Jaroslav. O subsidiární úloze trestní represe a trestním právu jako prostředku „ultima ratio“ nejen v novém českém trestním zákoníku. In: VANDUCHOVÁ, M., HOŘÁK, J. a kol.(ed). *Na křižovatkách práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, str. 83

⁵ MILOTA, Albert. *Reforma trestního zákona v Československu*. Bratislava: Nákladem Právnické jednoty na Slovensku, 1934, str. 31- 36.

⁶ MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné, Část obecná*. Praha: Všeherd, 1932, str. 12.

Miříčkovu pojetí není zajímavé jen samotnou výslovností principu, ale jeho zasazením do oblasti prevence kriminality. Další významnou změnou je i jeho vnímání pachatele trestného činu, které se ocitlo ve srovnání s dosavadními pohledy autorů jaksí v prostoru mimoprávních úvah. Odborná veřejnost si začíná uvědomovat význam a hlavně dopad trestu na pachatele a jeho odstrašující účinek.

Z dalších autorů je třeba zmínit **E. Olšara**, který se teorií protiprávnosti věnoval na konci třicátých a ve čtyřicátých letech. Své studie postavil zejména na kritice nacistického vlivu na obsah pojmu „materiální protiprávnost“, kterou zahrnul do širšího pojetí „přičitatelnost“. Podle autora „*z pojmu materiální protiprávnosti vysvítá, že se pachatel svým jednáním může dostat do konfliktu s určitými zájmy, jež mají svůj odraz v zákoně. Požadavek materiální protiprávnosti či sociální škodlivosti zde má normativní charakter, a je tedy a priori objektivně nebo výslovně vyjádřen v obsahu legální definice trestného činu.*“⁷, zároveň ale připouští, aby „*soudce při rozhodování o vině přihlížel jen k těm etickým, sociálním a politickým normám, které promítl do právního řádu, resp. do legální definice trestného činu zákonodárce.*“⁸ Těmito výklady autor zřejmě vymezil přípustnou povahu materiální protiprávnosti, resp. sociální škodlivosti jako kritéria, která by měl vzít v úvahu zákonodárce, určuje-li povahu trestného činu v souladu s požadavkem na šetření trestní represí a zásadou *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Jak bylo výše uvedeno, své učení postavil Olšar na kritice analogické aplikaci nacistické a sovětské doktríny, které podle něj přeceňovaly význam mimoprávních kritérií trestnosti a poskytovaly soudci přespříliš prostoru pro libovůli.

Ve svých pozdějších pracích (psaných už za okupace) Olšar upřesňuje vývoj německého trestního práva. K protiprávnosti podle něj nestačí jen formální rozpor se zákonným předpisem, důraz je zapotřebí klást na protiprávnost materiální, která vyjadřuje rozpor s životními podmínkami národního (nacistického) společenství, což je výslovně stanoveno v § 2 německého trestního zákona (ve znění z r. 1933):

„...bude potrestán každý, kdo se dopustí trestného činu, který zákon prohlašuje za trestný, nebo který podle základní myšlenky trestního zákona a podle zdravého národního citění zasluhuje potrestání. Nelze-li na čin použít žádného ustanovení trestního zákona, bude čin potrestán podle tohoto ustanovení, jehož základní myšlenky se na čin nejlépe hodí.“

Komentářovou literaturou bylo pak „zdravé národní citění“ vykládáno jako přirozené právní

⁷ OLŠAR, Erich. *Příspěvek k nauce o vině*. Praha: Nákladem České akademie věd a umění, 1936, str. 148- 150.

⁸ tamtéž

cítění ve smyslu národního společenství.⁹ Je otázkou, zdali, nahlíženo na německou právní úpravu dnešní optikou, můžeme v souvislosti s výše citovaným zákonným zněním mluvit o nějakých principech demokratického státu, o postulátech trestního práva hmotného jako je zásada subsidiarity trestní represe či princip ultima ratio.

Poválečný vývoj české právní vědy byl silně poznamenán přebíráním různých teoretických aspektů sovětského trestního práva (např. společenská nebezpečnost), politickým prosazováním trestných činů v zákoně a celkovému přizpůsobení zákona potřebám totalitní společnosti. To vše bylo prostoupeno třídním pojetím spravedlnosti v duchu sovětské linie trestního práva, což mnohdy vedlo spíše k přepínání trestní represe (zejména zaměřením trestního postihu především na pachatele z tzv. vykořisťovatelských tříd). Trestní zákon z roku 1950 byl ve znamení přeceňování úlohy trestního práva a zejména přeceňování možností trestů při ochraně před mravní kriminalitou. „*Naivní představa o všemocnosti trestní represe, podle níž je v zájmu účinné ochrany společnosti používat širokých formulací skutkových podstat trestných činů a podle níž je účinnost trestů přímo úměrná jejich přísnosti, dlouhá léta dominovala.*“¹⁰

Podle důvodové zprávy k návrhu trestního zákona z roku 1961(dále již jen jako TZ) „...*je jednou ze základních zásad trestního práva pomocná úloha trestní represe, podle které se prostředky trestního práva použijí jen tam, kde jiné prostředky ochrany nestačí.*“¹¹

Se změnou režimu se autoři odvracejí od třídní podstaty trestného činu a směřují své práce zpět k zásadám trestního práva jako stěžejním pilířům demokratického právního státu. Učebnice trestního práva hmotného z osmdesátých let zdůrazňuje důležitost zásady pomocné úlohy trestní represe v kontextu s potřebou preventivní činnosti, tedy nejprve je nutno omezit a odstranit podmínky, které k trestné činnosti vedou, teprve pak (případně) uplatňovat trestní právo, a to v podobě jak speciální, tak i generální prevence.¹²

Nejen otázkou, kdy je třeba sáhnout k pohrůzce trestem, ale i tím, jak intenzivní má tato represe být, se zabývá například **J. Nezkusil**. Podle tohoto autora 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.*“¹³ Zajímavé na učení Nezkusila je mimo jiné i to, že požadavek přiměřenosti trestněprávního postihu nespojuje s principem právního

⁹ Schönke, Adolf. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Mnichov: C. H. Beck, 1942, str. 20. Převzato z OLŠAR, E.: *Příspěvek k nauce...*str. 149., dostupné na <<http://lexetius.com/StGB/2>>

¹⁰ NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. Vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, str. 36.

¹¹ Důvodová zpráva k zákonu č. 140/1961 Sb., trestní zákon.

¹² ČIČ, Milan a kol. *Trestní právo hmotné*. Praha: Panorama, 1984, str. 19- 20.

¹³ NEZKUSIL, Jiří. *K problematice diferenciaci podmínek trestní odpovědnosti*. Praha: Univerzita Karlova, 1990, str. 69-70.

státu, jak je příznačné pro autory pozdější a zejména judikaturu Ústavního soudu, nýbrž s obavou, že v případě, že trestně právní postih bude zcela zjevně nepřiměřený, ba přímo přemrštěný, může to v občanech státu vzbudit místo žádané spolupráce s orgány činnými v trestním řízení spíše soucit s odsouzeným. Dále se podle Nezkusila „*trestní represe má jako krajní prostředek uplatnit v těch nejzávažnějších případech, v nichž jiné prostředky společenského působení nedostačují k nápravě, a má se uplatnit jen tehdy, je-li účinná a účelná.*“¹⁴

Na rozdíl od **V. Solnaře**, který chápe trestněprávní represí jako „nutné zlo“, kdy toto „*je nutno vyrovnávat prospěchem pro ochranu důležitých zájmů, které si od ní slibujeme.*“¹⁵, Nezkusil hledá v trestněprávní represí prostředek k omezení kriminality, což by podle něj mělo být hlavním údělem trestněprávní nauky. Avšak dochází k názoru, že tohoto cíle se trestnímu právu zatím dosahovat nedaří. Při protiprávním konání je ještě možnost zamezit započatému trestnému činu, fyzicky však trestní právo na škodlivý následek působit nemůže. Tedy ne každá kriminalizace povede k redukci nežádoucího chování.

2.2 Subsidiarita trestní represe pohledem současných autorů

Ze současných autorů, v jejichž dílech se myšlenka ekonomie trestní hrozby objevuje, je vhodné zmínit zejména P. Šámala, J. Jelínka, V. Kratochvíla, O. Novotného, J. Fenyka, F. Púryho, J. Musila a spoustu dalších, z jejichž článků a odborných publikací jsem při psaní tohoto textu čerpal.

J. Jelínek navazuje na Novotného akcentací na slovní spojení „činy zvláště škodlivé pro společnost“, rozvádí je a zdůrazňuje, že „*trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protisociálního jednání.*“¹⁶ Zároveň Jelínek v citované publikaci vyjadřuje myšlenku, že „*...trestní právo je nejprísnejší prostředek, který má stát k dispozici k ochraně taxativně vymezených zájmů, doplňuje ochranu poskytovanou normami jiných odvětví práva, nastupuje tam, kde ostatní prostředky právní nebo mimoprávní se ukáží jako neúčinné... a tam, kde postačí k regulaci prostředky zejména správního práva, občanského práva nebo obchodního práva, jsou trestněprávní prostředky nejen nadbytečné, ale z pohledu principů právního státu také nepřijatelné.*“¹⁷, čímž upozorňuje na skutečnost, že nerespektování subsidiarity trestní

¹⁴ NEZKUSIL: *K problematice diferenciaci...str. 74.*

¹⁵ SOLNAŘ, Vladimír a kol. *Systém českého trestního práva.* Praha: Novatrix, 2009, str. 35.

¹⁶ JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné.* 2. vydání. Praha: Leges, 2010, str. 29.

¹⁷ tamtéž

represe by se rovnalo nerespektování těch nejzákladnějších ústavněprávních principů České republiky. Autor ve svém díle dále shrnuje podmínky, na kterých je zásada subsidiarity trestní represe koncipována v současném trestním zákoníku (č. 40/2009 Sb.) a dále upozorňuje na potřebu splnění dvou kumulativních podmínek, které vyžaduje uplatnění této zásady. Těmito podmínkami jsou podle Jelínka a) *jde o případy společensky škodlivé* a b) *nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu*. Zmíněná zásada je tu zřejmě chápána jako jakési vodítko pro rozsah kriminalizace, zároveň ale i jako aplikační pravidlo, podobně jako v díle **V. Kratochvíla**, který ve své učebnici zařazuje zásadu subsidiarity trestní represe mezi zásady s ochrannou funkcí trestního práva. „*Podstatu zásady tvoří pojetí trestního práva jako prostředku ultima ratio, jehož smyslem je, aby trestní právo přistupovalo k právní ochraně vybraných objektů, jejich fragmentů...až poté, tj. subsidiárně, nestačí-li k jejich účinné ochraně jiné právní, tzn. mimotrestní prostředky (§ 12 odst. 2), nebo i jen prostředky mimoprávní.*“¹⁸

Kratochvíl dále uvádí, že „*subsidiární ochrana trestním právem má působit (de lege ferenda) při kriminalizaci činů jako trestných z hlediska viny i trestu a musí působit (de lege lata) při interpretaci a aplikaci trestního zákona z hlediska viny i trestu všude tam, kde primární ochrana mimotrestními odvětvími práva nestačí.*“¹⁹ To lze chápat tak, že na tuto zásadu musí brát ohled již zákonodárce při stanovení rozsahu kriminalizace, ale zároveň by měla být i jakýmsi interpretačním pravidlem pro orgány činné v trestním řízení.

Požadavek, aby stát uplatňoval prostředky trestního práva zdrženlivě, to znamená především tam, kde jiné právní prostředky selhávají, nebo nejsou efektivní, nacházíme i v díle **O. Novotného**. Podstata problému podle něj tkví v tom, 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 nejen u pachatele, ale i u jeho rodiny a společenství, ve kterém žije. Proto legitimitu trestněprávních zásahů může odůvodnit výlučně nutnost ochrany elementárních právních hodnot před činy zvláště škodlivými pro společnost tím, že neexistuje jiné řešení než trestněprávní a že pasivita státu by mohla vést ke svémoci či svépomoci občanů a k chaosu. Trestní právo tedy představuje ultima ratio (nejzazší řešení) pro zákonodárce i pro soudce.*“²⁰ Novotný uvádí jako příklad naprosté negace zásady subsidiarity trestní represe období padesátých let minulého století,

¹⁸ KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, str. 15- 26.

¹⁹ tamtéž

²⁰ NOVOTNÝ, Oto, VANDUCHOVÁ, Marie, ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, str. 50.

kdy často docházelo k přepínání trestní represe, a kdy některá jednání (zmiňuje například útoky proti majetku v socialistickém vlastnictví či nedovolené opuštění republiky) neměla být vůbec považována za trestné činy, neboť nebyla ani nebezpečná ani zavrženíhodná, ale měla být postihována toliko jako přestupky, případně mohla být důvodem pro občanskoprávní odpovědnost.

Další autoři v čele s tvůrcem nového trestního zákoníku P. Šámalem se přiklánějí k Novotného uznání trestní represe jakožto krajního prostředku pro zákonodárce, ale i pro soudce, státní zástupce a policii, neboť postulát *ultima ratio* má význam nepochybně i pro interpretaci trestněprávních norem.²¹ P. Šámal sám píše v jednom ze svých článků věnovaným významu základních zásad trestního práva hmotného: „*Trestněprávní řešení představuje tedy „ultima ratio“ pro zákonodárce i pro soudce. Nová kodifikace trestního zákoníku je totiž založena na přesvědčení, že ochranu práv a svobod jednotlivců, včetně jejich života, zdraví a majetku, práv a chráněných zájmů právnických osob, jakož i demokratického státního a společenského zřízení, je třeba dosahovat především mimotrestními prostředky. Na protiprávní jednání je třeba reagovat prostředky trestního práva až v krajních případech, v souladu s pomocnou (subsidiární) úlohou trestního práva v právním řádu a ve společnosti, vymezenou nyní v § 12 odst. 2 TrZ. Kriminální politika sledující kontrolu a potlačování kriminality, musí proto spočívat ve vhodném vyvažování prevence a represe.*“²²

2.3 Charakteristika subsidiarity trestní represe, princip „ultima ratio“ a ekonomie trestní hrozby

Jak bylo již výše zmíněno, nahlížení na subsidiární úlohu trestní represe prošlo, tak jako trestní právo (a jiná právní odvětví), dlouhým vývojem, který byl mnohdy poznamenán politickou situací a momentální potřebou přizpůsobit trestněprávní prostředky aktuálně žádanému cíli.

Současní autoři se shodují na tom, že zásada subsidiarity trestní represe patří mezi základní zásady, na kterých stojí trestní právo hmotné, a jež jsou jakési vedoucí ideje, na kterých je postavena celá koncepce trestní odpovědnosti. Cílem trestního práva je ochrana demokratického společenského zřízení, práv a svobod jednotlivců, stejně jako ochrana jejich života, zdraví a majetku. Tuto ochranu je však nutno zajistit zejména prostředky mimotrestními, tzn. proti těm jednáním, která porušují práva vyplývající z některého

²¹ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část. 2. vydání.* Praha: Leges, 2010.

²² ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník a naplňování funkcí a základních zásad trestního práva hmotného. *Bulletin advokacie*, 2009, č. 10, str. 22.

z právních prostředků, je třeba v první řadě brojit soukromoprávními prostředky, pokud tyto prostředky selžou, uplatňovat sankce správní a teprve na posledním místě sáhnout k prostředkům, jež má k dispozici trestní právo²³ a s těmito prostředky nakládat přiměřeně a maximálně zdrženlivě, zejména při realizaci trestního postihu, neboť udělované sankce jsou nezřídka způsobilé ohrozit existenci dotčené osoby.

Na tomto se dnešní autoři shodují. V čem se však rozcházejí, případně čemu se nevěnují, je reflexe subsidiarity trestní represe ve dvojím přístupu; akcesorním a subsidiárním, jak je uvádí prof. Šámal v komentáři k novému trestnímu zákoníku.

- a) V souladu s přístupem *akcesorním* je kladen důraz na druhotnou, akcesorní povahu trestněprávních zákonů, neboť ochrana je poskytována těm statkům, které jsou upraveny a do jisté míry i chráněny jinými (základními) právními odvětvími. Tedy ochrana prostředky trestněprávními nastupuje až druhotně, čímž se dostáváme k druhému přístupu
- b) *subsidiárnímu*. Tento přístup znamená, že trestněprávní odpovědnost i trestní postih a tím i trestní zákony) se uplatní teprve v případě, že odpovědnost uplatňovaná v rámci základního právního odvětví (občanskoprávní, obchodněprávní, správní) nepostačuje. A to ani motivačně, ani sankčně.²⁴

Není však dobře oba uvedené přístupy od sebe oddělovat a zabývat se každým samostatně, neboť spolu nerozlučně souvisí. Podle autorů komentáře k trestnímu zákoníku je v moderním chápání kladen důraz zejména na přístup subsidiární, neboť se zdůrazňuje, že trestněprávní řešení má představovat „ultima ratio“ pro zákonodárce i pro soudce. Současně se ale ve vymezení subsidiarity trestní represe musí objevit i prvek akcesorní, neboť ten je obsažen v samotném zákonném znění § 12 odst. 2 TrZ: „...v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu.“

Pro lepší orientaci nejen v textu této práce, ale zejména v celé problematice, by bylo vhodné vymezit i vztah mezi zásadou subsidiarity trestní represe a principem *ultima ratio*, neboť těchto postulatů bývá někdy zdánlivě užíváno jako synonym. I když se na první pohled jako jednoduše zaměnitelná tváří, ve skutečnosti se nejedná o naprosto shodné termíny.

Zásada subsidiarity trestní represe má význam, jak bylo výše uvedeno, buďto akcesorický nebo subsidiární, znamená to tedy, že se trestní represe využívá až teprve tehdy,

²³ JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné...* str.28- 31.

²⁴ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní právo hmotné...* str. 88

když nepostačuje postih podle jiného právního předpisu, a zároveň přichází na řadu v případě porušení jiného předpisu, tedy druhotně

Princip „ultima ratio“ je chápán jako pojetí trestního práva jakožto prostředek poslední instance, nebo také nejzazší možnost. Tento princip znamená, že trestní právo má k dispozici ty nejostřejší zbraně, jakými lze protiprávní jednání ve společnosti postihovat a jaké má stát k dispozici. Tento názor lze opřít také o důvodovou zprávu k trestnímu zákoníku, která přímo říká: „Ze zásady subsidiarity trestní represe vyplývající princip ultima ratio ...“²⁵, tedy že princip ultima ratio ze zásady vyplývá. Shodně také V. Nezkusil: „...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 nezbyvá 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.“²⁶

Z výše uvedeného je patrné, že se skutečně jedná o dva principy, které spolu velmi úzce souvisí a které mají společného jmenovatele, a to podpůrnost prostředků trestněprávních vůči prostředkům jiných právních odvětví (či dokonce vůči prostředkům neprávním).

Podle **A. Netta** existují v nauce dva rozdílné přístupy k vymezení obsahu pojmu „ultima ratio“, a to širší a užší pojetí. Širší pojetí podle Netta vychází z toho, „že pomocná úloha trestní represe se uplatňuje za situace, kdy mimotrestněprávní či mimotrestní prostředky nepostačují k ochraně chráněných objektů před útoky pachatelů.“, kdežto užší pojetí znamená, že se tento princip uplatní „v případě, kdy se mimotrestněprávní prostředky projeví jako neúčinné.“²⁷

K poslednímu z pojmů je nutno ještě připojit „ekonomii trestní represe“, která s oběma uvedenými postuláty taktéž velmi souvisí. Tato zásada podle V. Solnaře řeší jednak otázku, *kdy je vůbec nutno trestní hrozbu použít* (tedy se dostáváme zpět k podpůrné úloze trestní represe, jak bylo již vysvětleno výše v souvislosti se zásadou subsidiarity trestní represe) a *jednak v jaké intenzitě tak učinit* (zde je Solnařem nejspíš míněno nejen represivní, ale také výchovné působení trestu). „Poněvadž trest nutně působí určitou újmu, tedy zlo, které je ovšem vyváženo užitekem z něho plynoucím (ochrana důležitých zájmů), je na místě, aby toto

²⁵ Důvodová zpráva k návrhu nového trestního zákoníku...

²⁶ NEZKUSIL, Jiří. K zásadě zákonnosti a subsidiarity trestního práva. *Trestní právo*, 2010, č. 1, str. 11- 15.

²⁷ NETT, Alexandr. Ke změnám trestního práva na úseku hospodářské trestné činnosti a k zásadě ultima ratio. *Bulletin advokacie*, 2009, č. 10, str. 77.

zlo bylo skutečně potřebné, aby tam, kde ke splnění účelu trestu stačí újma méně intenzivní, zůstalo při této menší újmě.“²⁸

2.4 Vztah zásady subsidiarity trestní represe k zásadě zákonnosti

V úvodu kapitoly byla předestřena podstata a význam zásady subsidiarity trestní represe jako jedné ze základních zásad. Tato práce si neklade za cíl srovnávat význam zásady subsidiarity trestní represe s ostatními zásadami trestního práva hmotného, jejichž existence je pro trestní právo (a zachování demokratického rázu právního státu) bezpochyby stejně důležitá. Nicméně je nezbytné zmínit se alespoň okrajově o *zásadě zákonnosti*. Tato zásada společně se zásadou subsidiarity trestní represe tvoří páteř trestního práva, jak bývá v literatuře často uváděno.

Obě zásady se proplétají už při stanovení kritérií trestní odpovědnosti, formulaci a interpretaci toho, co je ono protispolečenské chování, porušení právní normy, za které následuje postih, pro účely této práce je ale důležitější zaměřit se na ústavní rozměr vztahu obou těchto zásad, kterým se nejednou zabýval i Ústavní soud ČR. „*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)*“²⁹

Ústavní soud v tomto nálezu jako i v mnoha dalších nachází souvislost mezi oběma zásadami, kterou je proporcionalita trestní represe. Obě zásady podle ÚS stanoví určité hranice, za které stát jako suverén nesmí při aplikaci a výkladu norem (stejně jako postihu a ukládání sankcí) v žádném případě zajít. Jakékoliv omezení základního lidského práva či svobody musí být jasné, konkrétní, odůvodněné a celospolečensky žádoucí. K tomu je zapotřebí, aby v souladu s oběma zásadami byl jakýkoliv státní postih realizován na základě předem jasného, jasně formulovaného a jednoznačného kritéria. Tím se dostáváme k otázce, nakolik vhodné a ústavně komfortní je současné znění § 12 odst. 2 TrZ, ve kterém je zásada subsidiarity trestní represe formulována? Určitým vodítkem a vzorem by českému zákonodárci mohl v tomto být slovinský trestní zákon, který řeší tento problém následující

²⁸ SOLNAŘ: *Systém...* str. 35.

²⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 2. 6. 2005, spis zn. IV. ÚS 469/04.

formulací: „*Definování trestných činů a ukládání trestu je odůvodněno pouze tehdy, pokud ochrana lidského života a dalších základních hodnot nemůže být zajištěna jinak, a pouze v tomto rozsahu.*“³⁰

V této souvislosti se jako řešení nabízí hledání skutečných cílů a účelu (které by byly dostatečně komfortní) již v rámci formálních znaků skutkové podstaty trestného činu. Snahou by tedy mělo být vyloučit jako trestná ta jednání, která sice po formální stránce odpovídají znakům uvedeným v zákoně, ve skutečnosti však jejich škodlivost nedosahuje takové úrovně, aby za protiprávní mohla být prohlášena.

Závěrem první kapitoly by bylo vhodné zdůraznit to, co se objevuje v dílech trestněprávních autorů již delší dobu a na co má být důraz kladen i za současné právní úpravy. A tedy, že zásada subsidiarity trestní represe má dopad toliko do roviny legislativní, adresátem je na jedné straně zákonodárce, druhá rovina dopadu této zásady je pak ve sféře činnosti orgánů činných v trestním řízení. Pro zákonodárce respektování tohoto postulátu znamená, že za trestná má stanovit jen ta jednání, která skutečně penalizaci vyžadují, aniž by docházelo k přepínání trestní represe nebo ignorování potřeby chránit společenské vztahy. Na druhé straně by tuto zásadu měly ctít i orgány činné v trestním řízení při interpretaci trestněprávních norem, aby tzv. bagatelní činy nebyly považovány za činy trestné. Tato problematika je natolik obsáhlá a pro pochopení zásady subsidiarity trestní represe v praxi téměř nezbytná, proto si zaslouží podrobnější rozbor. Tímto rozbohem (a tedy posouzením, nakolik je tato zásada v obou rovinách respektována) se zabývám v samostatné kapitole.

³⁰ Cit. dle ŠUGMAN, K., JAGER, M., PERŠAK, N., FILIPČIČ, K. *Systémy trestní justice v Evropě a Severní Americe, Slovinska*. Kriminologický institut, Praha 2005, str. 17. Dostupné na <<http://www.ok.cz/iksp/docs/310.pdf>>.

3 Zásada subsidiarity trestní represe v trestním zákoníku č. 40/2009 Sb.

3.1 Obecné vymezení

Trestní zákoník zakotvuje zásadu subsidiarity trestní represe v § 12 odst. 2 a vyjadřuje ji slovy: „*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*“. Podstatou myšlenky, že trestněprávní řešení je nejzazší (subsidiární) prostředek k ochraně právního řádu, se zabývala v historii trestního práva řada našich největších právníků této právní oblasti. Tomuto historickému vývoji je věnována i první kapitola této práce.

Tato podoba § 12 odst. 2 TrZ je vyústěním snah o vyrovnání určité „tvrdoosti“ formálního pojetí trestného činu, resp. snah o odstranění nedůslednosti v těch řešeních, která byla navrhována v minulosti. Podle důvodové zprávy k trestnímu zákoníku „*Ze zásady subsidiarity trestní represe vyplývající princip „ultima ratio“ byl sice původně chápán spíše jako princip omezující zákonodárce v tom směru, že trestněprávní řešení je krajním prostředkem ve vztahu k ostatní delikt ní právní úpravě (správněprávní, občanskoprávní, obchodněprávní apod.), ale v současné době je v zásadě všeobecně uznáváno, že má nepochybně význam i pro interpretaci trestněprávních norem a plyne z něho, že trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protispoločenských jednání, a to podle zásady, že tam, kde postačí k regulaci prostředky správního nebo civilního práva v širším slova smyslu, jsou trestněprávní prostředky nejen nadbytečné, ale z pohledu principu právního státu také nepřípustné.*“³¹

Důvodová zpráva dále říká, že v liberálním demokratickém státě, jakým je i Česká republika, je třeba státní zásahy v rámci kriminální politiky uplatňovat toliko přiměřeně a maximálně zdrženlivě, zejména při realizaci trestního postihu. Sankce bývají totiž nezřídka kdy způsobilé ohrozit sociální existenci dotčené osoby, proto je zapotřebí dohlédnout na to, aby prostředky trestního práva byly užity teprve tehdy, kdy ostatní sociálně politické a právní prostředky (mimotrestní) nedostačují nebo selhávají.

³¹ Důvodová zpráva...

J. Jelínek³² zdůrazňuje, že uplatnění zásady subsidiarity trestní represe vyžaduje splnění dvou podmínek (a to kumulativně). Musí jít o případy společensky škodlivé a současně uplatnění podle jiného právního předpisu se jeví jako nepostačující.

A/ Případy společensky škodlivé.

Pokud jde o podmínku společenské škodlivosti, trestní zákoník, bohužel, kritéria společenské škodlivosti na tomto místě neuvádí. V praxi se ale uplatní kritéria, která zákonodárce začlenil do § 39 odst. 2 TrZ. a která mají primárně povahu kritérií zohledňujících se při ukládání trestu. Společenská škodlivost bude tedy dána, v souladu s tímto ustanovením, především významem chráněného zájmu, který byl trestným činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl trestný čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou, záměrem nebo cílem. Společenská škodlivost se vztahuje ke spáchanému činu jako celku, který zasáhl zájmy chráněné trestním zákonem, a v tomto smyslu je tedy „poškodil“. Více se kritérii společenské škodlivosti zabývá jedna z následujících podkapitol.

B/Nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu

Tuto podmínku hodnotí Jelínek, jako velmi široce stanovenou, neboť v praxi bude zapotřebí vždy pečlivě zdůvodnit, proč v konkrétním případě jde či nejde o trestný čin. Zdůvodnění bude ležet na bedrech zejména orgánů činných v trestním řízení, které toto budou muset provádět velmi citlivě, komplexně a individuálně. Přitom posoudit, kdy konkrétně už půjde o případ, který vykazuje potřebnou míru společenské škodlivosti, a je tedy třeba ho sankcionovat prostředky trestního práva, a kdy je naopak postačující zvolit cestu mimo trestněprávní (náhrada škody, vydání bezdůvodného obohacení, sankce za přestupek,...), není vždy jednoduché a na první pohled rozpoznatelné. F. Púry, stejně jako řada dalších autorů, tuto druhou podmínku považuje za vůbec nejspornější pojem v celé formulaci, totiž kdy lze dospět k závěru, že uplatnění jiné než trestněprávní odpovědnosti „nepostačuje“. V jednom ze svých článků uvádí případy, kdy bude asi nepochybně na místě užití trestního práva (například v oblasti majetkové kriminality, kdy v rámci přestupkového řízení by bylo možno uložit pokutu v řádkách několika tisíc, zatímco skutečná škoda vzniklá trestným činem tuto pokutu několikanásobně převyšuje), zároveň ale upozorňuje, že v praxi nastávají mnohem složitější a nejednoznačné případy. „*Má tedy poškozený, který byl okraden zlodějem, nejdříve*

³² JELÍNEK: *Trestní právo hmotné...* s. 30., shodně i v JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou*. 2. vydání. Praha: Leges, 2012, str. 25- 27.

*podat proti zloději občanskoprávní žalobu na vydání odcizené věci, resp. na náhradu škody způsobené jejím odcizením? Anebo má snad podnikatel, který byl poškozen nekalou soutěží, nejprve žalovat jiného podnikatele, jenž si počínal nekalosoutěžně, aby se tohoto jednání zdržel, odstranil závadný stav a poskytl přiměřené zadostiučinění, náhradu škody nebo vydání bezdůvodného obohacení?*³³ Nemluvě o situaci, kdy civilní řízení bude trvat tak dlouho, že trestný čin se mezitím promlčí, což se může stát snadno s ohledem na fakt, že promlčecí doba se se nestaví ani nepřerušuje tím, že poškozený se svého nároku domáhá prostředky mimotrestními, byť je jeho postup v souladu se subsidiaritou trestní represe.

C/ Závěr

Pomocná role trestní represe (v pojetí trestního práva jako „ultima ratio“) zavazuje jednak **zákonodárce**, aby podle ní postupoval při tvorbě, formulaci a schvalování trestních i mimotrestních předpisů, a jednak **orgány činné v trestním řízení**, ať už se jedná o policejní orgán, státní zástupce či soudy. Otázkou, do jaké míry je zásada subsidiarity trestní represe respektována každou z uvedených skupin, se zabývám v samostatné kapitole. Na tomto místě ale pokládám za vhodné se ještě zmínit o tom, že v souvislosti s tím, že požadavek vycházející ze zásady subsidiarity trestní represe při své aplikační činnosti je kladen nejen na zákonodárce, ale i na orgány činné v trestním řízení, je zapotřebí důsledně respektovat oddělení složek státní moci, zejména tedy moc zákonodárskou a moc soudní. Soudní moc musí respektovat hranice trestní represe tak, jak jsou stanoveny zákonodárcem, zejména pokud se jedná o přesně vyjádřená kritéria (např. způsobení škody ve stanovené výši), zároveň ale nesmí odmítnout poskytnout trestněprávní ochranu právům a oprávněným zájmům jednotlivce v případě, která tato kritéria splňují. A to ani s odkazem na trestní právo jako „ultima ratio“. Na druhé straně by však i zákonodárce měl mít na paměti, že je třeba poskytnout dostatečný prostor pro soudcovskou úvahu k individuálnímu posouzení každého případu. Neboť zejména v případě tzv. formálního pojetí trestného činu je třeba zamezit tvrdosti hrozící z příliš rigidní úpravy.³⁴

³³ PÚRY, František. Poznámky k pojetí trestního práva jako „ultima ratio“ IN: VANDUCHOVÁ, Marie, GŘIVNA, Tomáš (ed). *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 262.

³⁴ tamtéž, str. 253.

3.2 Kritérium společenské škodlivosti

Podle důvodové zprávy je pojem společenské škodlivosti nepochybně přesnější než dosavadní pojem společenské nebezpečnosti, která byla obligatorním znakem trestného činu. Podle autorů plzeňské učebnice trestního práva hmotného se názory na pojem „nebezpečnost činu pro společnost“ značně lišily. Jedni ji viděli jako „*ohrožení či porušení zájmů chráněných trestním zákonem, které byly vymezeny v § 1 tr. zákona, a v důsledku tohoto pojetí nebezpečnost činu v podstatě splývala s následkem trestného činu.*“, druhá skupina trestních právníků ji vnímala spíše jako „*celkovou způsobilost činu přivodit škodu na objektech chráněných trestním právem.*“³⁵

Opuštění pojmu nebezpečnosti činu pro společnost je namísto nejen proto, že je s ním spojeno tzv. třídní pojetí a třídní uplatňování trestního zákona³⁶, ale i pro jeho obsahovou nevhodnost, když z hlediska své povahy směřuje do budoucna. Když zákon č. 86/1950 Sb. zavedl institut společenské nebezpečnosti jako obligatorní znak trestného činu³⁷, naukou to bylo vnímáno jako „*vyjádření minimálního pojetí a třídní podstaty trestného činu*“³⁸ Avšak vymezení kritérií, na nichž by stála věrohodná definice (stupně) společenské nebezpečnosti trestného činu, chybělo. Otázka nedostatečnosti jednotlivých kritérií definice nebezpečnosti činu pro společnost tak byla ošetřena až zákonem č. 140/1961 Sb. a formálním zakotvením těchto kritérií v jeho § 3 odst. 4: „*Stupeň nebezpečnosti činu pro společnost je určován zejména významem chráněného zájmu, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou.*“

Jak bylo výše uvedeno, současný trestní zákoník však pojem společenská nebezpečnost jako materiální znak trestného činu vypustil a používá pojmu společenská škodlivost činu, která se vztahuje k spáchanému činu, který zasáhl zájmy chráněné trestním zákonem (poškodil je), a navazuje i na další pojmy trestního zákoníku, např. pojem škodlivého následku (§ 33 písm. a). Zákonodárce však poněkud opomněl stanovit, co se pod pojmem společenská škodlivost rozumí.

³⁵ NOVOTNÝ, František, SOUČEK, Josef a kol. *Trestní právo hmotné*. 3. rozšířené vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2010.

³⁶ § 6 někdejšího trestního zákona RSFSR z 1. ledna 1927 definoval nebezpečnost činu pro společnost následujícím způsobem: „*Společensky nebezpečnou uznává se veškerá činnost nebo nečinnost namířená proti sovětskému zřízení nebo porušující právní řád ustanovený dělnickorolnickou vládou na přechodu ke komunistickému zřízení.*“

³⁷ § 2 zák. č. 86/1950 Sb.: „*Trestným činem je jen takové pro společnost nebezpečné jednání, jehož výsledek uvedený v zákoně pachatel zavinil.*“

³⁸ FILIPOVSKÝ, Jan, TOLAR, Jan, DOLENSKÝ, Adolf. *O obecné části trestního zákona*. Praha: Orbis, 1951, str. 65.

„Společenská škodlivost je určována povahou a závažností trestného činu, jak to vyplývá z § 39 odst. 2 tr. zákoníku.“, říká důvodová zpráva. Dle mého názoru však není možno tento odkaz vykládat bez dalšího jako obsah pojmu společenská škodlivost, a to právě proto, že zákon neobsahuje žádné vykládací ustanovení, které by takovýto výklad umožňovalo.³⁹ Při použití kritérií stanovených v § 39 odst. 2 TrZ je nutno mít vždy na paměti, že tato kritéria jsou primárně určena jako určující pro ukládání trestu. Ne všechna lze bez dalšího ve stejném rozsahu použít toliko pro konstatování trestněprávní odpovědnosti, jak bude dále na konkrétních kritériích ukázáno.

V novém slovenském trestním zákoně (zákon 300/2005 Z. z.) byla za účelem praktické práce hlediska společenské škodlivosti přímo formulována. Podle § 10 odst. 2 tohoto zákona o trestný čin nepůjde, jestliže vzhledem ke způsobu spáchání činu a jeho následkům, okolnosti, za kterých byl čin spáchán, míře zavinění a pohnutce pachatele, je jeho závažnost nepatrná.⁴⁰

Kolektiv autorů plzeňské učebnice trestního práva hmotného má za to, že „společenskou škodlivostí, která je materiální stránkou trestného činu, lze rozumět způsobnost činu ohrozit či porušit chráněné zájmy.“⁴¹ Nejde tedy jen o postižení zájmů chráněných trestním zákonem, ale zájmů chráněných i jinými právními předpisy.

„Nová koncepce pojetí trestného činu vychází z tzv. formálního pojetí trestného činu, které znamená, že při řešení míry společenské škodlivosti a použití zásady subsidiarity trestní represe nelze opominout zejména význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsob provedení trestného činu a jeho následky, okolnosti, za kterých byl spáchán, osobou pachatele, míru jeho zavinění a jeho pohnutku, záměr nebo cíl.“⁴² Komentářová literatura nás tedy opět odkazuje na použití § 39 odst. 2, nicméně v tomto případě jako hledisek, pomocí kterých je zjišťováno, jakou měrou jsou naplněny znaky skutkové podstaty. Kritéria, podle kterých je společenská škodlivost určována, mají být tedy zejména:

A/ Význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen

Význam chráněného zájmu určuje zákonodárce. Orgány činné v trestním řízení tuto jeho činnost nemůžou nahrazovat a konstatovat, že právem chráněný zájem postrádá význam a že jednání, které tento zájem porušuje nebo ohrožuje, tedy společensky škodlivé není.

³⁹ srov. FENYK, J., HÁJEK, R., STRÍŽ, I., POLÁK, K. *Trestní zákoník a trestní řád. Průvodce trestněprávními předpisy s judikaturou*. 1. díl. Trestní zákoník. Praha: Linde, 2010, str. 32.

⁴⁰ RŮŽIČKA, Miroslav, ŠABATA, Karel. Vybrané praktické problémy obecné části nového tr. zákoníku. *Státní zastupitelství*, 2009, č. 11, str. 6.

⁴¹ NOVOTNÝ a kol.: *Trestní právo hmotné...*

⁴² ŠÁMAL Pavel a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 94- 95.

Je také třeba vždy hodnotit význam konkrétního objektu trestného činu, který byl trestným činem poškozen. „*Například u trestného činu ohrožení utajované informace podle § 317 TrZ. se nehodnotí obecná škodlivost ohroženého či porušeného individuálního objektu trestného činu, ale význam konkrétní utajované informace, kterou pachatel vyzvídá s cílem ji vyrazit nepovolané osobě, popř. i škodu, která tímto činem byla způsobena.*“⁴³

Jako další případ uvádí kolektiv autorů plzeňské učebnice trestný čin zanedbání povinné výživy podle § 196 TrZ. Dle autorů se v případě tohoto trestného činu nevyžaduje hodnocení péče, kterou společnost poskytuje dětem a mládeži. Podstatné je vypořádat se s otázkou, jaký zájem (předmět ochrany) byl v konkrétním případě postižen, např. zda bylo o výživu dítěte postaráno jinak, nebo zdali byl v důsledku zanedbání výživy ohrožen jeho zdravý vývoj, výchova, aj.

B/ Způsob provedení činu a jeho následky

Míra společenské škodlivosti je spoluurčována způsobem, jakým byl čin proveden, tedy jakým způsobem a jakou měrou byly poškozeny zájmy chráněné trestním zákoníkem. Některé z možných způsobů provedení činu zakotvuje trestní zákoník v místě věnovaném přitěžujícím okolnostem, kdy pachatel „*spáchal trestný čin surovým nebo trýznivým způsobem, zákeřně, se zvláštní lstí nebo jiným obdobným způsobem.*“⁴⁴

„*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.*“⁴⁵ Následek není důležitým rysem určujícím společenskou škodlivost pouze u majetkových trestných činů, ale ač to na první pohled není zřejmé, také je podstatným u těch trestných činů, které se účinkem zpravidla ani nevyznačují (trestné činy proti bezpečnosti České republiky, cizího státu a mezinárodní organizace).

V souvislosti se zásadou subsidiarity trestní represe se bude v konkrétním případě hodnotit i intenzita následku, např. komentářová literatura v této souvislosti uvádí příklad, kdy zřejmě chycení druhé osoby za rukáv na pár sekund v průběhu hádky ještě nebude hodnoceno jako trestný čin omezování osobní svobody (§ 171 TrZ).⁴⁶

⁴³ NOVOTNÝ a kol.: *Trestní právo hmotné...* str. 90.

⁴⁴ § 42 písm. c) zák. č. 40/2009 Sb., tr. zákoník ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁵ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139. Komentář.* Praha: C. H. Beck, 2010, str. 443- 444.

⁴⁶ tamtéž

C/ Okolnosti, za kterých byl čin spáchán

Okolnosti, za kterých byl spáchán trestný čin, se definují poměrně široce. Mohou se týkat místa, kde byl trestný čin spáchán, času jeho spáchání, prostředí, ve kterém byl spáchán. Dále různých vlivů, které působily na pachatele při páchaní trestného činu, nebo 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, atd.⁴⁷

Takovýmito okolnostmi mohou být například spáchání trestného činu za krizové situace, živelné pohromy nebo jiné události vážně ohrožující život, veřejný pořádek nebo majetek, anebo na území, na němž je prováděna nebo byla provedena evakuace.⁴⁸

D/ Osoba pachatele

U tohoto kritéria je třeba vzít v úvahu zejména věk pachatele, tedy trestný čin může být spáchán pachatelem ve věku blízkém mladistvých (§ 41 písm. f)), nebo přímo mladistvým - v takovémto případě se nebude jednat o trestný čin, ale o provinění. Dále je zapotřebí zohlednit, pokud pachatel vedl před spácháním trestného činu řádný život (§ 41 písm. o)), nebo je recidivistou (§ 42 písm. p)), přičinil se k odstranění škodlivých následků trestného činu nebo dobrovolně nahradil způsobenou škodu (§ 41 písm. j)), trestného činu upřímně litoval (§ 41 písm. n)), svůj trestný čin sám oznámil úřadům (§ 41 písm. k)), napomáhal při objasňování své trestné činnosti nebo významně přispěl k objasnění trestného činu spáchaného jiným (§ 41 písm. l)). Stejně jako otázku věku je třeba vzít v potaz i případnou zmenšenou přičetnost pachatele.

Výše uvedená kritéria se používají při ukládání trestu, jak to ostatně odpovídá i znění § 39 odst. 2. Je však otázkou, nakolik vhodné je všechna tato kritéria (s ohledem na zásadu subsidiarity trestní represe) používat i v otázkách viny. Dle mého názoru zde totiž může hrozit konflikt se zásadou rovnosti. Jak upozorňovala už D. Císařová za účinnosti zákona 140/1961 Sb. (v souvislosti s definováním nebezpečnosti činu pro společnost, kdy se také zohledňovala osoba pachatele), „v 70. a 80. letech byla osoba pachatele (zejména nomenklaturních kádrů) přeceňována z hlediska pachatelových dosavadních zásluh aj., což

⁴⁷ tamtéž

⁴⁸ § 42 písm. j.) zák. č. 40/2009 Sb., tr. zákoník ve znění pozdějších předpisů.

pravděpodobně mělo vést k neodůvodněnému zřeknutí se represe u těchto osob.“⁴⁹ Tedy osoba pachatele, zejména zdali se jedná o prvopachatele nebo recidivistu, bude mít zcela jistě význam při ukládání trestu, případně pro použití některého z procesních prostředků (zastavení řízení), ale v otázce viny se domnívám, že pro tuto úvahu není a nemělo by být místo, neboť ve společnosti, kde převládá formální pojetí trestného činu, může mít různý přístup v konstatování viny u osob, které naplnily naprosto shodně všechny formální znaky skutkové podstaty, vliv na destrukci právního vědomí této společnosti. Tato problematika by si jistě zasloužila více prostoru, ale v omezeném rozsahu této práce pro to, bohužel, není dostatek místa.

E/ Míra zavinění pachatele

Pokud se jedná o míru zavinění, hodnoceno bývá především to, které skutečnosti zavinění pachatele zahrnuje (např. pachatelova představa o závažnosti a rozsahu následků, které svým činem způsobí).

Z formálního hlediska je pak významné, jestli se jedná o zavinění ve formě úmyslu nebo nedbalosti. Úmysl přímý (*dolus directus*) je hodnocen (za okolností jinak stejných) jako závažnější než úmysl eventuální (*dolus eventualis*), oboje je pak závažnější než zavinění ve formě nedbalosti. V literatuře můžeme ještě nalézt další odstupňování, a to v případě úmyslu předem uváženého, který se považuje za závažnější než úmysl náhle pojatý.⁵⁰ K již zmíněné nedbalosti patří také stupnice, která hodnotí jako nejzávažnější formu zavinění ve formě nedbalosti nedbalost hrubou. Ta je tedy závažnější než obě další formy nedbalosti-nedbalost vědomá a nevědomá.

F/ Pohnutka, záměr nebo cíl

Pohnutka, jakožto jeden z fakultativních znaků subjektivní stránky trestného činu, není nikde v zákoně vymezena. Její uplatnění proto může být široké. Její meze budou ale zákonem stanoveny (v souladu se zásadou zákonnosti) v určitých případech zákonodárcem, a to konkrétně v těch, kde pohnutku stanoví jako součást znaků skutkové podstaty. V takovýchto případech, při respektování formálního pojetí trestného činu, nebude možno ani s odkazem na použití zásady subsidiarity trestní represe, stanovit, že konkrétní jednání není trestným činem, resp. že je touto pohnutkou snížena společenská škodlivost tohoto činu.

⁴⁹ Srov. CÍSAŘOVÁ, Dagmar. Krátké zamyšlení nad teorií a praxí zákona č. 40/2009 Sb. *Trestní právo*, 2010, č. 3, str. 4.

⁵⁰ NOVOTNÝ: *Trestní právo hmotné...* str. 91.

Pohnutka je charakterizována některými polehčujícími či přitěžujícími okolnostmi, kterými mohou být v případě okolností polehčujících: spáchání trestného činu ze soucitu (§ 41 písm. b)), spáchání trestného činu pod tlakem závislosti nebo podřízenosti (§ 41 písm. c)), pod vlivem tíživých osobních nebo rodinných poměrů, které si pachatel sám nezpůsobil (§ 41 písm. e)), aj. Z okolností přitěžujících pak: pachatel spáchá trestný čin s rozmyslem nebo po předchozím uvážení (§ 42 písm. a)), tento čin spáchal ze ziskuchtivosti, z pomsty, z národnostní, rasové, etnické, náboženské, třídní či jiné podobné nenávisti nebo z jiné zvlášť zavrženíhodné pohnutky (§ 42 písm. b)), nebo spáchá čin využívaje něčí nouze, tísně, bezbrannosti, závislosti nebo podřízenosti (§ 42 odst. d)). Z publikace kolektivu autorů pod vedením O. Novotného uvádím případ, v němž právě pohnutka v jednání může mít vliv na snížení společenské škodlivosti: 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. Přestože uvedené jednání po formální stránce naplňuje znaky skutkové podstaty trestného činu loupeže, o tento trestný čin se patrně jednat nebude, neboť z uvedeného jednání podle autorů publikace nevzniká nebezpečí pro právem chráněné statky. Škodlivost jednání se pak sníží na minimum, pokud uvedené potraviny budou skupinou „útočníků“ chlapcům navraceny, nebo pokud bude tento „útok“ akceptován jako hra.

G/ Závěr

Závěrem ke všem uvedeným kritériím ještě nutno dodat, že se všechna při posuzování viny pachatele musí hodnotit společně, komplexně a ve vzájemném souladu. Závažnost činu lze posoudit podle každého z nich, nicméně pro stanovení viny se některé z těchto kritérií jeví jako méně vhodná (ve srovnání s kritérii, která se používají pro stanovení trestu). V této souvislosti lze poukázat na již parafrázovaný § 10 odst. 2 slovenského trestního zákona, který vymezuje kritéria společenské škodlivosti v tomto směru méně sporným způsobem. Stejně tak i naší komentářovou literaturou je upozorňováno na fakt, že „*Nový trestní zákoník také terminologicky rozlišuje hodnocení rozhodných skutečností z hlediska míry společenské škodlivosti při použití zásady subsidiarity trestní represe od hodnocení kritérií podřazených pod pojem povaha a závažnost trestného činu při určování druhu trestu a jeho výměry.*“⁵¹, a že tedy přístup k těmto kritériím, byť jsou obecně vymezena stejnými pojmy, musí být zákonitě jiný. S tímto závěrem, v kontextu výše uvedeného, nezbyvá než souhlasit.

⁵¹ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139...str. 94.*

3.3 Význam zásady ve vztahu k pojetí trestného činu

Podle důvodové zprávy k novému trestnímu zákoníku je jednou z hlavních změn v nové zákonné úpravě opuštění materiálního pojetí trestného činu (které bylo v předešlé úpravě prvořadým a zcela zásadním elementem, který určoval charakter trestního práva) a jeho nahrazení pojetím formálním. Podle autora trestního zákoníku, prof. Šámala toto pojetí „...sice zachovává materiální východiska při legislativním určení v zákoně, co má být trestným činem a co nikoli, jakož i z hlediska vymezení typové závažnosti jednotlivých trestných činů, ale na druhé straně v souladu se zásadou „žádný trestný čin a žádný trest bez zákona“ ... a zásadou subsidiarity trestní represe ... a obecnou formální definicí trestného činu ve smyslu § 13 odst. 1 TrZ klade důraz na zákonné vymezení přesných a jednoznačných (nikoli však kazuistických) skutkových podstat trestných činů, což je v souladu s požadavkem na určitost trestněprávních norem, který vychází z učení o právním státu.“⁵² Podle Šámala je tak toto pojetí trestného činu logickým důsledkem zásady legality. Jeho snahou je stanovit přesné hranice zákonnosti, což mj. má vést ke zvýšení jednotnosti při výkladu a aplikaci zákona a k posílení rovnosti všech před zákonem.

Teorii bylo mnohokrát upomínáno na vágnost materiálního pojetí (typického pro úpravu minulou), které vedlo k tomu, že hranice trestního jednání nebyly dostatečně zákonem stanoveny, ale naopak byly otevřeny a nechány na volném uvážení orgánům činným v trestním řízení, tedy nejen soudům a státním zástupcům, ale i orgánům policejním. Což jistě poskytovalo živnou půdu úvahám, do jaké míry je v našem právním řádu dbáno na důslednou dělbu státní moci, když orgány činné v trestním řízení mají možnost „dotvářet zákon“ a tím pádem zasahovat do moci výkonné.

Pro srovnání uvádím definici činu soudně trestného, jak je popsána v díle V. Kratochvíla, který shledává nutností, aby každý takovýto čin v sobě zahrnoval právem požadovanou míru společenské škodlivosti, v čemž spatřuje materiální stránku trestného činu, která je jako

⁵² ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník a naplňování funkcí a základních zásad trestního práva hmotného. *Bulletin advokacie*, 2009, č. 10, str. 22. Blíže srov. ŠÁMAL, Pavel. K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5, str. 129 a násl.; dále srov. ŠÁMAL Pavel. K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku. *Právní rozhledy*. 2007, č. 17, str. 637 až 642, kde jsou blíže vysvětleny přístupy, které byly zvoleny při formulaci ustanovení § 12 odst. 2 a § 13 TrZ; dále viz i důvodové zprávy k těmto ustanovením. Srov. i příspěvek ŠÁMAL Pavel. K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku. In. Machalová, T. (ed.). *K odkazu Jaroslava Kallaba. Právně-filosofická východiska trestní politiky v procesu evropské integrace*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2007, str. 106 až 120.

„element zohledňující sepětí trestného činu s konkrétní historickou, etickou, sociální, politickou a ekonomickou realitou.“⁵³

V následujících řádcích se pokusím o stručné shrnutí toho, jak probíhaly rekodifikační práce na současném trestním zákoníku, a následně i zhodnocení toho, nakolik zákonodárcem zvolená podoba pojetí trestného činu, jakož i metoda „postupné rekodifikace“, dokáže dosáhnout účelu trestněprávní regulace společenských vztahů efektivněji, než úprava předcházející. Nejprve je ale zapotřebí učinit drobný historický exkurz do úprav předcházející té současné, aby byl dostatečně pochopen smysl a účel těchto rekodifikačních snažení.

3.3.1 Legislativní proces směřující k přijetí trestního zákoníku č. 40/2009 Sb.

Materiální pojetí trestného činu do systému trestního práva bylo zavedeno, jak je psáno výše, zákonem č. 86/1950 Sb., konkrétně jeho § 2, který zněl: „*Trestným činem je jen takové pro společnost nebezpečné jednání, jehož výsledek uvedený v zákoně pachatel zavinil.*“ Tedy trestným činem nebylo pouze to jednání, které naplňovalo znaky uvedené v trestním zákoně, ale současně muselo takové jednání i vykazovat míru či stupeň společenské nebezpečnosti. Solnař v této souvislosti připomíná § 89 odst. 1 a zejména relevantní ustanovení tehdy platného trestního řádu, které zakotvují možnost prokurátora zastavit trestní stíhání v případě, že nebezpečnost činu pro společnost se jeví jako nepatrná.⁵⁴

Podle zákona č. 140/1961 Sb., který již jasně stanovil kritéria společenské nebezpečnosti, byl trestný čin koncipován na základě dvou současně přítomných znaků. Aby se jednalo o trestný čin, musely být splněny obě dvě podmínky, a to formální podmínka (tedy že čin vykazuje znaky uvedené v zákoně) a podmínka materiální (nebezpečnost činu pro společnost), přičemž obě podmínky musely být splněny zároveň.⁵⁵ Právní úprava tedy byla založena na tzv. materiálním (materiálně- formálním) pojetí trestného činu, přičemž podmínky trestnosti činu nelze vzájemně nahrazovat.⁵⁶

21. století bylo ve znamení změny společensko- politického systému a záhy vyvstal požadavek zásadní koncepční změny trestního práva. Dílčí změny se jevily jako dostačující až do poloviny 90. let⁵⁷, kdy byla založena komise pro rekodifikaci trestního práva. Jednou z klíčových otázek bylo, jestli novou úpravu postavit opět na materiálním pojetí, nebo

⁵³ KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurz trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část.* Praha: C. H. Beck, 2009.

⁵⁴ SOLNAŘ: *Systém...* str. 98.

⁵⁵ JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část. 3. vydání.* Praha: Linde, 2008.

⁵⁶ NOVOTNÝ, Oto, DOLENSKÝ, Adolf, GRIVNA, Tomáš. *Trestní právo hmotné I: Obecná část. 5., jubil., zcela přeprac. vydání.* Praha: ASPI, 2007, str. 112.

⁵⁷ konkrétně to byl rok 1997

se přiklonit k evropským vzorům, které prosazovaly pojetí formální. Aktuální se stala myšlenka koncipovat nový trestní zákon na formálním pojetí trestného činu s procesním korektivem, který měl být začleněn do tehdy připravované novely trestního řádu. Tímto korektivem mělo být nestíhání z důvodu neúčelnosti.

Po vzoru trestního zákonodárství evropských demokratických států tedy bylo přistoupeno k opuštění dosavadního materiálního (resp. formálně- materiálního) pojetí, a trestný čin byl v návrhu trestního zákoníku definován v § 13 následujícím způsobem: „*Trestným činem je protiprávní čin, který zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně.*“, který byl záhy doplněn o odst. 2: „*Čin, jehož závažnost je nepatrná vzhledem k významu konkrétního chráněného zájmu, který byl činem dotčen, ke způsobu provedení činu a jeho následku, k osobě pachatele, k míře jeho zavinění, k pohnutce nebo cíli, jejichž naplnění takový zákon vyžaduje, není trestným činem.*“ Při projednávání této modifikace v plénu Legislativní rady vlády však doplněný odstavec 2 neprošel a do paragrafované osnovy trestního zákoníku se § 13 dostal jen ve znění odstavce 1.⁵⁸

V Poslanecké sněmovně PČR se však již v rámci prvního čtení na jednání Sněmovny (dne 14. 10. 2004) objevily nesouhlasné projevy a zásadní výhrady vůči formálnímu pojetí trestného činu a řešení hmotněprávních otázek prostředky procesními. Dne 15. 6. 2005 vrátila Sněmovna vládní návrh trestního zákoníku po obecné rozpravě ve druhém čtení ústavně právnímu výboru. Ve druhé polovině roku, v průběhu druhého čtení, se mezi pozměňovacími návrhy objevil návrh na přijetí tzv. interpretačního pravidla, které by „změkčovalo“ formální pojetí původně navrhované.

Tímto změkčení mělo být znění navrhovaného § 394 odst. 2 („K pojmu trestného činu“), které do osnovy trestního zákona zakotvilo následující interpretační pravidlo: „*Znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby v souladu s účelem trestního zákona byl za trestný čin považován jen čin společensky škodlivý.*“ Toto znění vycházelo z představy, že i při formálním pojetí trestného činu je nezbytný výklad norem trestního práva tak, aby vedl k poznání smyslu těchto norem a jejich správné aplikaci. Avšak podle názorů odborné veřejnosti, které jsou zde zastoupeny J. PIPEKEM ani toto ustanovení de facto nebylo „*výkladovým pravidlem, ale jen v trestním zákoně špatně umístěným korektivem... definice trestného činu, který měl být uveden již v § 13 a který... se v principu příliš neliší od původního znaku společenské nebezpečnosti.*“⁵⁹ Tedy se teoreticky mělo jednat o návrat k materiálnímu pojetí trestného činu. Možná právě z tohoto důvodu vládní návrh trestního

⁵⁸ PIPEK, J. K pojmu trestného činu v návrhu trestního zákoníku. *Právník*, 2007, č. 9, str. 1036 a násl.

⁵⁹ tamtéž

zákona (v tomto znění) nebyl přijat. Pro předkladatele osnovy trestního zákoníku to znamenalo jediné- pokusit se přijít s formulací jinou, tak, aby osnovou zamýšlené formální pojetí trestného činu z hlediska viny bylo již v samotné hmotněprávní části doplněno o materiální korektiv, tedy aby pojetí trestného činu odpovídalo spíše formálně-materiálnímu.⁶⁰

Dnešní definice trestného činu je v podstatě ve stejné podobě, jak bylo navrhováno, tedy „*Trestným činem je protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně.*“ Tím je především zdůrazněna návaznost protiprávnosti na zásadu zákonnosti, která je vymezena v § 12 odst. 1 TrZ. „*V tomto smyslu se chápe protiprávnost zpravidla jako protinoremnost, která se zde kryje s protizákonností, tedy jinak řečeno je v ustanovení § 13 odst. 1 TrZ především vyjádřena formální protiprávnost chápáná z hlediska právního řádu jako celku*“⁶¹ Tedy koncepce materiálního pojetí byla nahrazena pojetím formálním s částečným materializováním, a to díky slovu „protiprávní“. Podle P. Šámala protiprávnost ve smyslu trestního zákoníku není jen protiprávností formální. Zdůrazněním, že trestný čin je jednání formálně protiprávní, se nevyjádří jeho podstata, ani důvod jeho trestnosti. Proto protiprávnost v TrZ. je jednotou stránky formální i materiální. „*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.*“⁶²

Co se týká významu zásady subsidiarity trestní represe k formování definice trestného činu, je dle mého názoru podstatné zdůraznit, že užitím zásady není v žádném případě možno popřít znaky skutkové podstaty, které jsou v zákoně jasně a zřetelně formulovány (např. stanovení výše škody). Současné pojetí by tedy mělo být považováno, jak zdůrazňuje i Jelínek, jako „*formální pojetí s interpretačním pravidlem subsidiarity trestní represe.*“, tedy tzv. materializované formální pojetí.⁶³ Naproti tomu komentář k trestnímu zákoníku zdůrazňuje, že zásada subsidiarity trestní represe (potažmo společenská škodlivost)

⁶⁰ srov. KRATOCHVÍL, Vladimír. Poznámky k legální definici trestného činu v osnově trestního zákoníku 2006 (české, mezinárodněprávní a evropskoprávní přístupy). In GRÍVNA, Tomáš, VANDUCHOVÁ Marie (ed). *Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného, Acta universitatis carolinae Iuridica*, 2007, č. 2. Praha: nakladatelství Karolinum, 2007. str. 43- 55.

⁶¹ Solnař, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972, str. 82; shodně SOLNAŘ, Vladimír, FENYK, Jaroslav, ČISAŘOVÁ, Dagmar. *Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Nakladatelství Orac, 2003, str. 114.

⁶² ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139...*, str. 87-88.

⁶³ JELÍNEK, Jiří. K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku. In Jelínek, Jiří (ed.) *O novém trestním zákoníku. Sborník příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké právnické dny*. Praha: Leges, 2009, str. 20- 30.

je v současném zákoně vnímána jako materiální korektiv, nikoliv materiální znak trestného činu, což je podle jeho autorů hlavní rozdíl oproti úpravě dřívější.⁶⁴

Nesouhlasný názor s tvůrci komentáře zaujímá V. Kratochvíl, který přímo tvrdí, že „*Není rozhodující, zda materiální stránka trestného činu je či není součástí jeho legální definice, i když důvodová zpráva to vidí jinak.*“⁶⁵ Rozhodující podle něj je to, co v tomto ohledu plyne z platné právní úpravy.

Důvodová zpráva se snaží zdůraznit, že zakotvení zásady subsidiarity trestní represe do trestního zákoníku nemá být vnímáno jako návrat k materiálnímu pojetí trestného činu, „*neboť tato zásada stojí mimo zákonnou definici trestného činu, a tedy se uplatňuje mimo ni.*“⁶⁶ Nicméně osobně se přikláním k názoru V. Kratochvíla. Byť by přístup, jaký nabízí důvodová zpráva, důsledněji nutil zákonodárce přesněji formulovat skutkové podstaty trestných činů a neponechávat řešení vágních a širokých pojmů zejména na judikatuře soudů a orgánů činných v trestním řízení, současná praxe je podle mě velmi podobná jako za účinnosti trestního zákona předešlého. Orgány činné v trestním řízení při své aplikační praxi zkoumají, zdali konkrétní jednání je nutné stíhat jako trestný čin, byť byly po formální stránce naplněny znaky skutkové podstaty, či zda nepostačí uplatnění mimotrestních předpisů – tak jak jim to říká zákon v § 12 odst. 2 TrZ. Také je zvažována míra škodlivosti činu, bez ohledu na to, jestli je či není vyžadována coby materiální znak protiprávnosti.

3.4 Interpretační a aplikační význam zásady subsidiarity trestní represe

Podle komentáře k trestnímu zákoníku⁶⁷, který je psán tvůrci tohoto zákona, a který vychází z důvodové zprávy, má zákonné zakotvení zásady subsidiarity trestní represe a z ní vyplývajícího principu *ultima ratio* význam mj. *interpretační*, neboť „*znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby za trestný čin byl považován jen čin společensky škodlivý.*“ Tedy při chápání trestného činu jako jednání protiprávního a trestného na podkladě formálních znaků trestného činu (jak bylo vysvětleno v předchozí kapitole), které ho ve svém souhrnu charakterizují jako čin společensky škodlivý, před kterým je třeba veřejnost chránit, se nabízí hledisko společenské škodlivosti jako *významného interpretačního pravidla*, které napomáhá zákonnou skutkovou podstatu konkrétního trestného činu i jeho formální znaky vyložit podle

⁶⁴ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139...*, str. 87-88.

⁶⁵ KRATOCHVÍL: *Kurz...* str. 39.

⁶⁶ důvodová zpráva...

⁶⁷ ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník II. § 1 až 139...*, str. 87-88

jejich smyslu (tzv. teleologický výklad). Shodně s tímto i O. Novotný: „*Kritéria nebezpečnosti, potažmo škodlivosti mají význam nezbytného interpretačního principu umožňujícího vyložit zákonnou skutkovou podstatu a její jednotlivé znaky podle jejich smyslu a trestněprávní normu v souladu s jejím účelem.*“⁶⁸

Důvodová zpráva dále proklamuje, že zvolené řešení má napomoci hlavně odlišit trestné činy od jiných deliktů, jako jsou přestupky a jiné správní delikty, které by za trestné činy považovány být neměly. Zejména je pak třeba společenské škodlivosti jako *interpretačního pravidla* využít k výkladu těch znaků trestných činů, u kterých není jasně dána spodní hranice (myslí se tím např. znak „hrubé neslušnosti“ a „výtržnosti“ u trestného činu výtržnictví podle § 358 a jejich odlišení od jednání vymezených zejména jako přestupky proti veřejnému pořádku podle § 47 a § 48 přestupkového zákona).⁶⁹

Tímto přístupem se do budoucna zabraňuje tomu, aby tzv. bagatelní činy byly považovány za trestné, což je reakcí na obavu, že by formální pojetí mohlo vést k přetížení orgánů činných v trestním řízení bagatelními věcmi, které jsou dnes odloženy ještě před zahájením trestního řízení, což by se přirozeně dříve či později také nepříznivě projevilo v nákladech státu.

Dřívější pojetí zásady, které se opíralo o společenskou nebezpečnost, mělo bezpochyby význam zejména aplikační. Dnes zákonodárce hovoří toliko o „interpretaci“ a nikoliv o „aplikaci“. J. Fenyk proto dochází porovnáním textu zákona, důvodové zprávy a komentářové literatury k vnitřní nejednotnosti těchto pramenů, která podle něj pramení z obtížné uchopitelnosti nového rozměru zásady subsidiarity trestní represe ve vztahu k jejímu dosavadnímu pojetí. „*Asi nejmarkantněji toto srovnání vyznívá v pohledu na obsah a účel zásady subsidiární úlohy trestní represe a společenské škodlivosti, a na důvodovou zprávou i komentářem naznačovaný smysl, účel a povahu ustanovení § 39 odst. 2 TrZ. ve vztahu k vině.*“ Autor vychází ze zjištění, že textem zákona je zásada subsidiarity trestní represe připoutána k společenské škodlivosti (materiální protiprávnost), nikoli však ke znakům trestného činu. Důvodová zpráva naopak popírá, že by škodlivost měla povahu materiálního korektivu (není znakem skutkové podstaty, nejsou výslovně zákonem stanovena formální kritéria, nebezpečnost byla výslovně odmítnuta atd.). Naproti tomu komentář důsledně setrvává na tom, že princip „ultima ratio“ je třeba použít jen jako interpretační pravidlo, nikoli jako pravidlo aplikační (tedy materiální korektiv).

⁶⁸ NOVOTNÝ, Oto. Znovu k návrhu nového trestního kodexu. *Trestní právo*, 2005, č. 3, str. 2.

⁶⁹ ŠÁMAL, Pavel. *Osnova trestního zákoníku, 2004- 2006*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, str. 358.

Přestože důvodová zpráva i citovaný komentář považují společenskou škodlivost, která je projevem subsidiární úlohy trestní represe, za toliko výkladové a nikoli aplikační pravidlo⁷⁰, dovolím si v tomto bodě s tvůrci obou textů, stejně jako s autorem citovaného článku nesouhlasit. Neboť tím, že zákonodárce zakotvil zásadu subsidiarity trestní represe do části věnující se základům trestní odpovědnosti (nikoli do výkladových ustanovení), a dále tím, že položil na bedra zákonodárci i orgánům činným v trestním řízení, aby trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené byly uplatňovány jen v případech skutečně společensky škodlivých, jasně vyjádřil svou vůli, a to, aby i nadále bylo obligatorně zjišťováno, jestli konkrétní jednání jednak naplňuje znaky skutkové podstaty daného trestného činu, ale také jestli dané chování vykazuje určitou společenskou škodlivost. Tedy zjednodušeně, jestli bylo naplněno to, co za předchozí úpravy bylo nazýváno materiálním znakem.

Tedy zásada subsidiarity trestní represe a z ní vyplývající princip ultima ratio má význam bezpochyby interpretační, neboť znamená praktickou realizaci obsahu právní normy, zároveň si zachovává význam aplikační, neboť aplikací se rozumí postup přibližující právo k individuální realitě. Pokud tedy orgán činný v trestním řízení shledá, že prověřované jednání osoby není společensky škodlivé (přestože po formální stránce byly naplněny znaky skutkové podstaty trestného činu), neboť bude správně interpretována daná norma, zákonitě musí dojít i k aplikaci zásady subsidiarity trestní represe a konstatování, že nebyl spáchán trestný čin, a tedy nebudou vyvozovány trestněprávní důsledky.

⁷⁰ podrobněji k tomu srov. FENYK: *Trestní zákoník a trestní řád...* str. 33 a 36- 41.

4 Zásada subsidiarity trestní represe v činnosti zákonodárce a orgánů činných v trestním řízení

4.1 Respektování zásady subsidiarity trestní represe českým zákonodárcem

Reálná trestní politika se podle názorů současných autorů pohybuje někde mezi dvěma extrémny, které spočívají v tom, co lidé očekávají ve spojitosti s funkcí trestního práva. Tyto body popsal ve svém článku soudce Ústavního soudu J. Musil jako:

- a) trestní právo je *všelék* na téměř všechny neduhy lidstva a je proto žádoucí jeho intervenci rozšiřovat na další oblasti regulace a kontroly společenských procesů;
- b) trestní právo je *zcela neúčinný a zbytečný nástroj*, který prý „*v zápase se zlem trapně selhává a který je proto třeba nahradit něčím jiným.*“⁷¹

V dnešní době probíhají neustále dva souběžné protikladné procesy- kriminalizace a dekriminalizace, tedy problém intenzity trestněprávní represe.⁷² Který z těchto směrů v konkrétní době převažuje, bude záležet na mnoha faktorech. Musil uvádí např. reálný stav kriminality (z pohledu kvantity a kvality), skutečný nebo i domnělý pocit ohrožení, vládnoucí ideologii, (ne)stabilitu společnosti, apod. Zákonodárce, jehož postoj k námi zkoumané zásadě je pro tuto kapitolu primární, se k těmto jevům může stavět různými způsoby, které bych (shodně s Musilem), opět vymezila pomocí krajních extrémů, a to jako

- a) *přepínání trestní represe*, které vede až k potlačování lidské svobody a iniciativy a dále k nárůstu společenských konfliktů, a je příznačné zejména pro totalitní režimy;
- b) *neefektivnost trestní represe* spočívající v přílišné liberaci, která v lidech odstraňuje zábranné mechanismy, ničí jejich právní povědomí a logicky vede k nárůstu kriminality.

Zcela logicky i v tomto případě je na zákonodárci, aby si vybral směr ležící opět někde uprostřed, a na momentální společenskou situaci reagoval adekvátním použitím trestní represe. Trestní právo totiž „... *na jedné straně sleduje bohulibý cíl omezit zločinnost, která přináší lidstvu utrpení, zároveň však trestní právo a potírání kriminality vyvolávají nežádoucí*

⁷¹ MUSIL, Jan. Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe? *Acta Universitatis Carolinae- iuridica*, 2007, č. 2, s. 25- 38.

⁷² *Kriminalizaci* se rozumí stanovení okruhu protisociálních jednání, která jsou trestními sankcemi postihována, *dekriminalizace* naopak spočívá v zužování rozsahu trestněprávně postihovaných deliktů.

*vedlejší negativní důsledky, které rovněž způsobují utrpení- jsou jimi např. justiční omyly, excesy a nezákonnost policejních a justičních orgánů, sekundární viktimizace obětí, zásahy do lidských práv a svobod, které se dotýkají nejen pachatelů, ale i nezúčastněných osob.*⁷³

Český zákonodárce se vydal ve stopách celosvětového trendu, tedy tzv. nové kriminalizace, která spočívá na zavádění nových skutkových podstat trestných činů do zvláštní části trestněprávního předpisu. Zákonodárce to zdůvodňuje celkovým vývojem technologických prostředků, změnou společenského života, novými bezpečnostními riziky, ekologickým ohrožením, atd. Za hlavní impulz pro zostřování trestní represe je pak (v celosvětovém měřítku) brán zvýšený výskyt mimořádně závažných forem kriminality.⁷⁴ Stejně jako v jiných zemích došlo i u nás ke konstruování tzv. předčasně dokonaných trestných činů, rozšiřování počtu tzv. abstraktních ohrožovacích deliktů a konstrukci nových skutkových podstat. Musil k tomuto poslednímu bodu dodává, že k zavádění nových trestných činů docházelo často chaoticky na základě zákonodárných iniciativ poslanců a bez předchozího ověření skutečné potřeby, stejně jako bez hlubší seriózní argumentace.

Na podporu tohoto tvrzení lze uvést následující: „*I když nový trestní zákoník z roku 2009 uvádí zásadu subsidiarity trestní represe jako základní zásadu v úvodních ustanoveních..., ve skutečnosti je založen na zpřísnění trestní represe ve srovnání s trestním zákonem z roku 1961.*“⁷⁵, dále autor uvádí argumenty, na základě kterých k uvedenému tvrzení dochází, „... *trestní zákoník z r. 2009 zavádí dlouhou řadu nových, zpravidla kazuistických skutkových podstat, ve kterých se postihují některá dosud netrestná jednání [srov. např. široce koncipované skutkové podstaty dotačního podvodu (§ 212) nebo neoprávněného přístupu k počítačovému systému nebo nosiči informací (§ 230)]“* Dále autor poukazuje na zostřování trestní represe stanovením nových znaků u již existujících skutkových podstat (u § 180 TrZ.- neoprávněné nakládání s osobními údaji), zavedení trestných činů, u kterých by stačil postih prostředky správního práva (§ 190 TrZ.- provozování prostituce v blízkosti školy nebo podobného zařízení) a zvýšení obecné horní hranice trestní sazby trestu odnětí svobody na dvacet let (z původních 15), u výjimečného trestu na dvacet až třicet (z původních patnácti až dvaceti). Toto zvýšení hranic trestní sazby trestu odnětí svobody je ve své podstatě zostřením trestní represe, neboť vede k nemožnosti uplatnit u jednotlivých trestných činů různé formy odklonů.

⁷³ KUNZ, Karl Ludwig. Souvislosti mezi kriminologií a kriminální politikou a jejich odlišnosti. *Právník*, 1997, č. 8, str. 679.

⁷⁴ organizovaná kriminalita, terorismus, ekologická ohrožení, atd.

⁷⁵ JELÍNEK: *Trestní zákoník a trestní řád...*

Shodně s Jelínkem vidí novou úpravu trestního zákoníku jako naprosto nerespektující zásadu subsidiarity trestní represe, princip *ultima ratio* a princip *in dubio pro libertate* i A. Nett. Tento autor kritizuje zejména to, že „... zákonodárce principu *ultima ratio* nedostál minimálně v tom směru, že kvalifikovaně a přesvědčivě nezdůvodnil, zda vůbec selhaly mimotrestněprávní prostředky, a pokud ano, zda je nezbytné využít trestněprávní ochrany objektů proti útokům pachatelů. Zcela pak pominul princip *in dubio pro libertate*: o uplatnění této zásady se nikde v důvodové zprávě nezmiňuje.“⁷⁶

Na tomto místě by bylo vhodné provést kompletní zhodnocení skutkových podstat zvláštní části trestního zákoníku, nicméně z důvodu omezeného prostoru této práce uvedu ve stručnosti jen pár případů, ve kterých spatřuji nejmarkantnější rozpor se zásadou subsidiarity trestní represe.

A/ § 211 TrZ.: Úvěrový podvod

V případě úvěrového podvodu není pochyb o tom, že se jedná o abstraktně ohrožovací delikt, neboť k trestnosti postačí uvedení nepravdivých nebo hrubě zkreslených údajů nebo zamlčení podstatných údajů. K naplnění skutkové podstaty podle odst. 1 tohoto ustanovení se nevyžaduje způsobení škody určitého rozsahu ani reálné ohrožení majetku. Proto ani úmysl pachatele nemusí k takovéto škodě směřovat.

Snahou zákonodárce zcela jistě bylo postihnout jednání, která vedou k podvodnému obohacení, já však v nedostatečně formulovaných podmínkách spatřuji právě ono přepínání trestní represe. Dokážu si představit případ, kdy dlužník poté, co bance poskytl nepravdivé informace (či nějaké podstatné údaje zamlčel), získal úvěr, který nyní bez jakýchkoliv prodlev, zcela řádně splácí. Stejně problematickým shledávám i odst. 2 tohoto ustanovení. Dle mého názoru není vždy namístě trestněprávně stíhat osobu, která použije prostředky získané účelovým úvěrem na jiné účely. Ani v této druhé skutkové podstatě totiž nespátřuji onu společenskou škodlivost činu.

Dle mého názoru by bylo vhodné do tohoto ustanovení zavést minimálně to, že povaha údajů, které byly zamlčeny nebo sděleny nepravdivě, musí být pro rozhodnutí o žádosti významná. Ve znění, v jakém je úvěrový podvod dnes kodifikován, je nutné vždy náležitě zvažovat společenskou škodlivost každého takového činu, zejména to, jak závažně byly narušeny zájmy chráněné trestním zákoníkem.

⁷⁶ NETT: *Ke změnám...*

Obdobný názor zaujímám i k podobně formulovaným skutkovým podstatám trestných činů **pojistného (§ 210 TrZ)** a **dotačního podvodu (§ 212 TrZ)**.

B/ § 228 odst. 2 TrZ.: Poškození cizí věci postříkáním, pomalováním či popsáním barvou

Tato skutková podstata byla v praxi již mnohokrát kritizována, zejména kvůli chybějícímu kritériu- výši způsobené škody. Neboť následováním formálního pojetí se pachatelem tohoto přečinu může stát každý, kdo např. nakreslí svému spolužákovi do sešitu obrázek, či mu tam napíše zprávu. Úmyslem zákonodárce zde bylo zřejmě postihnout závažná jednání sprejerství, u kterých se výše škody stanovuje s obtížemi, nicméně nevidím důvod, proč by se ta skutečně závažná jednání nemohla postihovat podle odstavce prvního, kdežto méně závažná jednání např. podle přestupkového zákona.

Podobný problém spatřuji i v dalším trestném činu, kterým je **poškození geodetického bodu** podle § 278 TrZ.

C/ § 358: Výtržnictví

V případě trestného činu výtržnictví spatřuji problém zejména ve vágnosti pojmů „hrubá neslušnost“ a „výtržnictví“, neboť absence jakýchkoliv interpretačních pravidel, která by tyto pojmy blíže vysvětlovala, způsobuje, že tento trestný čin není dostatečně odlišitelný od přestupku proti veřejnému pořádku podle § 47 a § 48 přestupkového zákona.

D/ § 184: Pomluva

Stejně jako u spousty dalších, i u tohoto trestného činu existuje souběžně s úpravou trestněprávní i úprava v zákoně o přestupcích. Pokud podle přestupkového zákona někdo ublíží na cti jinému tím, že ho urazí nebo vydá v posměch, může být potrestán pokutou až do výše 1000 Kč. V této souvislosti mě napadá otázka, do jaké míry je tedy nutné, aby toto jednání bylo zároveň postihováno i trestním právem? Dobrá pověst je sice jednou z mravních hodnot, které jsou chráněny mimo jiné čl. 10 Listiny základních práv a svobod, nicméně ochranu, která je těmto hodnotám poskytována prostředky jinými než trestněprávními, shledávám dostatečnou.

Problematickým se mi jeví i jeden ze znaků objektivní stránky trestného činu pomluvy, a to, že onen sdělený nepravdivý údaj musí být schopen ohrozit poškozeného ve značné míře. Přičemž hodnocení, jaká intenzita ohrožení se vyžaduje pro určení trestní odpovědnosti, se ponechává opět na bedrech orgánů činných v trestním řízení.

Pokud se jedná o nutnost zakotvení trestného činy pomluvy v našem trestním zákoníku, zastávám zcela stejný názor, jako vyjádřil před časem P. Šámal: „*Trestní právo by nemělo zasahovat do všech sfér života, ale jen tam, kde je to nezbytně nutné. A u pomluvy to nutné není.*“⁷⁷

Aby byla zachována objektivita a tato část práce nevyzněla jako pouhá kritika zákonodárce, bylo by vhodné zmínit i skutkové podstaty, které byly obsaženy v předešlé úpravě a v rámci rekodifikačních prací byly z trestněprávního kodexu odstraněny, stejně jako další úpravy, které mluví ve prospěch reflexe subsidiarity trestní represe. Jako velmi vhodnou shledávám proto absenci např. skutkové podstaty trestného činu **řízení motorového vozidla bez řidičského oprávnění (§ 180d TZ)**, **nedovolené výroby lihu (§ 194a TZ)**, nebo nové omezení formálním znakem (způsobení škody nikoli nepatrné) trestnosti u **pytláctví (§ 304 TrZ)**, zásadní omezení trestnosti přípravy trestných činů (srov. **§ 20TrZ**), rozšíření možnosti upuštění od potrestání na všechny přečiny (srov. **§ 46 a násl. TrZ**), rozšíření škály alternativních trestů (o domácí vězení podle **60 a 61 TrZ** a zákaz vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce podle **§ 76 a 77 TrZ**), atd.

F/ Závěr

Ze zásady subsidiarity trestní represe a v tomto případě i z principu „*in dubio pro favortate*“ vyplývá povinnost zákonodárce, aby přesvědčivými argumenty zdůvodnil nezbytnost kriminalizace a dosáhl tím většinového společenského konsensu s takovou kriminalizací. Z výše zmíněných případů ale vyplývá spíše iluze o všemocnosti trestního práva při řešení celospolečenských problémů. K demonstrativnímu výčtu skutkových podstat by se dalo přiřadit i několik dalších, které toliko odpovídají spíše povyšování typicky přestupkových jednání na trestné činy (např. **§ 274 TrZ.: ohrožení pod vlivem návykové látky-** bez nutnosti způsobit takovým jednáním škodu), nebo trestné činy z oblasti hospodářské kriminality.⁷⁸

Efektivní normotvorba by vždy měla být doprovázena úzkou reflexí na praxi, zpětnou vazbou mezi teoreticky zkonstruovanými a přijatými pravidly a poznatky z jejich následného využívání v reálném životě.⁷⁹ Nemyslím si, že samotné zpřísnování sankční politiky vede samo o sobě ke zlepšování situace v dodržování práva ze strany veřejnosti. Pokud se např.

⁷⁷ ŠÁMAL, Pavel. Trestním právem se má šetřit [online]. Lidovky.cz, 12. ledna 2009 [cit. 25. prosince 2012]. Dostupné na <http://lidovky.cz/trestnim-pravem-se-ma-setrit/In_noviny.asp?c=A090112_0000020_In_noviny_sko&klic=229457&mes=090112_0>.

⁷⁸ k tomu srov. NETT: *Ke změnám...*

⁷⁹ VONDRUŠKA, František. Ke vztahu správních a trestních sankcí. *Státní zastupitelství*, 2007, č. 07- 08, str. 18.

sebevyšší pokuta v praxi nevymůže, trest ztrácí svůj reálný obsah. Zákonodárce by měl mít na paměti, že v trestním řízení platí to, co o sankční politice obecně, a tedy, že důležitější než přesná sankce je důsledný postih.

Z uvedených případů je tedy patrné, že český zákonodárce, přestože tvrdí, že trestní zákoník je vystaven na zásadě subsidiarity trestní represe, zůstal toliko u pouhého prohlášení a neuvědomuje si, že trestněprávní řešení představuje „ultima ratio“, a sahá k represivnímu řešení i tam, kde není na místě.

4.2 Přístup k subsidiární úloze trestního práva soustavou státních zastupitelství

Z iniciativy Krajského státního zastupitelství v Plzni (a s ohledem na nejednotný přístup k uplatňování této zásady v praxi) vydalo Nejvyšší státní zastupitelství (dále již jen jako NSZ) 21. prosince 2011 sjednocující stanovisko k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe podle § 12 odst. 2 TrZ, které je základním zdrojem informací obsažených v této podkapitole.⁸⁰

NSZ se zaujetím tohoto stanoviska snažilo zejména podat uspokojivou odpověď na otázku, zdali materiální protiprávnost může či musí (případně v jakém rozsahu) být zvažována při uplatňování trestněprávní odpovědnosti za konkrétní spáchaný čin.

Ve stanovisku se objevují základní teoretické definice, ze kterých se při zaujímání stanoviska vycházelo, zejména, že základem trestní odpovědnosti je spáchání trestného činu, definice trestného činu tak, jak ji podává TrZ v § 13 odst. 1 a nová formulace zásady subsidiarity trestní represe podaná § 12 odst. 2 TrZ. NSZ ve stanovisku upozorňuje na rozdíl oproti úpravě minulé, kdy v trestním zákonu byl zahrnut materiální znak, který byl postaven na úroveň znaku formálního. Tento korektiv již bezprostřední složkou definice trestného činu podle § 13 odst. 1 TrZ nadále není, nelze jej tedy zkoumat podle týchž hledisek, nýbrž tvoří součást pojetí trestného činu v jeho širším významu. V současném pojetí vyjadřuje toliko spodní práh trestnosti činu, který je jinak popsán formálními znaky ve zvláštní části TrZ.

NSZ v dokumentu zdůrazňuje, že je nutné uvědomit si skutečný význam principu vyjádřeného v § 12 odst. 2 TrZ, zejména tedy že „...není definičním pojmem trestného činu ale ani, v pravém smyslu slova, výkladovým pravidlem, že jej tedy a priori nelze používat k výkladu každého trestného činu v podobě jakéhosi dalšího přístupujícího znaku ke konkrétní

⁸⁰ Stanovisko k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu (§12 odst. 2 trestního zákoníku), Nejvyšší státní zastupitelství, 1 SL 742/2011. Sběrka výkladových stanovisek Nejvyššího státního zastupitelství, Brno: 2011. dostupné také na <http://www.nsz.cz/index.php/cs/udaje-o-cinnosti-a-statisticke-udaje/rozhodovaci-a-metodicka-innost-nsz/vykladova-standoviska/309>

skutkové podstatě zformulované ve zvláštní části trestního zákoníku, ani s jeho pomocí vykládat tuto skutkovou podstatu.“⁸¹ Je zde upozorňováno na fakt, že nová právní úprava stojí především na formálním popisu konkrétních znaků trestného činu, které jsou uvedeny v jednotlivých skutkových podstatách, přičemž každá tato skutková podstata je definována „plnohodnotně, úplně, ve všech znacích a se všemi náležitostmi konkrétního trestného činu...“. Tímto tvrzením podle mého názoru NSZ říká, že není vhodný takový postup orgánů činných v trestním řízení, při kterém by se v každém konkrétním případě zkoumala společenská škodlivost činu, která by pak byla tím rozhodným prvkem pro pokračování v trestním stíhání. Podle stanoviska totiž společenská škodlivost je jako materiální protiprávnost implementována již v každé konkrétní skutkové podstatě, proto pokud určitým jednáním byly naplněny formální znaky skutkové podstaty, není zde pro uplatnění tohoto principu místo, resp. úvaha o menší škodlivosti jednání je z principu vyloučena.

S tímto názorem se v kontextu všeho výše uvedeného nemůžu ztotožnit. Chápu snahu zákonodárce vymezit zřetelně rozdíl mezi dřívější materiálně- formálním pojetím trestného činu oproti dnešnímu formálnímu, a také NSZ, které se tomuto záměru snaží svým stanoviskem přizpůsobit. Nicméně jak bylo popsáno v předchozích kapitolách, zásadu subsidiarity trestní represe shledávám jako premisu, která má změkčující funkci vůči formální definici trestného činu. Neboť přestože se TrZ tváří jako konstituován na ryze formálním pojetí, praxe zaujímá stanovisko, že se jedná toliko o formálně- materiální, formální s materiálním korektivem, nebo dokonce materializované pojetí trestného činu. Jedině tímto způsobem lze totiž předejít přílišné tvrdosti zákona, která by bez takového korektivu hrozila.

Stanovisko NSZ dále vidí v § 12 odst. 2 TrZ určité vodítko, které má pomoci orgánům činným v trestním řízení rozhodnout, zda dané jednání je trestněprávně postižitelné jako soudně trestný delikt, ale má se tak dít pouze v odůvodněném případě, v případě netypickém, ojedinělém a mimořádném, v takovém, který se vymyká obvyklému běžně se vyskytujícímu trestnému jednání, které zpravidla hraničí s jinou deliktní odpovědností, či je pochybnost, zda má být takové jednání vůbec sankcionováno. Zpravidla tedy „Každý protiprávní čin, který vykazuje znaky uvedené v trestním zákoníku, je trestným činem, tudíž jej zpravidla nebude možné považovat za čin, který není společensky škodlivý.“⁸²

Úvaha, že nejde o trestný čin (s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe) by tak byla možná pouze u takových jednání, která se pohybují při spodní hranici trestní

⁸¹ tamtéž

⁸² viz. Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 19. 1. 2011, sp. zn. 5 Tdo 17/2011.

odpovědnosti. Uplatnění zásady subsidiarity trestní represe podle NSZ je zcela vyloučeno, pokud skutek vykazuje znaky kvalifikované skutkové podstaty. Pokud však státní zástupce přece jen v některém ze zcela výjimečných případů shledá nedostatečnou škodlivost jednání, je mu stanoviskem nařízeno, aby trestní stíhání zastavil podle § 172 odst. 1 písm. b) trestního řádu, neboť skutek, pro který se trestní stíhání vede, není trestným činem, nebo věc postoupil jinému orgánu podle § 171 odst. 1 trestního řádu, či podle § 159a odst. 1 písm. a) nebo b) tuto věc odevzdal.

Vyjádřením, že aplikace zásady subsidiarity trestní represe v případě naplnění znaků kvalifikované skutkové podstaty není možná, NSZ reaguje na skutečnost, že z trestního zákoníku se vytratilo ustanovení, které by umožňovalo, resp. dovolovalo přesun z kvalifikované skutkové podstaty do základní v případě takového jednání, u kterého by byla konstatována nižší míra škodlivosti/nebezpečnosti činu pro společnost. Posouzení podle mírnější kvalifikace bylo za předchozí úpravy možné s odkazem na § 88 odst. 1 TZ. Otázkou je, zdali se jednalo o úmysl zákonodárce, či jen opomenutí. Tímto „vypuštěním“ podle mého názoru trestní zákoník neopouští v rovině základů trestní odpovědnosti prostor pro jakoukoli možnost vyhnout se ryze formálnímu přístupu. Tento krok shledávám poněkud problematickým. Za současného stavu je (v případě naplnění znaků kvalifikované skutkové podstaty) možno hodnotit nedostatečnou společenskou škodlivost nikoli v rámci posuzování trestněprávní odpovědnosti, tedy konstatování viny, ale využít tento korektiv v rámci druhé roviny, na kterou subsidiarita trestní represe dopadá, a tou je výměra sankce, tedy zvolit v konkrétním případě mírnější trest, který spíše odpovídá výměře trestu v základní skutkové podstatě, případně uplatnit některý z odklonů.⁸³

Pro názornější orientaci si můžeme tuto aplikaci ukázat na příkladu. 18ti letý mladík kouřící jointa marihuany dá z této cigarety potáhnout svému 14ti letému kamarádovi. Tímto kamarádským gestem mladík naplní znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu šíření toxikomanie podle § 287 odst. 3 TrZ. Jak bude v tomto případě postupovat státní zástupce? Dřívější úprava mu umožňovala odstranit tvrdost zákona již v rámci úvahy o vině a věc mohla být kvalifikovaná podle základní skutkové podstaty s ohledem na nízký stupeň nebezpečnosti činu, kde hrozil pachateli takového činu trest odnětí svobody až na tři léta nebo zákazem činnosti. Dnes státní zástupce nebude moci, dle výše uvedeného, zásadu subsidiarity trestní represe v takovém případě vůbec použít, neexistuje možnost, jak věc vyvést z trestního řízení, pachatel bude postaven před soud a čelit obviněním, za která mu

⁸³ RŮŽIČKA, ŠABATA: *Vybrané problémy...*str. 6.

hrozí trest odnětí svobody ve výši 2- 8 let. Jediný způsob, jak se vyhnout této tvrdosti zákona, je možnost státního zástupce uplatnit některý z odklonů.

4.3 Zásada subsidiarity trestní represe v rozhodnutích Ústavního a Nejvyššího soudu ČR

Přestože pojetí pomocné role trestního práva, ekonomie trestní hrozby a princip „ultima ratio“ se v dílech českých autorů objevuje už od počátku dvacátého století (jak je patrné z první kapitoly této práce), judikatura Ústavního a Nejvyššího soudu (stejně jako soudy nižšího stupně) klade důraz na uplatňování těchto postulátů ponejvíce v posledním desetiletí. F. Púry to ve svém příspěvku „Poznámky k pojetí trestního práva jako ultima ratio“ zdůvodňuje mimo jiné potřebu reagovat na nemalé snahy části podnikatelů řešit prostřednictvím trestního práva určité „nešvary a nepoctivosti“, které v předchozím období provázely podnikání v různých oborech. Určitou roli zde hraje i obtížnost vymahatelnosti práva v mimotrestních odvětvích (zejména v oblasti práva občanského a obchodního).⁸⁴

V souvislosti se stále přibývajícými případy některých majetkových trestných činů se jak Ústavní tak Nejvyšší soud ve své ustálené judikatuře opakovaně vyjadřují v tom smyslu, že trestní právo nemůže sloužit jako prostředek nahrazující ochranu práv a právních zájmů jednotlivce v oblasti soukromoprávních vztahů.

Podstatou jednoho z prvních rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 24. 1. 2001, sp. zn. **7 Tz 290/2000** je názor, že „*V daném případě... se veškerými provedenými důkazy obviněnému nepodařilo prokázat naplnění subjektivní stránky skutkové podstaty trestného činu podvodu. Celá záležitost se proto pohybovala výhradně v rovině vztahů občanskoprávních, přičemž 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.*“⁸⁵ V konkrétním případě byl obviněným z trestného činu podvodu dlužník, který ve smluvenou dobu nevrátil svému věřiteli půjčku peněz. Věřitel se snažil vymáhat svoji pohledávku prostředky mimotrestními, následně i v řízení občanskoprávním včetně exekučního. Když žádný z těchto pokusů nepřinesl kýžený výsledek, rozhodl se iniciovat trestní stíhání. Nejvyšším soudem byl

⁸⁴ PÚRY: *Poznámky k pojetí trestního práva...*

⁸⁵ usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 1. 2001 sp. zn. 7 Tz 290/2000, publikované pod č. T 38. ve svazku 2 Souboru rozhodnutí Nejvyššího soudu, vydávaného v nakladatelství C. H. Beck, Praha: 2001.

konstatován nedostatek obligatorního znaku skutkové podstaty- úmyslné zavinění, při jehož absenci nemůže jít o odpovědnost trestněprávní.

Podobně jako Nejvyšší soud, i Ústavní soud vycházel při použití zásady subsidiarity trestní represe jako „ultima ratio“ ze zásady zákonnosti. Oporu pro svá rozhodnutí nachází v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva, který se ve svých rozhodnutích (zejména **Kokkinakis vs. Řecko** a **Cantoni vs. Francie**) vychází ze zásady, že trestný čin může být definován jen zákonem a jen zákon za něj stanoví trest a zásady zákazu analogie v neprospěch pachatele.

Jedním z prvních rozhodnutí Ústavního soudu k této problematice je nálezn vydaný pod sp. zn. **IV. ÚS 564/2000**.⁸⁶ Ústavní soud se zabýval stížností stěžovatele, který byl obecnými soudy uznán vinným z trestného činu zpronevěry. Tohoto trestného činu se měl dopustit tím, že jisté společnosti (se kterou měl uzavřenou smlouvu o obchodním zastoupení), nevrátil peněžitou částku, kterou utržil za prodej cukru. Obecné soudy se dostatečně nezabývaly obchodněprávní stránkou věci, což byl důvod, pro který Ústavní soud shledal postup obecných soudů v rozporu s čl. 36 a násl. Listiny základních práv a svobod a se zásadou „in dubio pro reo“. Z obchodněprávního hlediska se jako podstatné jevílo, zdali smlouva mezi stěžovatelem a onou společností měla povahu kupní smlouvy nebo smlouvy o obchodním zastoupení. V prvním případě by totiž uvedené jednání vůbec nemohlo být klasifikováno jako trestný čin zpronevěry, v případě, že by se jednalo o smlouvu obchodněprávní, by bylo nutno zohlednit nároky stěžovatele na ponechání si určitého plnění jako provizi, resp. započtení pohledávky z titulu nároku na provizi proti jiné pohledávce, což by značně snížilo výši způsobené škody. Ústavní soud se však v tomto nálezu samotnou zásadou subsidiarity trestní represe příliš nezabýval, nicméně jistou souvislost dovozují z toho, že zde bylo orgánům činným v trestním řízení doporučeno, resp. jim byla uložena povinnost, aby před uplatněním trestní odpovědnosti zvažovaly aplikaci jiných, mimotrestních prostředků.

Podle jiného nálezu Ústavního soudu je třeba proti jednáním porušujícím práva vyplývající z občanskoprávních předpisů v prvé řadě brojit soukromoprávními prostředky. Při jejich nedostatečnosti uplatnit sankce správní, a teprve na posledním místě, jako ultima ratio, právo trestní.⁸⁷

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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 se týkal trestného činu porušování autorského práva, práv souvisejících s právem autorským a práv k databázi podle § 152 TrZ z roku 1961.

Rozhodnutím, které je považováno „precedenční“ a které se opakovaně objevuje v odůvodněních i obecných soudů, je náleží Ústavního soudu ze dne 23. 3. 2004, sp. zn. I. ÚS 4/04: „*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 nepřijatelné, aby prostředky trestní represe sloužily k uspokojování subjektivních práv soukromoprávní povahy, nejsou-li vedle toho splněny všechny předpoklady vzniku trestněprávní odpovědnosti, resp. nejsou-li tyto předpoklady zcela nezpochybnitelně zjištěny.*“⁸⁸ V této kauze se řešila problematika, do jaké míry má trestní právo poskytovat ochranu subjektivním právům jednotlivce spočívající především v soukromoprávní sféře. Ústavní soud zde dospěl ke stejnému názoru, jako v případě zmíněném výše, že trestní právo primárně slouží jako ochrana zájmů celospolečenských, nikoliv práv a zájmů jednotlivce, které navíc spočívají v rovině soukromoprávní, kde se ponejvíce uplatňuje princip „*vigilantibus iura*“.

Stejně tak i v dalším nálezu Ústavního soudu je opakovaně (a možná nadbytečně) zdůrazňován význam soukromoprávní povahy některých vztahů; „...je zcela nepřijatelná praxe, když se standardní civilní vztahy řeší na úkor jednoho z jejich účastníků prostředky trestního práva. Tímto způsobem totiž dochází k znerovnoprávnění osob v jejich vzájemných vztazích a k neúctě orgánů veřejné moci k rovnosti občanů, tedy k porušení čl. 1 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 Ústavy České republiky.“⁸⁹

Bylo by ale nesprávné domnívat se na základě výše citovaných vět, že trestní právo ochranu soukromým zájmům jednotlivce vůbec neposkytuje. Vždyť právě ochrana práv a oprávněných zájmů jednotlivce je jedním z účelů trestního práva. § 1 trestního zákona z r. 1961 dokonce vytyčil jako hlavní účel trestního zákona a trestní politiky právě ochranu zájmů společnosti, práva a oprávněné zájmy fyzických a právnických osob (společně

⁸⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 29. 4. 2004, sp. zn. IV. ÚS 469/2002, uveřejněn pod č. 61 ve sv. 33 Sb. nálezů a usn.

⁸⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 29. 4. 2004 sp. zn. IV. ÚS 469/02 publikovaný pod č. 61 ve svazku 33 Sbírký nálezů a usnesení Ústavního soudu.

s ústavním zřízením České republiky). Citované věty by dokonce na první pohled mohly budít zdání, že odkazují poškozeného s jeho nárokem „... *aby se svépomocí domáhal nápravy způsobené trestným činem v jiném než trestním řízení nebo dokonce mimoprávně, nebo jako by české trestní právo rozlišovalo mezi trestnými činy veřejnoprávními a soukromoprávními.*“, jak otevírá úvahu J. Fenyk v příspěvku O subsidiární úloze trestní represe a trestním právu jako prostředku „ultima ratio“ v novém českém trestním zákoníku.⁹⁰ Autor dále srovnává výše uvedené s právním systémem v Rakousku či Německu, kde se vedle nebo namísto žaloby ve veřejném zájmu uplatňuje i právo oběti trestného činu v trestním řízení vystupovat se svým žalobním právem, a záleží na samotném poškozeném, jestli si pro realizaci svého práva zvolí právě prostředek veřejnoprávní nebo soukromoprávní. Tuto možnost však český právní řád nezná.

Jistým nebezpečím by dále podle Fenyka mohla být nesprávná interpretace obou těchto rozhodnutí Ústavního soudu. Důsledkem nesprávného výkladu by mohl být rozpor se základním právem poškozeného na soudní a jinou ochranu podle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, který by ve své podstatě znamenal odepření jednotlivci domáhat se svých práv před nezávislým a nestranným soudem. Dle mého názoru tím autor ukazuje na nebezpečí nadužívání zásady subsidiarity trestní represe a nesprávného výkladu nálezů Ústavního soudu, které mohou být cíleně zaměřené na odrazování poškozených od uplatňování jejich práv v rámci trestního řízení, čím by bylo skutečně možno dostat se až do roviny protiústavní.

Jako určité uklidnění a rozehnutí obav nad výše zmíněnou myšlenkou se může jevit další rozhodnutí Nejvyššího soudu. Ten zde zdůraznil, že ani zásada subsidiarity trestní represe nevyklučuje spáchání trestného činu v případě závažného porušení smluvních povinností, které by bylo možno sankcionovat i prostředky odlišnými od těch trestněprávních. V usnesení ze dne 21. 12. 2005 sp. zn. **5 Tdo 1535/2005** Nejvyšší soud 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 § tr. zákona je tedy možné použití prostředků trestní represe k ochraně uspokojování subjektivních práv soukromé povahy.*“⁹¹

⁹⁰ FENYK, Jaroslav. O subsidiární úloze trestní represe a trestním právu jako prostředku „ultima ratio“ nejen v novém českém trestním zákoníku. In VANDUCHOVÁ, Marie, Hořák, Jaromír a kol. *Na křižovatkách práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, str. 105.

⁹¹ usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 12. 2005 sp. zn. 5 Tdo 1535/2005, publikované pod č. T 860. v sešitu 22 Souboru trestních rozhodnutí Nejvyššího soudu, vydávaného v Nakladatelství C. H. Beck, Praha, 2006.

Ústavní soud totiž činí rozdíl mezi civilním právem v širším slova smyslu (soukromoprávní vztahy) a trestním právem, proto nelze poskytovat prostředky trestního práva na ochranu těm soukromoprávním vztahům, které nemají povahu trestného činu. Naopak v případě, že takové znaky skutkové podstaty zjištěny jsou, tato ochrana být poskytnuta musí.

Vzhledem k provedené rekodifikaci trestního práva by bylo vhodné zmínit zde soudní rozhodnutí z nedávné doby, z kterého je patrný určitý posun od materiálního k formálně-materiálnímu pojetí trestného činu. Nejvyšší soud ve svém usnesení ze dne 1. 9. 2010 sp. zn. **7 To 333/2010** zdůrazňuje, „...že podle nového trestního zákoníku, který nabyl účinnosti dnem 1. 1. 2010 a podle něhož byly posuzovány činy obviněného, je trestným činem obecně protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně (§ 13 odst. 1 tr. zákoníku). Společenská škodlivost ovšem není zákonným znakem trestného činu, protože má význam jen jako jedno z hledisek pro uplatňování zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku. Trestní zákoník nevymezuje žádná hlediska pro stanovení konkrétní míry či stupně společenské škodlivosti činu, který se má považovat za trestný čin. Zásadně tedy platí, že každý protiprávní čin, který vykazuje všechny znaky uvedené v trestním zákoníku, je trestným činem, a proto ho obecně nelze považovat za čin, který není společensky škodlivý. Opačný závěr v podobě konstatování nedostatečné společenské škodlivosti činu by bylo možné učinit jen zcela výjimečně v případech, v nichž z určitých závažných důvodů není vhodné uplatňovat trestní represí, a pokud posuzovaný čin svou závažností neodpovídá ani těm nejlehčím, běžně se vyskytujícím trestným činům dané právní kvalifikace.“⁹² Příklad se týkal obvinění z přečinu porušení autorského práva a práv souvisejících s právem autorským a práv k databázi podle § 270 odst. 1 TrZ. Ze skutkových okolností Nejvyšší soud dovodil vybočení činu obviněného z rámce běžných soukromoprávních vztahů, neboť se dotkl relativně širokého okruhu nositelů chráněných autorských a souvisejících práv, takže bylo nezbytné reagovat na něj prostředky trestněprávní represe. V případě obviněného Nejvyšší soud neshledal nic výjimečného, co by vylučovalo možnost použít proti němu trestní represí. Dále Nejvyšší soud ve svém odůvodnění odkázal na svou ustálenou judikaturu, když znovu konstatoval, že „... ani zásada subsidiarity trestní represe a pojetí trestního práva jako ultima ratio nevylučují spáchání trestného činu a uložení trestu v případě závažného porušení určitých povinností, které lze sankcionovat i mimotrestními prostředky, protože trestní zákoník chrání též soukromé zájmy

⁹² Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 19. 1. 2011, sp. zn. 5 Tdo 17/2011.

*fyzických a právnických osob.*⁹³ Tento názor Nejvyššího soudu lze vykládat tak, že s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe, o trestný čin nepůjde jen ve skutečně výjimečných případech, a to u těch jednání, která se budou pohybovat na hranici trestní odpovědnosti.

Z dalších rozhodnutí Nejvyššího soudu: „...*zásada trestní represe jako ultima ratio ochrany vztahů se soukromoprávním základem nemá být uplatňována tak široce, aby to prakticky vedlo k negaci použití prostředků trestního práva jako nástroje k ochraně majetku, závazkových vztahů apod.*“⁹⁴

Je třeba podotknout, že přestože se soudy touto problematikou zabývají opakovaně a ve svých rozhodnutích odkazují na rozhodnutí dřívější, z výpovědí obviněných často vyznívá naprosté nepochopení zásady subsidiarity trestní represe. Otázkou je, do jaké míry je to zapříčiněno skutečným nepochopením tohoto postulátu, a do jaké míry se jedná o někdy zoufalou snahu právních zástupců vznášet pouze formální argumenty na obhajobu svých klientů. Na druhou stranu v praxi stále dochází k jevu, kdy orgány činné v trestním řízení jsou vtahovány do ryze obchodně či občanskoprávních vztahů (trestní oznámení korporací, které se zabývají půjčováním peněz na své dlužníky- neplatiče, vyřizování obchodních sporů, apod.).

Dalším z poměrně nedávných rozhodnutí, které by na tomto místě měly být zmíněny, je usnesení **NS sp. zn. 8 Tdo 112/2011** ze dne 16. 2. 2011, které se týkalo přečinu nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními látkami, a ve kterém Nejvyšší soud úspěšně uplatnil zásadu subsidiarity trestní represe, když odmítl dovolání nejvyšší státní zástupkyně. „*Třebaže zákonodárce nestanovil žádnou dolní, minimální hranici množství omamné či psychotropní látky relevantní z hlediska naplnění znaků přečinu podle § 283 odst. 1 tr. zák. a nekvantifikoval obdobně ani rozsah spáchání činu, neznamená to, že každé neoprávněné nakládání byť se sebemenším množstvím takové látky bude nezbytné posoudit jako tento přečin. Relevantně je třeba přihlížet především k druhu konkrétní omamné a psychotropní látky, její kvalitě vyjádřené množstvím účinné látky, intenzitě újmy, která hrozila a která nastala, k délce neoprávněné manipulace, pohnutce činu, případně jakou odměnu za ni pachatel získal, apod. Vždy je tedy nezbytné posuzovat konkrétní okolnosti*

⁹³ srov. usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 12. 2005, sp. zn. 5 Tdo 1535/2005, publikované pod č. T 860. v sešitě 22 Souboru trestních rozhodnutí Nejvyššího soudu, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2006, dále usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 23. 7. 2008, sp. zn. 5 Tdo 769/2008, publikované pod č. T 1134. v sešitě 50 Souboru trestních rozhodnutí Nejvyššího soudu, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2008, a usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 12. 2008, sp. zn. 4 Tz 91/2008, publikované pod č. T 1151. v sešitě 51 Souboru trestních rozhodnutí Nejvyššího soudu, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2009

⁹⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 8. 9. 2010, sp. zn. 8 Tdo 1035/2010.

případu z hlediska povahy a závažnosti trestného činu ve smyslu kritérií § 39 odst. 1, 2 tr. zák. a jeho společenskou škodlivost se zřetelem na zásadu subsidiarity trestní represe, jak je vyjádřena v ustanovení § 12 odst. 2 tr. zák.⁹⁵, k samotnému meritu věci Nejvyšší soud pronesl: „...aniž by dovolací soud jednání obviněných zamýšlel jakkoliv bagatelizovat, se zřetelem k popsáním konkrétním okolnostem případu soudu obou stupňů opodstatněně uzavřely, že byť čin vykazuje zákonné znaky přečinu podle § 283 odst. 1 tr. zák., nedosahuje potřebné míry společenské škodlivosti z hlediska spodní hranice trestní odpovědnosti, v důsledku čehož jej nelze posoudit jako trestný čin.“⁹⁶ Nejvyšší soud pak s ohledem na vše řečené zhodnotil kladně postup soudu, který věc předal správnímu orgánu k posouzení, zdali nebyl spáchán přestupek.

Dle mého názoru je třeba všechna soudní rozhodnutí vnímat a vykládat ve správném kontextu. Ústavní soud shodně s Nejvyšším soudem zdůrazňuje pomocnou úlohu trestní represe, zároveň ale v některých z pozdějších rozhodnutí⁹⁷ akcentují na formální povahu trestného činu, tedy pokud některé jednání naplňuje po formální stránce všechny znaky skutkové podstaty trestného činu tak, jak jsou stanoveny zákonem, obecně takové jednání nelze považovat za čin, který by nebyl dostatečně škodlivý. Osobně tuto interpretaci subsidiarity trestní represe chápu jako svým způsobem alibistické řešení, kterým se zejména Nejvyšší soud v těchto případech snaží přesunout těžiště aplikace korektivu plynoucího z § 12 odst. 2 TrZ. do oblasti legislativní. Přestože je totiž judikaturou zdůrazňována rovnost zásad trestního práva hmotného, v tomto přístupu spatřuji spíš znatelné upřednostňování zásady zákonnosti nad zásadou subsidiarity trestní represe, které, obávám se, vede k přílišnému formalismu. A jak bylo řečeno prof. Olšarem, „Formálním způsobem poznávání nemůžeme nikdy pochopit smysl obsahu právní normy.“⁹⁸

Novější příklady z rozhodovací činnosti Ústavního i Nejvyššího soudu mě nicméně přivádí k myšlence, že tento strohý formalismus v rozhodnutích soustavy soudů, je a snad i bude pouhou výjimkou. Naše společnost, byť je již několik let proklamována změna přechodu na formální pojetí, není na tuto čistě formální koncepci zatím připravena. Zejména v činnosti legislativní spatřuji nedostatečné „podhoubí“ pro to, aby konkrétní jednání mohlo být posuzováno pouze z pohledu naplnění formálních znaků skutkové podstaty.

⁹⁵ usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 2. 2011, sp. zn. 8 Tdo 112/2011

⁹⁶ tamtéž

⁹⁷ např. Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 19. 1. 2011, sp. zn. 5 Tdo 17/2011.

⁹⁸ Olšar, E.: Studie o protiprávnosti (se zvláštním zřetelem k právu trestnímu). Česká akademie věd a umění, Praha 1940, s. 42.

5 Závěr

Tato práce si kladla za cíl přinést ucelený pohled na zásadu subsidiarity trestní represe, na její historický vývoj, na současnou podobu, kritéria, podle kterých je určována a na základě kterých je aplikována a poskytnout náhled na to, do jaké míry je v současném trestním zákoníku tato zásada skutečně respektována. Troufám si tvrdit, že tohoto cíle bylo, alespoň pro účely diplomové práce, dosaženo. Tato problematika by si jistě zasloužila hlubší studium a větší prostor, neboť již v průběhu jejího psaní se vynořovaly dílčí aspekty, které by si jistě zasloužily větší pozornost a pro komplexnější zhodnocení by jistě byly přínosné, avšak rozsah práce se ukázal pro tyto aspekty jako limitující.

V rámci historického exkurzu bylo dokázáno, že problematika subsidiární povahy trestního práva je aktuální už po dlouhá desetiletí. Na skutečnost, že trestní právo má k dispozici ty nejcitelnější sankce a nejpřísnější prostředky, kterými se má šetřit a přednostně využívat prostředky jiných právních odvětví, je-li to možné, upozorňují čeští autoři již na počátku dvacátého století. V úvahách těchto teoretiků se zároveň začíná objevovat i dvojitý dopad zásady subsidiarity trestní represe, tedy že tato zásada má sloužit jako určité vodítko při konstruování skutkových podstat trestných činů **zákonodárci**, a to tak, aby za trestná byla považována skutečně jen ta jednání, která jsou pro společnost škodlivá (nebezpečná) a které nestačí postihovat podle jiných právních předpisů. Druhou cílovou skupinou, na kterou má zásada subsidiarity trestní represe dopad, jsou pak **orgány činné v trestním řízení**, a to jak policejní orgán, tak státní zástupce a soud. Je důležité si uvědomit, že přestože dnešní právní úprava stojí na formální definici trestného činu (tedy že za trestné je považováno takové jednání, které po formální stránce naplní všechny znaky skutkové podstaty), nelze vypustit z aplikační praxe požadavek, aby přístup k trestnímu právu jakožto ultima ratio byl reflektován i orgány činnými v trestním řízení. Byť to pravděpodobně bylo úmyslem nové právní úpravy, v praxi je dle mého názoru a dle závěrů plynoucích z jednotlivých kapitol neudržitelný požadavek, aby nedostatečná společenská škodlivost (jako znak tzv. materiální protiprávnosti) byla akceptována toliko v rovině legislativní, a policii, státnímu zástupci a soudci byla znemožněna (nebo učiněna výjimečnou) možnost konstatovat nedostatečnou škodlivost činu a tím dojít k závěru, že nebyl spáchán trestný čin, případně věc vyvést z trestního řízení, postihnout podle jiných právních předpisů nebo vůbec nepostihnout.

Dále bylo v práci ukázáno, že praxe používá zásadu subsidiarity trestní represe dvojitým způsobem. Jednak je v souladu s ní určována **trestněprávní odpovědnost**, dále je tato zásada využívána (a kritérium škodlivosti činu) zvažována při **ukládání trestu**. Tato práce se zabývá

převážně využitím zásady v otázce určování viny, úvahy o použitelnosti při ukládání trestu musely být pro omezený rozsah práce vypuštěny. Přestože bylo v práci pracováno s kritérii uzákoněnými v § 38 odst. 2 TrZ (kapitola 3. 2.) jako kritérii, která jsou zvažována při určování společenské škodlivosti činu, z bližšího rozboru těchto kritérií vyplývá, že jejich použitelnost je primárně textem zákona připoutána k ukládání trestněprávních sankcí, což zákonodárce zdůrazňuje i odlišnou terminologií. V § 38 odst. 2 TrZ se pracuje s pojmem závažnost činu, kdežto v § 12 odst. 2 TrZ se mluví o škodlivosti. Proto by tato kritéria při uplatňování trestněprávní odpovědnosti neměla být aplikována zcela shodně, ale mělo by (zejména ke kritériím osoby pachatele, pohnutky, motivu, atd.) k jejich zvažování být přistupováno odlišně.

V práci byl dán poměrně velký prostor pro srovnání předešlé a nové právní úpravy, a to zejména v části zabývající se kritériem společenské škodlivosti (kapitola 3. 2.) a významem zásady subsidiarity trestní represe k pojetí trestného činu (kapitola 3. 3.). Na těchto kapitolách lze nejnázorněji ukázat rozdíl v legislativním přístupu k protiprávnosti v obou kodexech. Zatímco zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon stál na materiálně- formálním pojetí trestného činu a k trestnosti zkoumaného jednání bylo zapotřebí naplnit nejen znak formální (jednání neplnilo znaky stanovené zákonem), ale zároveň i materiální (určitý stupeň společenské nebezpečnosti činu), nová právní úprava dává přednost formálnímu pojetí trestného činu, tedy za trestné je třeba považovat každé jednání, které naplní znaky stanovené zákonem. Takovéto pojetí podle tvůrců zákona nejlépe odpovídá logice trestního práva (spočívající v tom, že se řízení např. pro méně závažné výtržnictví zastaví, než aby bylo již předem považováno za trestný čin) a je srovnatelné s kodexy jiných demokratických evropských států. Avšak ještě před platností zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, se objevily snahy tuto přílišnou přísnost nějakým způsobem změkčit a vyhnout se přespřílišnému formalismu. Těmto legislativním snahám se věnuji v kapitole 3. 3. 1. Výsledkem rekodifikačních snažení pak bylo zakotvení do trestního zákoníku právě zásady subsidiarity trestní represe jako významného interpretačního pravidla, tak jak ji známe z dnešního znění v § 12 odst. 2 TrZ. Protože protiprávnost ve smyslu trestního zákoníku není jen formální protiprávností, neboť zdůrazněním, že trestný čin je jednání formálně protiprávní, nevyjádříme přesně jeho podstatu, ani nezjistíme důvod jeho trestnosti. Proto je zapotřebí zohledňovat i nadále protiprávnost materiální, která se zmíněnou zásadou úzce souvisí a dovoluje, aby trestní odpovědnost a trestněprávní důsledky s ní spojené byly uplatňovány skutečně jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného

právního předpisu (§ 12 odst. 2 TrZ). J. Jelínek toto pojetí označuje za tzv. *materializované formální pojetí*.⁹⁹

Poslední kapitola se věnovala reflexi zásady subsidiarity trestní represe v činnosti zákonodárce a orgánů činných v trestním řízení. V činnosti zákonodárce jsem srovnáním vybraných skutkových podstat v předcházející a nové právní úpravě došla k názoru, že přestože se trestní zákoník tváří jako vybudován na zásadě subsidiarity trestní represe, z jeho jednotlivých částí vyznívá pravý opak. Novou kodifikací došlo k zosvětlení trestní represe, kterou spatřuji zejména v **zavedení řady nových**, zpravidla kazuistických **skutkových podstat** (např. § 212- TrZ dotační podvod, § 230- TrZ neoprávněný přístup k počítačovému systému nebo nosiči informací, § 228 odst. 2 TrZ- poškození věci postříkáním, pomalováním či popsáním barvou), ve stanovení **nových znaků u již existujících skutkových podstat** (např. u § 180 TrZ- neoprávněné nakládání s osobními údaji), **zavedení trestných činů, u kterých by stačil postih prostředky správního práva** (§ 190 TrZ- provozování prostituce v blízkosti školy nebo podobného zařízení), a konečně **zvýšení horní hranice trestní sazby odnětí svobody** (u obecné z 15 na 20 let, u výjimečného trestu z 15- 20 na 20- 30). Z výše uvedených případů číší nerespektování zásady subsidiarity trestní represe zákonodárcem, které dle mého názoru lze nazvat legislativním optimismem.

Při zkoumání, do jaké míry je zásada subsidiarity trestní represe respektována v činnosti státního zástupce, jsem vycházela zejména z výkladového stanoviska NSZ k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu. Ve stanovisku je zdůrazněn rozdíl oproti úpravě minulé, kdy součástí definice trestného činu byl i materiální znak. Je zde upozorňováno na skutečnost, že materiální protiprávnost již součástí definice trestného činu není, trestný čin stojí na formálních znacích protiprávnosti, a je proto třeba stíhat každé jednání, které ve svém součtu naplní všechny znaky skutkové podstaty tak, jak jsou vyžadovány zákonem. Konstatování, že se nejedná o trestný čin, neboť míra společenské škodlivosti takového jednání je nepatrná, má být, dle NSZ spíše jevem výjimečným, objevujícím se ve skutečně odůvodnitelných a mimořádných případech. Osobně se neztotožňuji s tímto přístupem NSZ, neboť jak bylo v práci mnohokrát zmíněno, zásada subsidiarity trestní represe a zejména její kritérium- společenská škodlivost má stále v aplikační praxi velký význam, a to i přesto, že není součástí legální definice trestného činu, a je třeba jej zohledňovat nejen při konstruování skutkových podstat.

⁹⁹ JELÍNEK: K pojmu trestného činu...

V poslední části práce jsem se zabývala judikaturou Ústavního a Nejvyššího soudu, v jejichž rozhodnutích lze aplikaci zásady subsidiarity trestní represe nalézt ještě dávno před tím, než došlo k přijetí nového trestního zákoníku. Z rozhodovací praxe obou soudů je znát upozorňování na přepínání trestní represe. Z nálezů především Ústavního soudu mnohokrát zaznívalo, že „*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.*“¹⁰⁰

V posledních letech se sice objevilo i pár rozhodnutí, která reagují na změnu pojetí trestného činu v podobném duchu jako NSZ, tedy že v zásadě nelze čin, který naplňuje znaky uvedené v zákoně, považovat za společensky neškodlivý, neboť zákonodárcem je určitá míra společenské škodlivosti zhmotněna právě v dané skutkové podstatě, ale řekla bych, že to jsou rozhodnutí spíše výjimečná. Praxe si podle mě uvědomuje, že přestože byla přijata nová právní úprava, jejímž cílem bylo způsobit jakousi revoluci v otázkách trestněprávní odpovědnosti (nejspíš odlehčit orgánům činným v trestním řízení zúžením jejich sféry působnosti v otázce posuzování společenské škodlivosti činu), ve skutečnosti se nahrazením společenské nebezpečnosti škodlivostí a materiálně-formálního pojetí pojetím formálním (s hmotněprávním korektivem), zas tak moc nezměnilo. Což je dle mého názoru dobře, neboť jak už bylo výše řečeno, zásada subsidiarity trestní represe je zásadou, která tvoří opěrný systém trestního práva hmotného, a jako taková nesmí podléhat ekonomickým, politickým ani společenským změnám, a je třeba k ní přihlédnout nejen při kriminalizaci, ale i aplikační praxi.

¹⁰⁰ nález ze dne 29. 4. 2004, sp. zn. IV. ÚS 469/2002, uveřejněný pod č. 61 ve sv. 33 Sb. nál a usn.

Seznam použitých zdrojů

Monografie

- PRUŠÁK, Josef. *Kriminální noetika*. Praha: Sborník věd právních a státních, 1904. 238 s.
- MILOTA, Albert. *Reforma trestního zákona v Československu*. Bratislava: Právnická Jednota na Slovensku, 1934. 214 s.
- OLŠAR, Erich. *Příspěvek k nauce o vině*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1936. 164 s.
- OLŠAR, Erich. *Studie o protiprávnosti (se zvláštním zřetelem k právu trestnímu)*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1940. Rozpravy České akademie věd a umění. 126 s.
- NEZKUSIL, Jiří. *K problematice diferenciaci podmínek trestní odpovědnosti*. Praha: Univerzita Karlova, 1990. 321 s.
- SOLNAŘ, Vladimír. *Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972. 955 s.

Učebnicové zdroje

- JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné*. 2. vydání. Praha: Leges, 2010. 912 s.
- JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část*. 3. vydání. Praha: Linde, 2008. 475 S.
- ČIČ, Milan a kol. *Trestní právo hmotné*. Praha: Panorama, 1984. s 294.
- KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Kurs trestního práva: trestní právo hmotné: obecná část*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. 797 s.
- KRATOCHVÍL, Vladimír. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 3. přeprac. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univ., 2002. 571 s.
- MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné, Část obecná*. Praha: Všehrd, 1932. 414 s.
- NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, M., ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010, 583 s.
- SOLNAŘ, V., FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D., VANDUCHOVÁ M. *Systém českého trestního práva*. 1. vydání. Praha: Novatrix, 2009. 157, 502, 283 s.
- NOVOTNÝ, František, SOUČEK, Josef a kol. *Trestní právo hmotné*. 3. rozšířené vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2010, 555 s.

- FILIPOVSKÝ, Jan, TOLAR, Jan, DOLENSKÝ, Adolf. *O obecné části trestního zákona*. Praha: Orbis, 1951, 305 s.
- NOVOTNÝ, Oto, DOLENSKÝ, Adolf, GRIVNA, Tomáš. *Trestní právo hmotné – I. Obecná část*. 5., jubilejní, zcela přepracované vydání. Praha: ASPI, 2007. 555 s.

Komentářová literatura

- JELÍNEK, Jiří et al. *Trestní zákoník a trestní řád: s poznámkami a judikaturou*. 3. vydání. Praha: Leges, 2012. 1280 s. (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku)
- ŠÁMAL, Pavel et al. *Trestní zákoník: komentář. I, §1-139*. Praha: C.H.Beck, 2012. 1287 s. (§ 12 trestního zákoníku)
- ŠÁMAL, Pavel et al. *Trestní zákoník: komentář. II, §140-421*. Praha: C.H.Beck, 2010. 2011 s.
- FENYK, J. et al. *Trestní zákoník a trestní řád: průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou*. Praha: Linde, 2010. 2 sv. 1317, 1184 s.
- ŠÁMAL, Pavel. *Osnova trestního zákoníku 2004-2006*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006. 399 s.

Články z odborných periodik

- KORBEL, František. Rekodifikace trestního práva hmotného. *Státní zastupitelství*, 2007, č. 12, s. 28- 32.
- MUSIL, Jan. Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe? *Acta Universitatis Carolinae- iuridica* 2, 2007, č. 2, s. 25- 38.
- NETT, A. Ke změnám trestního práva na úseku hospodářské trestné činnosti a k zásadě ultima ratio. *Bulletin advokacie*, 2009, č. 10, s. 77-81.
- KUNZ, Karl Ludwig. Souvislosti mezi kriminologií a kriminální politikou a jejich odlišnosti. *Právník*, č. 8/1997, s. 673-692.
- NEZKUSIL, Jiří. K zásadě zákonnosti a subsidiarity trestního práva. *Trestní právo*, 2010, č. 1, s. 3-16.
- ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník a naplňování funkcí a základních zásad trestního práva hmotného. *Bulletin advokacie*, 2009, č. 10, s. 19- 25.
- ŠÁMAL, Pavel. K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5, s. 129-136.

- ŠÁMAL, Pavel. K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku. *Právní rozhledy*, 2007, č. 17, s. 637-642.
- PIPEK, Jiří. K pojmu trestného činu v návrhu trestního zákoníku. *Právník*, 2007, č. 9, s. 1036-1046.
- RŮŽIČKA, Miroslav, ŠABATA, Karel. Vybrané praktické problémy obecné části nového tr. zákoníku. *Státní zastupitelství*, 2009, č. 11, s. 4- 10.
- CÍSAŘOVÁ, Dagmar. Krátké zamyšlení nad teorií a praxí zákona č. 40/2009 Sb. *Trestní právo*, 2010, č. 3, s. 4- 9.
- NOVOTNÝ, Oto. Znovu k návrhu nového trestního kodexu. *Trestní právo*, 2005, č. 3, s. 2- 8.
- VONDRUŠKA, František. Ke vztahu správních a trestních sankcí. *Státní zastupitelství*, 2007, č. 07- 08, s. 19- 27.

Sborníkové příspěvky

- FENYK, Jaroslav. O subsidiární úloze trestní represe a trestním právem jako prostředku „ultima ratio“ nejen v novém českém trestním zákoníku. In *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011. s. 81-108.
- PŮRY, František. Poznámky k pojetí trestního práva jako „ultima ratio“. In *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008. s. 252-264.
- KRATOCHVÍL, Vladimír. Poznámky k legální definici trestného činu v osnově trestního zákoníku 2006. IN GŘIVNA, Tomáš, VANDUCHOVÁ, Marie (ed). *Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného, Acta universitatis carolinae iuridica*. 2007, č. 2. Praha: Karolinum, s. 43- 55.
- JELÍNEK, Jiří. K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku. IN JELÍNEK, Jiří (ed.) *O novém trestním zákoníku. Sborník příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké právnické dny*. Praha: Leges, 2009, s. 20- 30.

Právní předpisy

- Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 86/1950 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

Judikatura

- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 2. 6. 2005, sp. zn. IV. ÚS 469/2004.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 8. 11. 2001, sp. zn. IV. ÚS 564/2000.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 12. 10. 2006, sp. zn. I. ÚS 69/2006.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 29. 4. 2004, sp. zn. IV. ÚS 469/2002.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 19. 1. 2011, sp. zn. 5 Tdo 17/2011.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 1. 2001, sp. zn. 7 Tz 290/2000
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 12. 2005, sp. zn. 5 Tdo 1535/2005.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 19. 1. 2011, sp. zn. 5 Tdo 17/2011.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 23. 7. 2008, sp. zn. 5 Tdo 769/2008.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 12. 2008, sp. zn. 4 Tz 91/2008.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 8. 9. 2010, sp. zn. 8 Tdo 1035/2010.
- usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 2. 2011, sp. zn. 8 Tdo 112/2011

Elektronické a ostatní zdroje

- Důvodová zpráva k návrhu nového trestního zákoníku (zákon č. 40/2009 Sb.). Část první. Obecná část, hlava II. ze dne 25. 2. 2008. Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR, 2008, tisk č. 410/0. ASPI ID: LIT31872CZ[online]trestnizakonik.cz [cit. 29. prosince 2012]. Dostupné na <http://trestnizakonik.cz/navrh/duvodova-zprava.html#sdfootnote1sym>
- Důvodová zpráva k zákonu č. 140/1961 Sb., trestní zákon.
- Výkladové stanovisko nejvyššího státního zástupce k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku). Poř. č. 5/2011 Sbirka výkladových stanovisek Nejvyššího státního zastupitelství.
- NALUS: Vyhledávání rozhodnutí ústavního soudu [online]. [cit. 2012-12-29].

- ŠUNGMAN, K., JAGER, M., PERŠAK, N., FILIPČIČ K. *Systémy trestní justice v Evropě a Severní Americe, Slovinska*. Kriminologický institut, Praha 2005, str. 17. Dostupné na <<http://www.ok.cz/iksp/docs/310.pdf>>.
- ŠÁMAL, Pavel. Trestním právem se má šetřit [online]. Lidovky.cz, 12. ledna 2009 [cit. 25. prosince 2012]. Dostupné na < http://lidovky.cz/trestnim-pravem-se-ma-setrit/In_noviny.asp?c=A090112_0000020_In_noviny_sko&klic=229457&mes=090112_0>.

Abstrakt

Zásada subsidiarity je bezpochyby jednou ze základních zásad, na kterých stojí trestní právo hmotné. Přestože byla do zákonné podoby převedena až novým právním kodexem (zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník), zmínky o její existenci nacházíme již v pracích trestněprávních teoretiků na počátku dvacátého století, stejně jako v rozhodovací činnosti soudů. Ve své podstatě má zásady subsidiarity trestní represe (stejně jako princip „ultima ratio“ z ní vyplývající) význam v první řadě pro zákonodárce, který je povinen stanovit rozsah kriminalizace v souladu s touto premisou, v neposlední řadě se má odrážet i v činnosti orgánů činných v trestním řízení, které trestní právo aplikují. Zásada subsidiarity trestní represe doplňuje jako materiální korektiv formální definici trestného činu (§ 13 odst. 1 TrZ.), když stanoví, že 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 (§ 12 odst. 2 TrZ). Vyjadřuje tím základní myšlenku, a to, že trestní právo má být prostředkem poslední instance, „ultima ratio“, neboť je tím nejpřísnějším prostředkem, který mám stát k dispozici pro ochranu určitých společenských zájmů, a jako s takovým by s ním mělo být nakládáno zdrženlivě, uvážlivě, mělo by přijít na řadu v případech jednání skutečně společensky škodlivých, kdy prostředky jiných právních odvětví selžou, nebo se ukáží jako neúčinné.

Kromě obecného vymezení zásady subsidiarity trestní represe v historickoprávním kontextu si tato práce klade za cíl přinést ucelený pohled na tento postulát, aby čtenář byl schopen zhodnotit, do jaké míry nový trestněprávní předpis tuto zásadu respektuje, stejně tak jako do jaké míry je tato zásada reflektována v činnosti policie, státních zástupců a soudů.

Summary

This Master's degree thesis analyses the rule of the subsidiarity of criminal repression and the principle of "ultima ratio" are the principles that have been recognized in criminal law over a long period of time. This topic is very actual because this principle is included in the new Czech Criminal Code in art. 12 para 2: *„The crime responsibility and its consequences can be applied only in social harmful cases if an application of another kind of a law responsibility is insufficient.“*

The introductory historical excursion discusses the development of understanding of the principle of subsidiarity of criminal repression by representatives of Czech criminal science, and leads to the conclusion that this principle has been for many years a generally recognized principle of criminal law, and as such must be reflected not only in the work of the legislature, but also the prosecuting and adjudicating bodies

The third chapter deals how the principle of subsidiarity of criminal repression is formulated in the new Criminal Code No. 40/2009. It deals with its various characters on which it is defined, social harmfulness (antisocial) criterion (which replaced the concept of a danger to society) and which still is used as a material element of a crime, even though the new Criminal Code is based on a formal concept of a crime. This means that as the criminal act should be considered such conduct, which accomplishes elements of a crime. However, as is clear from the conclusions of this work, material illegality (social harm) must always be taken into consideration, both in determining the extent of criminalization and also in the issue of sentencing.

The last chapter deals with the research, to what extent the principle of subsidiarity criminal repression reflected by the legislature, the police, prosecuting attorneys and courts. By confrontation of the various constituent elements of criminal acts, I conclude, that although the new criminal code states that fully respects the principle subsidiarity of criminal repression as one of the main principles, in the formulation of what should be considered as criminal offense, in my opinion the opposite is true. Supreme State Prosecuting attorney's Office issued an interpretative opinion (statement), for the purposes of interpretation of the principle of subsidiarity criminal repression and antisocial act. I mostly work with this Statement. I discovered that my view and the view of the principle of subsidiarity criminal repression with this official position in many parts diverge. I disagree with the fact that subsidiarity of criminal repression was applied only in exceptional cases. I disagree also with the fact that, in general, every act which fills the elements that determine the law is a criminal

offense, without taken into account the extent of its harmfulness. As I wrote above, it is always necessary to take into account the degree of harm and, therefore, to consider the material irregularity. The last part dealt with the decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court of the Czech Republic. In those judgments the principle of subsidiarity of a criminal repression is taken into account for many years.

Klíčová slova, Key words

Klíčová slova

materiální protiprávnost

materiální znak trestného činu

nebezpečnost činu

orgány činné v trestním řízení

společenská škodlivost

subsidiarita trestní represe

trestný čin

trestní právo

trestní zákoník

zákonodárce

Key words

material illegality

material element of a crime

dangerousness of a crime

prosecuting and adjudicating bodies

antisocial

subsidiarity of criminal repression

Criminal Act (offense)

criminal law

Criminal Code

legislator