

Západočeská univerzita v Plzni

Fakulta právnická

**SUBSIDIÁRNÍ ÚLOHA TRESTNÍ REPRESY A TRESTNÍ PRÁVO JAKO
PROSTŘEDEK „ULTIMA RATIO“ V ČESKÉM TRESTNÍM PRÁVU**

Rigorózní práce

Mgr. Eva Kutílková

Plzeň 2022

Západočeská univerzita v Plzni

Fakulta právnická

Katedra trestního práva

Obor rigorózního řízení: Trestní právo

**SUBSIDIÁRNÍ ÚLOHA TRESTNÍ REPRESY A TRESTNÍ PRÁVO JAKO
PROSTŘEDEK „ULTIMA RATIO“ V ČESKÉM TRESTNÍM PRÁVU**

Rigorózní práce

Mgr. Eva Kutílková

Plzeň 2022

Prohlašuji, že jsem tuto rigorózní práci zpracovala samostatně, a že jsem vyznačila prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpala způsobem ve vědecké práci obvyklým.

Plzeň, květen, 2022

.....

Mgr. Eva Kutílková

Poděkování

Považuji za nezbytné poděkovat mým nejbližším, a sice mému manželovi, synu Viktorovi a svému druhému doposud nenarozenému dítěti, za poskytnutou podporu a porozumění projevené mému odhodlání zpracovat, a především pak dokončit tuto práci, s jejímž zpracováním jsem začala již v létě roku 2019, což bylo krátce před narozením mého prvního syna a v návaznosti na nástup na mateřskou dovolenou. Vzhledem k nedostačujícím možnostem hlídání a chybějící babičce bylo pokračování v práci při současné péči o dítě předškolkového věku a následně pak v průběhu dalšího těhotenství opravdu nelehkou úlohou, kdy jsem se k práci takřkajíc „vracela“ každou možnou chvíli, a mnohdy jsem přemýšlela nad reálnou možností práci vůbec někdy dokončit. To se mi nakonec díky pomoci mého pracovně velmi vytíženého manžela a ochotě mého syna (spočívající ať už v trpělivosti trávit nezbytný čas bez maminky, ale i podnikat se mnou opakované „výlety“ do Studijní a vědecké knihovny v Hradci Králové) podařilo, za což Vám srdečně děkuji.

Další díky patří mým kolegům advokátům obzvláště pro jejich pochopení při upřednostnění dokončení této rigorózní práce před návratem k výkonu advokacie, k němuž jsem se rozhodla, a v neposlední řadě také mojí spolužačce Alence a kolegovi Jakubovi za jejich cenné rady při přečtení mé práce a poskytnutí zpětné odezvy.

OBSAH

1	ÚVOD	1
2	VÝVOJ SUBSIDIÁRNÍ POVAHY TRESTNÍ HROZBY V ČESKÉM TRESTNÍM PRÁVU	10
2.1	Historická geneze subsidiární povahy trestní hrozby v dílech představitelů české právní vědy	11
2.2	Subsidiarita trestní represe v trestním zákoně č. 140/1961 Sb.	20
2.2.1	<i>Doplnění k tzv. rakouskému „vzoru“</i>	25
3	SUBSIDIARITA TRESTNÍ REPRESY V PLATNÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ.....	27
3.1	Subsidiarita trestní represe de lege lata	27
3.1.1	<i>Subsidiarita trestní represe v procesu rekonstrukce českého trestního práva</i> 27	
3.1.2	<i>Subsidiarita trestní represe v trestním zákoníku (zák. č. 40/2009 Sb.)</i> 33	
3.1.3	<i>Subsidiarita trestní represe z pohledu policejního orgánu</i>	46
3.1.4	<i>Subsidiarita trestní represe z pohledu státního zástupce</i>	52
3.1.5	<i>Subsidiarita trestní represe z pohledu Ščerbova komentáře</i>	56
3.2	Subsidiarita trestní represe v judikatuře	62
3.2.1	<i>Judikturní „pilíře“ v důvodové zprávě.....</i>	62
3.2.2	<i>Vybraná judikatura Ústavního soudu.....</i>	66
3.2.3	<i>Vybraná judikatura Nejvyššího soudu.....</i>	83
3.3	Nejednotný přístup k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe.....	92
3.3.1	<i>Stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 301/2012</i>	92
3.3.2	<i>Stanovisko Nejvyššího státního zastupitelství k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku) ze dne 21. 11. 2011, 1 SL 742/2011</i>	107
4	KOMPARACE.....	113
4.1	Rakousko	113

4.2	Německo	115
4.3	Slovensko.....	119
4.4	Poznatky zjištěné z komparativního zkoumání zahraničních úprav	122
5	ÚVAHY „JAK NAKLÁDAT SE ZÁSADOU SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE“ DO BUDOUCNA.....	124
5.1	Vlastní poznatky ke stávajícímu pojetí trestného činu v trestním zákoníku	126
5.2	Úvahy de lege ferenda	129
6	ZÁVĚR.....	134
7	RESUME.....	139
8	POUŽITÉ ZDROJE	143
8.1	Knižní zdroje	143
8.2	Odborné články.....	145
8.3	Právní předpisy	147
8.4	Soudní rozhodnutí.....	149
8.5	Elektronické zdroje a další zdroje.....	151

1 ÚVOD

Jak z názvu vyplývá, tématem mnou zvolené rigorózní práce je zásada subsidiarity trestní represe a z ní plynoucí princip trestního práva jako prostředek „ultima ratio“ v českém trestním právu. Zpracovat práci na avizované téma jsem se rozhodla již před několika lety a v podstatě z praktického důvodu, dá-li se to tak nazvat, jelikož při výkonu advokacie a poskytování právních služeb (nejen) v oblasti trestního práva jsem se s avizovaným tématem mnohdy „střetávala“, aniž bych si jeho velikosti byla (míněno vlastně nejen ve vztahu ke mně, ale i kolegům advokátům, s nimiž jsem v té době při výkonu advokacie spolupracovala či se s nimi v této souvislosti setkávala) dostatečně vědoma, a co je podstatnější, aniž bychom spolu s kolegy na dané téma shodně nahlíželi.

Určitým prvotním impulsem, který mne přivedl k bližšímu zkoumání zásady subsidiarity trestní represe a principu trestního práva jako prostředku „ultima ratio“, byl případ z praxe, kdy jsem zastupovala klienta v obchodněprávní záležitosti týkající se nesplnění uzavřené úvěrové smlouvy, jejímž předmětem bylo poskytnutí úvěru na kupní cenu automobilu sloužícího k výkonu živnosti, a v rámci které se klient (později v soudním sporu v pozici žalovaného) mimo jiné zavázal úvěrové společnosti (coby právnímu předchůdci žalobce) k zaplacení úvěru v 72 měsíčních splátkách. Ve stručnosti shrnu, že klient uhradil řádně téměř třetinu splátek, a posléze se v důsledku finančních potíží dostal do prodlení se zaplacením dvou měsíčních splátek úvěru a úvěrová společnost přistoupila k jednostrannému zesplatnění celého úvěru. Následně úvěrová společnost vyúčtovala dlužnou jistinu úvěru, úrokové příslušenství, smluvní pokuty, poplatky za předčasné ukončení úvěrové smlouvy a náklady spojené s vymáháním nesplněného závazku, do nichž zařadila mj. i odměnu za zpracování a podání trestního oznámení na klienta, kterou pro ni provedla za úplatu jiná obchodní společnost. Poté úvěrová společnost svou pohledávku postoupila a tento právní nástupce se domáhal po klientovi jejího zaplacení v rámci civilního řízení prostřednictvím žaloby na zaplacení. Hned v průběhu prvního soudního jednání jsem namítala (krom dalšího, což se ovšem netýká tématu práce, tudíž netřeba zmiňovat) neodůvodněnost žalobcem uplatněných nákladů spojených s vymáháním pohledávky představovaných odměnou za zpracování a podání trestního oznámení na klienta s tím, že se jedná o neoprávněně účtovanou částku,

kteřá nesouvisí s účelným vymáháním předmětné obchodněprávní pohledávky. Paní soudkyně byla tehdy mou námitkou zjevně překvapená a žádala mne o vysvětlení, proč nepovažuji vymáhání pohledávky cestou podání trestního oznámení za účelné, když podle ní je pro žalobce je takový postup v mnoha ohledech naopak přínosnější než řešení věci v rámci civilního soudního sporu. Argumentovala v podstatě „za žalobcovu stranu“ nejen větší rychlostí trestního řízení při „dosažení cíle“ v podobě náhrady škody poškozenému, ale též ekonomicky výhodnějším postupem, kdy často jediným či hlavním nákladem poškozeného je ono zpracování a podání trestního oznámení. Nesouhlasila s výhradou, že se jedná o ryze obchodněprávní věc, kterou není namístě řešit z jí vyřčených důvodů v rámci práva trestního, když klient se v důsledku dočasného nedostatku zakázek při výkonu své živnosti toliko přechodně dostal do složitější finanční situace, nicméně vzhledem ke skutečnosti, že předtím téměř dva roky splátky úvěru řádně splácel a pokud by úvěr nebyl zesplatněn, v dalším splácení by pokračoval, a že především nic nenasvědčuje jakémukoliv podvodnému úmyslu klienta v době uzavření úvěrové smlouvy ani později pojatému. Jelikož klient nebyl nikdy ze strany policejního orgánu v této věci kontaktován, lze se domnívat, že policejní orgán neodhalil v podaném trestním oznámení existenci skutečností nasvědčujících podezření, že by byl klientem spáchán trestný čin, a proto tedy žalobce přistoupil k vymáhání svých pohledávek cestou obchodněprávního soudního sporu. V rozsudku soudu prvního stupně soud k předmětné pohledávce (vyúčtovávající náklady za sepis a podání trestního oznámení) přesto komentoval, že žalobce, respektive jeho právní předchůdce, nebyl obchodní společností, která by se zabývala vymáháním pohledávek ani poskytováním právních služeb, nýbrž naopak se zabývá poskytováním finančních služeb, a proto jím uplatněný nárok na zaplacení pohledávky za vynaložené náklady za sepis a podání trestního oznámení shledal důvodným.

Podle mého se soud v avizované věci dopustil nesprávného posouzení a hodnotil věc přesně naopak, než měl (předně však nutno zdůraznit v rozporu s principem ultima ratio ze zásady subsidiarity trestní represe vyplývajícího). Nicméně abych se dostala zpět k věci, tak právě v tomto okamžiku jsem se začala blíže zajímat o zásadu subsidiarity trestní represe a princip trestního práva jako prostředek „ultima ratio“, zkoumat jejich teoretické ukotvení a nastolenou aplikační praxi v českém v trestním právu. Poměrně záhy jsem zjistila značnou

nejednotnost obojího (tedy teoretického výkladu i aplikace) a rozhodla se na dané téma rigorózní práci zpracovat.

Cíle, členění a metodologie práce

Hned v úvodu bych ráda zdůraznila, že se v této práci nesnažím o předložení přemíry nadbytečných teoretických informací ke zvolenému tématu, nicméně vzhledem k (již naznačené a pro mne až neočekávané) přetrvávající názorové roztržiténosti právní teorie i nejednotnosti v oblasti aplikační praxe, je seznámení s dostatečným kvantem informací k tématu neodmyslitelnou a nezbytnou součástí práce, a tyto, doufám, předložím v odpovídajícím rozsahu. Cílem této rigorózní práce je tedy pokud možno v dostatečně komplexní, ale zároveň ve čtivé a nikoliv informacemi přemrštěné míře, seznámit čtenáře se zásadou subsidiarity trestní represe coby základní zásadou trestního práva hmotného a problematikou, kterou soudobá úprava a legislativní zakotvení subsidiární úlohy trestní represe a trestního právo jako prostředku „ultima ratio“ v českém trestním právu skýtají, snaha pokusit se poukázat na úskalí a případné zjištěné nedostatky stávající právní úpravy a následně zhodnotit, zda nám poskytuje takřkajíc „to nejlepší“ co poskytnout může, kdy stranou ovšem nesmí zůstat nezbytné seznámení s historickým vývojem tématu na našem území, s rozhodovací soudní praxí k tématu (především pak tedy s rozhodovací praxí Nejvyššího soudu (v práci též jako „NSČR“) a Ústavního soudu (v práci též jako „ÚSČR“)) včetně na ni navazujícím vlastním posouzením, poskytnutí pohledu do zahraničních právních úprav k tématu a jejich komparace s českou právní úpravou (v rovině legislativní i teoretické), jakož i nastínění vlastních úvah de lege ferenda. V práci budu věnovat také příslušnou část sjednocujícímu stanovisku trestního kolegia NSČR ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 301/2012 (v této práci též jen „Stanovisko NSČR“ či „Stanovisko“), které bylo zaujato k výkladu a aplikaci ustanovení § 12 odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (v práci též jako „trestní zákoník“ či „TZ“), tedy k výkladu a uplatňování zásady subsidiarity trestní represe, jakož i k výkladu pojmu společenská škodlivost činu a k výkladu a aplikaci principu ultima ratio, ve snaze předložit komplexnější řešení „problému“, a to po zhodnocení přetrvávající nejednotnosti v rozhodovací činnosti Nejvyššího soudu, která se po nabytí účinnosti trestního zákoníku objevovala. O tom, zda naplnilo svůj cíl a sjednotilo rozhodovací soudní praxi bude v práci rovněž pojednáno.

Pokud v předchozím odstavci používám termín „soudobá“ úprava, nabízí se zároveň ujasnit, že se v této práci logicky nezaobírám zvoleným tématem v celé jeho „velikosti“ a nezpracovávám veškerá (natož pak veškerá historická) díla dotýkající se tématu, což by mimochodem ani nebylo v intencích této práce reálně možné. Jakýmsi mezníkem pro určení časového období, od něhož se práce (na zvolené téma) „odráží“, je rekonstrukce českého trestního práva hmotného a nabytí účinnosti trestního zákoníku na začátku roku 2010. Tedy těžištěm této práce na zvolené téma jest období od okamžiku, kdy byla zásada subsidiarity trestní represe (spolu s principem ultima ratio) legislativně zakotvena do ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku (včetně nastínění průběhu s tím souvisejících rekonstrukčních snah a prací) až do současnosti. Což podotýkám nic nemění na tom, že pokládám za nezbytné věnovat se pro patřičné představení tématu a uvedení čtenáře do něho historickým vývojem subsidiární povahy trestní hrozby v českém trestním právu.

Hned po úvodní kapitole proto následuje kapitola druhá věnovaná historickému vývoji subsidiární povahy trestní hrozby v českém trestním právu, jelikož tak zvolené téma včetně souvisejících otázek (někdejších historických a politických souvislostí nevyjímaje) nejlépe uvedu. Druhou kapitolu pak záměrně člením na dvě podkapitoly, a sice na podkapitolu 2.1 věnovanou čistě historické genezi subsidiární povahy trestní hrozby v dílech představitelů české právní vědy (objevujícím se úvahám o vztahu trestního práva k právu civilnímu, úvahám o protiprávnosti, pojetí trestného činu, zásadě zákonnosti, soudcovské libovůli, prvotním úvahám o subsidiární povaze trestní hrozby, apod.) a podkapitolu 2.2 věnovanou pohledu na subsidiaritu trestní represe v zákoně č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů (v práci též jen „*trestní zákon*“), jakožto přímému „předchůdci“ trestního zákoníku a tedy soudobého legislativního uchopení zásady subsidiarity trestní represe (doplněnou o oddíl 2.2.1 upřesňující informace k rakouské trestněprávní úpravě tzv. nedostatečné trestnosti činu, na kterou bylo v počátcích rekonstrukčních úvah poukazováno jako na jakousi vzorovou pro tehdy již očekávanou „novou“ úpravu českého trestního práva hmotného). Důvodem odpovídajícím na otázku, proč si trestní zákon „zaslouží“ na rozdíl od jeho „předchůdců“ samostatnou podkapitolu, jest mj. především samotný fakt neutuchajícího srovnávání současného pojetí trestného činu a s tím souvisejícího „nejasného“ uchopení diskutované zásady subsidiarity v rámci trestního zákoníku v kontextu s pojetím zastávaným právě trestním zákonem.

Kapitola třetí nesoucí označení Subsidiarita trestní represe v platné právní úpravě je zároveň kapitolou nejobsáhlejší a tvoří pomyslné jádro celé práce. Je členěna do tří podkapitol (dále dělených na oddíly) pojednávajících jednak o zakotvení zásady subsidiarity v platném trestním právu (v této části zohledňuji nejen legislativní ukotvení zásady v trestním zákoníku, ale nejprve blíže popisují rekodifikační proces tomu předcházející – opět podotýkám, že vtaženo ryze k tématu práce (činím tak z důvodu seznámení s průběhem rekodifikace trestního práva hmotného, a dále pak z toho důvodu, aby bylo lépe pochopeno, proč vlastně byla zásada do trestního zákoníku přímo zakotvena, a že původní záměr zákonodárce byl odlišný od nakonec přijatého znění trestního zákoníku), zohledňuji literaturu komentářovou a další odbornou literaturu, publikace, články a příspěvky představitelů české trestněprávní vědy k tématu, popisují postoj k zakotvení zásady subsidiarity do trestního zákoníku z pohledu policejního orgánu i z pohledu státního zástupce, a závěrečný oddíl 3.1.5 podkapitoly 3.1. věnují výhradně subsidiaritě trestní represe z pohledu Ščerbova komentáře, a to jednak z důvodu, že se jedná o nejaktuálnější komentář k trestnímu zákoníku, ale především proto, že komentář pozoruhodným způsobem detailně reflektuje více než desetiletou účinnost trestního zákoníku, vývoj judikatury i doktríny k tématu a pokládám jej za pramen, kterému je pro jeho přínosné zpracování třeba věnovat tomu odpovídající rozsah práce. V podkapitole 3.2 se zabírám zásadou subsidiarity trestní represe v judikatuře. Zde vymezuji a rozebírám ve třech oddílech nejprve judikaturní pilíře zmiňované v důvodové zprávě k trestnímu zákoníku, a poté prezentuji a rozebírám vybranou současnou judikaturu Ústavního soudu a vybranou současnou judikaturu Nejvyššího soudu. Na nich poukazuji jednak na nejednotnost rozhodovací soudní praxe při uplatňování zásady subsidiarity trestní represe, při výkladu pojmu společenská škodlivost činu a aplikaci principu ultima ratio, dále pak na určité názorové posuny, k nimž došlo v mezidobí od nabytí účinnosti trestního zákoníku (přes vydání Stanoviska NSČR) až po současnost, a k nimž zároveň prezentuji vlastní úvahy a posouzení. Stranou nezůstává ani zmínka stran zjištění, že byť Stanovisko deklaruje stávající pojetí obsažené v trestním zákoníku jako pojetí formální zásadou subsidiarity korigované, při aplikaci zásady subsidiarity ve skutečnosti soudy (včetně samotného Nejvyššího soudu) postupují „případ od případu“ a zásadu subsidiarity často aplikují v protikladu s deklarovaným pojetím. V poslední podkapitole 3.3 se věnuji stanoviskům přijatým za účelem sjednocení

výkladu a uplatňování ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, jednak tedy v oddíle 3.3.1 Stanovisku NSČR již v této úvodní kapitole zmíněnému, které pro jeho význam a cíle řadím na místo první, a poté v oddíle 3.3.2 (pro komplexnost) i okrajově stanovisku Nejvyššího státního zastupitelství k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku) ze dne 21. 11. 2011, zn. 1 SL 742/2011 (v této práci též jen „*stanovisko NSTZ*“). Stanovisko NSČR konfrontuji rovněž s kritikou ze strany představitelů české právní vědy publikovanou v návaznosti na uveřejnění Stanoviska a jeho závěrů, které jsou často protichůdné, ale jak plyne především z rozhodovací praxe samotného Nejvyššího soudu, tak i jím samotným jsou v době po jeho vydání často prolamovány a/nebo popírány. Snad již nyní mohu představit alespoň takto zjednodušenou formou závěr, že ke kýženému sjednocení při interpretaci a aplikaci zásady subsidiarity trestní represe v trestněprávní teorii a praxi (ani té soudní) v důsledku vydání Stanoviska NSČR podle mého nedošlo.

Čtvrtá kapitola je kapitolou komparativní, v níž zjišťuji a shrnuji informace k tomu, zda a v jaké míře nalezneme vyjádřenou a zakotvenou subsidiární úlohu trestní represe a princip trestního práva jakožto prostředku ultima ratio, v právních řádech a právních teoriích okolních zemí, a sice Rakouska, Německa a Slovenska (řazeno do dílčích podkapitol), a jakou roli uvedené instituty sehrávají při ochraně právních statků v právních řádech těchto zemí. Následně dospívám k závěru, že v žádném ze zmíněných právních řádů nejsou zásada subsidiarity trestní represe ani princip ultima ratio v tamních trestních zákonících explicitně legislativně zakotvené. Rakouské i německé trestní právo spočívají na formálním pojetí trestného činu, přičemž jejich právní řády korigují trestní bezpráví v rámci trestního práva procesního. Slovensko na čistě formální pojetí nepřešlo, ač takový přechod deklaruje, jelikož materiální korektiv u přečinů zachovává. Čistě formální pojetí pak zastává pouze u kategorie zločinů, u které ovšem (poněkud překvapivě) schází jakákoliv procesní korekce případného trestního bezpráví.

V páté kapitole se věnuji úvahám, jak nakládat se zásadou subsidiarity trestní represe do budoucna, kdy nejprve shrnuji zjištění plynoucí zejména z kapitoly třetí, z nich posléze činím závěr o přetrvávající nejednotnosti při výkladu, a především pak aplikaci ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, která dodnes v rozhodovací soudní praxi panuje a která nebyla překonána ani v návaznosti na vydání sjednocujícího Stanoviska NSČR. Učiněné závěry demonstrují na jednotlivých rozhodnutích, které jsem představila v podkapitole 3.2. Posléze

v podkapitole 5.1 na základě zjištěných informací, které stručně shrnuji, dospívám k názoru, že stávající pojetí, na němž je trestní zákoník založen, jest pojetím formálně-materiálním s tím, že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku součástí definice trestného činu podle mne je, a tento závěr vysvětluji. V navazující podkapitole 5.2 se snažím poskytnout jakási doporučení a navrhnout postupy, jak řešit do budoucna zjištěný nesoulad deklarovaného a faktického pojetí trestného činu v trestním zákoníku a především pak, jak by mohla aplikační praxe nakládat s ustanovením § 12 odst. 2 trestního zákoníku (při konstatování nepravděpodobnosti změny stávající právní úpravy) a postupovat při zvažování otázky aplikace zásady subsidiarity a posuzování společenské škodlivosti činu (tedy posuzování trestní odpovědnosti a rozhodování otázky viny), vycházím-li z formálně-materiálního pojetí trestného činu se zachováním zakotvené zásady subsidiarity v trestním zákoníku.

V závěrečné kapitole této práce zhodnotím, zda se mi podařilo dosáhnout cílů, které jsem si v úvodu předsevzala.

Při zpracování a psaní této práce jsem postupovala následovně. Nejprve jsem vyhledala informace ze související trestněprávní literatury na dané téma. Za účelem seznámení s historickým vývojem tématu dle podkapitoly 2.1 se jednalo o starší odborné prameny (především učebnice trestního práva, dobové články/příspěvky představitelů české právní vědy, sborníky a komentáře k právním normám). Posléze pro účely zpracování podkapitol 2.2 a 3.1 se jednalo o právní normy, komentářovou literaturu k nim, učebnice trestního práva, sborníky a další odborné prameny především v podobě odborných článků a příspěvků zpracovaných k tématu. Pro zpracování podkapitoly 3.2 mi jako prameny posloužily jak jednotlivá zmiňovaná soudní rozhodnutí (judikatura), tak i odborné články/příspěvky představitelů české právní vědy na ně reagující. Podkapitola 3.3 čerpá z obou diskutovaných stanovisek, a sice Stanoviska NSČR a stanoviska NSTZ, a zároveň z odborných článků/příspěvků představitelů české právní vědy a komentářové literatury na Stanovisko NSČR reagujících. Komparativní kapitola pak čerpá zvláště ze zahraničních pramenů, jimiž jsou učebnice trestního práva a právní normy, zároveň pak jako zdroj posloužily odborné články/příspěvky představitelů české i zahraniční právní vědy k tématu. Rigorózní práce je zpracována za použití metody analytické, deskriptivní, komparativní a kompilativní. Zaměřuje se nejen na poskytnutí pouhého přehledu či popisu tématu, ale rovněž se pokouší analyticky rozebrat příslušná trestněprávní

ustanovení (především tedy ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku). V kapitole čtvrté pak využívám metodu komparativní a zařazuji srovnání s rakouskou, německou a slovenskou právní úpravou diskutovaného tématu.

Definice základních pojmů

Jelikož v této práci budu často zmiňovat termíny formální a materiální pojetí trestného činu, eventuálně formální a materiální pojem trestného činu, je nevyhnutelné věnovat se alespoň v nezbytné míře vysvětlení a teoretickému objasnění zmíněných termínů, jelikož jsou se zvoleným tématem práce v první řadě neodmyslitelně spjaty, jak bude zjevné z citovaných odborných zdrojů vztahujících se k tématu práce. Za velmi přínosný a inspirativní pramen v tomto ohledu považuji Pipkův článek zabírající se poměrně dopodrobna (v době rekonstrukce českého trestního práva) formálním pojetím trestného činu a principem oportunitity, na který v práci odkazuji i v souvislosti s dalšími dílčími tématy souvisejícími se subsadiritou trestní represe a principem ultima ratio, neboť jsou v něm avizované termíny náležitě (z mého pohledu dostatečně podrobně a určitě) představeny i objasněny.

Pojem trestného činu je v podstatě definicí trestného činu, je jeho charakteristikou. *„Fakticky je to základní idea, která je předřazena pozitivně právní úpravě – trestnímu zákonu – a není její součástí, která zákonodárci dodává základní kriminálně politické měřítko, co má být a co nemá být postihováno trestem, které v souladu se sociálně politickými potřebami navazuje na sociálně politické hodnocení. Tato „předzákonná“ definice de lege ferenda může být buď obsahová, charakterizující trestný čin po obsahové stránce, nebo čistě formální (dogmatická). Podle toho se potom rozlišuje materiální a formální pojem (definice) trestného činu.“* Materiální pojem (definice) trestného činu tak vystihuje povahu trestního bezpráví a vychází z tzv. ratio legis (kritéria, jimiž se zákonodárce řídil při úvahách, které činy budou postihovány trestem). Formální pojem (definice) trestného činu je fakticky definicí trestného činu, která je vyjádřena v rámci pozitivního práva.¹

Pojetí trestného činu je způsobem provedení (výše představeného) pojmu (definice) trestného činu v rámci pozitivně právní úpravy hmotného práva. V praxi se jedná o vyjádření způsobu realizace definice trestného činu aplikací pozitivně právní úpravy v jednotlivých případech. Opět rozlišujeme materiální a

¹ PIPEK, Jiří. Formální pojetí trestného činu a princip oportunitity. *Trestněprávní revue*, 2004, č. 11, s. 309–320.

formální pojetí trestného činu. U pojetí materiálního je k trestnosti činu nezbytné nejen naplnění formálních zákonných znaků trestného činu, ale „*současně znovu jde za toto formální vymezení a opět je položena otázka, zda v daném konkrétním případě jsou přítomna věcná kritéria, ze kterých vyplývá existence požadavků vyžadovaných definicí trestného činu, z nichž lze současně určit i stupeň naplnění těchto představ, tedy konkrétní odpověď na konkrétní otázku o splnění zákonodárcových představ o závažnosti činu s odpovídající potřebou reagovat trestem.*“ V případě pojetí formálního k trestnosti činu postačuje naplnění zákonem stanovených znaků – trestným činem tedy je každý čin, který tyto zákonné znaky splňuje.²

Pipek se ve svém článku zabývá zároveň myšlenkou, kdy je dosahováno spravedlivého prosazování trestní odpovědnosti při aplikaci obou diskutovaných pojetí trestných činů. Vysvětluje, že v případě materiálního pojetí je tak činěno prostřednictvím požadavku materiálního znaku na určitý minimálně stanovený stupeň škodlivosti činu, zatímco v případě formálního pojetí je to prostřednictvím principu oportunity. Shrnuje, že oběma postupy lze dosáhnout téhož praktického požadovaného výsledku, ať již v rámci trestního práva materiálního (pro materiální pojetí je typická realizace trestněprávního nároku touto cestou za současného zkoumání stupně škodlivosti činu) anebo trestního práva procesního (pro formální pojetí je typické při realizaci trestněprávního nároku zkoumat možnost oportunního postupu a vzhledem k tomuto posléze zkoumání účelnosti provedení trestního stíhání směřujícího k uložení trestu).³

² Tamtéž.

³ Tamtéž.

2 VÝVOJ SUBSIDIÁRNÍ POVAHY TRESTNÍ HROZBY V ČESKÉM TRESTNÍM PRÁVU

Československo při svém vzniku 28. října 1918 převzalo v Čechách a na Moravě platný rakouský trestní zákon z roku 1852 (na Slovensku a v Zakarpatské Ukrajině uherský trestní zákon z roku 1878). Ačkoliv se jednalo o trestní právo zastaralé, přesto odpovídalo požadavkům právního státu a tzv. středoevropskému standardu. Po nástupu komunismu v únoru 1948 se totiž orientovalo sovětským trestním právem, pod jehož vlivem v podstatě setrvalo až do konce roku 1989. Byť měl trestní zákon z července 1950 poprvé celostátní působnost a obsahoval kompletní materiální trestní právo na území Československa, využíván byl především k potlačování jakéhokoliv opozičního hnutí. Změnu systému politicky represivních ideologií nepřinesla ani jeho novela z roku 1956. Do jisté míry lze označit za pokrokový trestní zákon z 29. 11. 1961, i ten byl však po „potlačení Pražského jara“ v roce 1968 aplikován s neúměrnou tvrdostí, a to zejména za účelem potlačování opozičních projevů. Až po listopadu 1989 a oproštění se od sovětského vlivu mohlo být utvářeno svébytné československé trestní právo a začala být připravována jeho velká reforma. Nejtěživější nedostatky v rámci trestního práva byly tzv. za pochodu odstraňovány postupnými novelami trestního zákona z 29. 11. 1961.⁴

První česky publikované konkrétní úvahy o povaze „trestní hrozby“ nacházíme v dílech významných představitelů české právní vědy datovaných již do počátků a první poloviny dvacátého století. Všichni dále jmenovaní představitelé české právní vědy ve svých publikacích vymezují vztah práva trestního k právu civilnímu (v širším slova smyslu), přičemž na tomto vztahu následně prezentují vznik, povahu a míru tzv. bezpráví a nepřímo vyjadřují účel trestního práva hmotného.⁵

Řazeno ryze chronologicky podle období působení jednotlivých autorů je nezbytné blíže zmínit především úvahy plus díla profesorů Josefa Prušáka,

⁴ JESCHECK, H. H. K reformě obecné části československého trestního práva z hlediska právně srovnávacího. *Právník*, č. 1/1992, s. 16.

⁵ FENYK, Jaroslav. O subsidiární úloze trestní represe a trestním právem jako prostředku „ultima ratio“ nejen v novém českém trestním zákoníku. In: Vanduchová, M., Hořák, J. a kolektiv autorů. *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 81-82. ISBN 978-807400-388-2.

Jaroslava Kallaba, Alberta Miloty, Augusta Miříčky, Ericha Olšara a Vladimíra Solnaře. Následuje rovněž pasáž z období poválečného vývoje české trestně-právní vědy a k filosofii socialistického trestního práva, a to z pohledu trestního zákona č. 86/1950 Sb. a trestního zákona č. 140/1961 Sb.. Trestnímu zákonu č. 140/1961 Sb., coby přímému předchůdci platného a účinného trestního zákoníku č. 40/2009 Sb., je (se zacílením na téma této rigorózní práce) již věnována samostatná podkapitola.

2.1 Historická geneze subsidiární povahy trestní hrozby v dílech představitelů české právní vědy

Profesor Josef Prušák vykládá pojem protiprávnosti (bezpráví) porovnáním protiprávnosti civilní a protiprávnosti trestní, přičemž zastává názor, podle něhož dojde-li k porušení (ohrožení) práva civilního, tedy k protiprávnosti prvotní, přestává právo prvotní de facto existovat a na jeho místě vzniká právo nové (druhotné), jehož úlohou je nahradit porušené (ohrožené) právo prvotní. Uvedené však neznamena, že by podle J. Prušáka bylo trestní právo pouhým doplňkem práva civilního, naopak jde o právo zcela samostatné. Významný je i výklad J. Prušáka ve vztahu k povaze sankcí prvotního a druhotného práva, podle kterého civilní sankce směřuje k dodatečnému splnění porušeného (ohroženého) práva prvotního, naopak úlohou trestní sankce jest kompenzovat křivdu vzniklou z porušeného (ohroženého) práva prvotního. Porovnáním protiprávnosti civilní a protiprávnosti trestní J. Prušák dochází k závěru o omluvitelnosti protiprávnosti civilní na rozdíl od protiprávnosti trestní. Vzájemný vztah civilního a trestního práva je dle J. Prušáka jednosměrný, což znamená, že směřuje od zaniklého civilního práva k právu trestnímu, které musí nastoupit jako nutné zlo tam, kde selhalo právo prvotní.⁶

Na v předchozím odstavci připomenutých závěrech J. Prušák setrvává i o několik let později, kdy v jím psané učebnici trestního práva hovoří o právu trestním jakožto právu sekundárním (druhotným) oproti právu prvotnímu (civilnímu v nejširším slova smyslu), jehož nebylo dbáno (jehož norem nebylo šetřeno). Výslovně ovšem podotýká, že právo trestní je zcela samostatným právem (nikoliv doplňkem ani sankcí práva civilního), jež vykazuje veškeré

⁶ PRUŠÁK, Josef. Kriminální noetika. Praha: Sborník věd právních a státních, 1904. Převzato z 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 kolektiv autorů. *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 82. ISBN 978-807400-388-2.

elementy, s nimiž se v právu setkáváme, a jako takové je právem vymezujícím, prokazujícím a potvrzujícím (sankcionujícím), v jehož rámci je tedy třeba trest chápat jako sankci práva trestního.⁷

Za zmínku nepochybně stojí i úvahy J. Prušáka o pramenech práva trestního, kdy autor zastává jednoznačný názor, a sice že jedině zákon může být pramenem trestního práva. Kriticky se pak staví k dobám minulým, v nichž byl pramenem práva toliko obyčej, a uvádí, že v „našich“ kulturních poměrech je takový pramen, jakožto pramen práva trestního, nemyslitelný. Tuto úvahu J. Prušák dále rozvíjí v souvislosti s nebezpečím soudcovské libovůle, jíž se lze dle autora stěží ubránit, není-li zákon všem daný jediným pramenem trestního práva. Lze proto uzavřít, že J. Prušák striktně zastával zásadu zákonnosti, a to, jak se z jeho díla dozvídáme, nikoliv jen ve vztahu ke stránce normativní, nýbrž i ve vztahu ke stránce poenální, tedy že každá trestná činnost může být potrestána jen trestem, který výslovně stanoví taktéž zákon. Dle J. Prušáka lze za nejlepší zákon označit ten, který nepotřebuje žádného výkladu, jelikož z jeho slov přímo plyne jeho smysl a obsah. Takové by pokud možno měly být všechny zákony trestní. V situacích, kdy se zákonodárci nepodaří, aby *ratio legis* došla v trestním zákoně přesného a úplného výrazu, trestní zákon se míjí účelem (stanovit, co je trestné, a naopak, co beztrestné zůstat má) a opět nastupuje riziko soudcovské libovůle, před nímž J. Prušák opakovaně varuje.⁸

Profesor Jaroslav Kallab, zřejmě jako první z česky píšících teoretiků vyjádřil své názory na učení o formální a materiální protiprávnosti. J. Kallab byl toho názoru, že formálně protiprávní jevy, na něž se právní příkazy a zákazy vztahují, vyjadřují vždy zároveň i určité znaky materiální protiprávnosti a z tohoto důvodu není třeba rozlišovat dvě formy protiprávnosti. Není tedy pochyb o tom, že J. Kallab byl zastáncem formálního pojetí trestného činu, byť připouštěl existenci materiální stránky protiprávnosti, ovšem pouze jakožto důvodu (příčiny), která zákonodárce vede k uzákonění trestných činů a následně ke kriminalizaci formálně protiprávních jednání. Zákonodárce si je dle J. Kallaba při tvorbě trestního předpisu vědom jeho sociální funkce a chrání zájmy, které jsou pro společenský život v době tvorby trestního předpisu a za daných okolností

⁷ PRUŠÁK, Josef. *Rakouské právo trestní. Díl všeobecný*. Praha: Všehrad, 1912, s. 4-5.

⁸ Tamtéž. s. 26-30.

pokládány za důležité, přičemž sám určuje, co je a není trestné vyjádřením materiální protiprávnosti v samotné zákonné definici trestného činu.⁹

V jednom svém dalším díle pojmenovaném „Zločin a trest: úvahy o základech trestního práva“ se J. Kallab zabíral rovněž související otázkou užití trestního práva při páchání bezpráví, kdy zaujímá postoj, že trestní právo má být použito, pokud možno co nejvíce omezeně a toliko na ty útoky proti právním statkům, jimž nelze se stejným úspěchem čeliti jinými prostředky vyžadujícími menších obětí než užitím prostředků práva trestního. Trest je totiž dle autora vždy zásahem do okruhu individuálních statků, které jsou jinak chráněny a pro společenský život jsou nezbytné. Z tohoto důvodu mají být oběti co nejmenší. J. Kallab si je vědom toho, že není myslitelný zločin, který by nebyl bezprávním. Nicméně uvádí, že jest myslitelné bezpráví, jež není zločinem. Tyto své úvahy explikuje na jednání při nezaplacení splatného dluhu, kdy takové jednání lze bezesporu pokládati za jednání bezprávné, přece však zájmy, kterých se toto bezpráví dotýká, jsou dostatečně chráněny jinými právními prostředky (žalobou na zaplacení, exekučním řízením), než aby musely nastoupiti prostředky práva trestního. Dle autora je úlohou zákonodárce, aby prohlásil za trestná ta bezpráví, při nichž si slibuje, že toliko trestem lze dosáhnouti účelné ochrany zasaženého právního statku, neboť se dotýkají zájmů tak závažných (výslovně za tyto zájmy označuje podmínky společenského bytí), před nimiž zájmy, které budou zasaženy samotným trestem (tedy zájmy jednotlivce), ustupují do pozadí. Na uvedeném autor vysvětluje, že trestní právo je součástí práva veřejného, protože i tam, kde chrání zájmy jednotlivců, činí tak jen tehdy, jsou-li bezprávným činem zasaženy zájmy celku. Důvodem trestu podle něho není odplata za způsobenou škodu, ovšem snaha zabránit v budoucnu vzniku obdobných škod.¹⁰

K úloze trestního práva se ve svých dílech vyjadřoval rovněž profesor Albert Milota, který tak činil v souvislosti s vymezením vztahu zákonnosti v trestním právu hmotném a soudcovské volnosti v trestním právu procesním. Úlohou trestního práva je dle A. Miloty ochrana společnosti před porušováním důležitých právních statků. Jisté úskalí však autor vnímá v tom, že názory na tyto

⁹ KALLAB, Jaroslav. O skutkové podstatě a konkurenci trestných činů. Praha: Sborník věd právních a státních, 1911. Převzato z 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 kolektiv autorů. *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 83. ISBN 978-807400-388-2.

¹⁰ KALLAB, Jaroslav. *Zločin a trest: úvahy o základech trestního práva*. Praha: Jos. R. Vilímek, 1915, s. 7-14.

chráněné právní statky a jejich povahu jsou závislé na rozdílných přesvědčeních (náboženských, politických, sociálních, stavovských, apod.). Proto dle A. Miloty platí, že čím více je soudce vázán zákonem, tím přesněji ve svých rozhodnutích projevuje vůli zákonodárce a potažmo tím účinněji je občan chráněn na svých právech. A. Milota byl proto nepochybně zastáncem přísného dodržování zásady zákonnosti a poukazoval na nebezpečí plynoucí z rozhodování soudce nezávislého na státu. Měl za to, že doba, kdy soudce bude moci rozhodovat volně a trestat jen podle svého přesvědčení případy, v nichž to zájmy společnosti vyžadují a naopak ponechat bez trestu ty, již si trest nezasluhují, ještě nenadešla, když soudcovské rozhodování je ovlivňováno řadou okolností narušujících objektivitu v jejich rozhodování. Proto v zájmu zachování účinného boje proti zločinnosti, které trestní právo umožňuje, je nutné, aby zákon vytyčil hranice, ve kterých smí stát uplatňovat své právo na trest, a zároveň tyto hranice musí držitelům státní moci bránit ve zneužití tohoto práva.¹¹

Je evidentní, že v 30. letech dvacátého století A. Milota vnímá, jak plyne z jeho výše připomenuté práce, v nedostatečném dodržování zásady zákonnosti nebezpečí soudcovské libovůle obdobně intenzivně, jako tak činil o pár desetiletí dříve i J. Prušák. Otázkou, kterou si v souvislosti s tímto zjištěním jen okrajově kladu, jest, zda stejné přesvědčení A. Milota zastával i v dobách dřívějších, kdy cca o deset let dříve v jím publikovaném díle „Proč stát trestá“, ve kterém se zaobíral názorovým vývojem trestní vědy na zločin a trest, vyjadřuje myšlenku, že na zločin je třeba pohlížet jako na nemoc společnosti a na trest jako na lék, přičemž soudce je lékař, jenž má pečovat o uzdravení nemocného a k tomu užít takového léku, jaký vyžaduje povaha nemoci a stav nemocného. Význam činnosti soudcovské byla v té době podle A. Miloty na vzestupu a trestní soudce dle něho neměl být pouhým vykonavatelem zákona a nástrojem, jehož prostřednictvím se uplatňuje spravedlnost, avšak měl být důležitým společenským činitelem, psychologem, sociologem a uvědomělým způsobem podnikat boj proti zločinnosti.¹² Dle mého lze z uvedeného dedukovat určitý názorový posun A. Miloty na úlohu trestního soudce a zejména pak na hranice, v nichž mají soudci rozhodovat (uplatňovat právo státu na potrestání). Nicméně zde vyřčený názor

¹¹ MILOTA, Albert. *Reforma trestního zákona v Československu*. Bratislava: Nákladem právnické jednoty na Slovensku, 1934. Převzato z FENYK, Jaroslav. *O subsidiární úloze trestní represe a trestním právem jako prostředkem „ultima ratio“ nejen v novém českém trestním zákoníku*. In: Vanduchová, M., Hořák, J. a kolektiv autorů. *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 84-85. ISBN 978-807400-388-2.

¹² MILOTA, Albert. *Proč stát trestá?* Praha: Státní nakladatelství, 1923, s. 30.

uvádím toliko na okraj, jakožto zajímavost informující čtenáře o zaznamenaném vývoji názorového posunu o úloze trestního soudce, kterou lze zpozorovat v označených dílech A. Miloty.

Na závěr považuji za příhodné připomenout myšlenku A. Miloty projevovou, byť stručně, v jeho výše citovaném díle „Proč stát trestá“, a sice že „bylo by však mylné a velmi škodlivé se domnívat, že trestní prostředky jsou jediným lékem proti zločinnosti“. Za účinnější v boji proti zločinnosti vnímá autor prevenci (odstraňování příčin zločinnosti) před užitím trestních prostředků po jejím spáchání.¹³

K účelu trestního práva se podrobněji ve svých dílech vyjadřoval rovněž profesor August Miřička, a to v jím napsaných učebnicích trestního práva. Je potřeba uvést, že právě A. Miřička ve svém díle výslovně zmiňuje pojmy jako „ekonomie trestní hrozby“ a „subsidiárnost trestní hrozby“, a to v dále citované učebnici trestního práva hmotného již z roku 1930. Účelem trestu je dle autora ochrana právních statků a potažmo i celého právního řádu před jejich porušováním a ohrožováním (ochranu právního řádu jako celku A. Miřička považuje za vrcholný účel trestu, kdežto ochranu konkrétního právního statku pokládá za účel toliko podružný). A. Miřička souhlasí s názory někdejších kriminalistů, podle nichž je prohlášení určitých činů za činy trestné závislé na historickém vývoji, politických, kulturních, hospodářských a sociálních poměrech každého státu. Z tohoto důvodu se také trestné činy v právních řádech jednotlivých států liší. Podle autora je ovšem nezbytné mít vždy na paměti, že trest není jediným prostředkem ochrany právních statků, ba naopak existují i další možnosti ochrany a navrácení porušeného stavu v předešlý stav (restituce) či náhrady škody. Proto trestní moc státní nemá být dle A. Miřičky nadměrně přepínána, ale má jí být užito jen v okamžiku, kdy je tak nezbytně nutné (autor označuje toto pojetí coby tzv. „ekonomii trestní hrozby“). A pro případ, že je možné docílit dostatečné ochrany porušeného (ohroženého) právního statku mimotrestními prostředky (tedy prostředky civilního práva), nemá být k trestní výhrůžce vůbec saháno (autor nazývá toto pojetí tzv. „subsidiárností trestní hrozby“).¹⁴

Profesor Erich Olšar věnoval teorii protiprávnosti hned dvě publikace, jejichž zpracování od sebe dělí pouhých pár let. V první z nich nesoucí název

¹³ Tamtéž. s. 30–31.

¹⁴ MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné: část obecná*. 9. vyd. Praha: Věšhrad, 1930, s. 12.

„Příspěvek k nauce o vině“ se E. Olšar zevrubně vyjadřuje k tehdejšímu pojetí viny podle praxe říšskoněmecké a praxe sovětského Ruska, kdy se kriticky staví k pojetí trestněprávní viny zastávanému někdejšími představiteli normativní nauky o vině, kteří dle E. Olšara chybně vycházejí z předpokladu, podle něhož lze trestněprávní vinu poznati nejenom jako součást normy v rámci platného právního řádu, ale zároveň v rámci norem mimoprávních (zvláště etických).¹⁵ Autor nesouhlasí s německou a ruskou trestněprávní doktrínou, podle níž může být uznáno za vinu i takové pachatelovo jednání, které sice neodporuje právním normám, avšak odporuje normám etickým či sociálním. Takový postup je dle něho závadný. Soudce naopak při hodnocení pachatelova jednání musí vycházeti výhradně z právního řádu a přihlížeti jen k těm etickým, sociálním, politickým (a dalším) normám, které byly právním řádem recipovány. Olšar v souvislosti s tím připomíná, že se nejednou stane, že pachatelovo jednání bude společnosti připadat z různých hledisek (mravních, sociálních, náboženských a dalších) zavrženíhodné, ovšem nebude-li současně odporovat žádné právní normě, nemůže být takové jednání protiprávné ve smyslu platného právního řádu. Zároveň pak doplňuje, že právním řádem nelze chápat jen takové normy, které jsou výslovně uvedeny v zákonech, ale i všechny ostatní normy, které zákonným normám neodporují – tedy i normy etické a sociální, pokud došly svého výrazu v právním řádu. E. Olšar tedy ve zde citovaném díle upozorňuje na nebezpečí potlačování zásady zákonnosti při zohledňování mimoprávních kritérií trestnosti, jež ve svém důsledku povedou k soudcovské libovůli.¹⁶

V díle napsaném v období okupace E. Olšar představuje své závěry stran formální a materiální protiprávnosti. Za formálně protiprávné označuje lidské jednání, které jest ve formálním rozporu s právní normou koncipovanou ve formě příkazu nebo zákazu. Podle autora se protiprávnost kryje s protizákonností toliko v těch právních řádech uznávajících zásadu *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tedy kupříkladu jako v právním řádu našem, nikoliv však německém. Na tomto místě autor nesouhlasně upozorňuje na někdejší názory německé trestněprávní doktríny, podle nichž se protiprávnost nemůže vyčerpávat ve formálním rozporu se zákonným předpisem, ale je třeba klást důraz na materiální protiprávnost vyjadřující rozpor se životními podmínkami národního společenství. Zároveň

¹⁵ OLŠAR, Erich. *Příspěvek k nauce o vině*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1936, předmluva.

¹⁶ Tamtéž. s. 149-150.

výslovně vyjadřuje, že to neznamena, že by náš právní řád nekladl důraz na materiální protiprávnost. Naopak poukazuje na nauku vystupující do popředí, podle níž je materiální charakter protiprávnosti spatřován v sociální škodlivosti, tedy v tom, co jest na újmu zájmům veškerenstva. Učí-li se, že materiální charakter protiprávnosti spočívá v porušení a ohrožení právních statků, můžeme dle E. Olšara takové učení přijmout jen tehdy, pokud právem chráněné životní zájmy státu, společnosti a jednotlivce jsou postaveny na roveň právním statkům. Dle autora musí otázku, zda je lidské jednání sociálně škodlivé, zodpovědět vždy soudce, avšak musí tak činit nikoliv svévolně, nýbrž s ohledem na to, co zákonodárce považoval za sociálně škodlivé při vymezování skutkových podstat trestných činů, neboť zákonodárce prohlašuje za formálně protiprávné právě to, co se mu jeví jako materiálně bezprávné, a tedy společensky škodlivé. E. Olšar zdůrazňuje, že soudce se nesmí při takovém hodnocení dotknout základní myšlenky, jíž se řídil zákonodárce při zbudování trestní normy.¹⁷

Profesor Vladimír Solnař ve své učebnici trestního práva hmotného kritizuje zastánce materiální protiprávnosti, kteří požadovali, aby formálně protiprávní jednání (dle V. Solnaře jde o jednání nesouhlasné s normou hodnotící) bylo navíc společensky škodlivé – antisociální. Pokud však dle Solnaře právní řády (příkladem zmiňuje nacistické a sovětské) omezují princip *nullum crimen sine lege* a zakládají se na materiální protiprávnosti, docházejí v konečném důsledku jak k omezení trestnosti, tak zároveň i k jejímu rozšiřování. Jiné právní řády používající principu materiální protiprávnosti tam, kde soudce zkoumá (ne)existenci okolností vylučujících protiprávnost, zase autor pokládá za velmi mezerovité. Autor je přesvědčen, že českému trestnímu právu vyhovuje formální protiprávnost.¹⁸

Co se týče vývoje poválečného českého trestního práva, nutno připomenout, že Československo se nevrátilo k předválečnému typu republiky, avšak stalo se lidovou demokracií spějící k socialismu, proto (nejen) trestněprávní normy dostaly nový – třídní smysl. Jak se píše v učebnici trestního práva z 80. let minulého století, k potlačení odporu buržoazie byl v r. 1948 vydán zákon na

¹⁷ OLŠAR, Erich. *Studie o protiprávnosti (se zvláštním zřetelem k právu trestnímu)*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1940, s. 41-50.

¹⁸ SOLNAŘ, Vladimír. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. Praha: Nákladem knihovny Sborníku věd právních a státních, 1947. Převzato z 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 kolektiv autorů. *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 90. ISBN 978-807400-388-2.

ochranu lidově demokratické republiky č. 231/1948 Sb., jehož ustanovení byla v podstatě převzata do trestního zákona z r. 1950. Jelikož trestní právo na území Československa nebylo jednotné, byly v r. 1948 zahájeny v rámci tzv. právnické dvouletky práce na návrhu trestního zákona. Ten byl o dva roky později schválen Národním shromážděním pod č. 86/1950 Sb. a bylo v něm využito výsledků sovětské vědy trestního práva a sovětských zkušeností včetně uplatnění základních zásad socialistického trestního práva.¹⁹

Filosofie trestního zákona č. 86/1950 Sb. ve vztahu k pojetí trestného činu ze strany někdejší trestněprávní vědy byla v uvedeném trestním zákoně obsažena v ustanovení § 2 definujícím trestný čin jako „*takové pro společnost nebezpečné jednání, jehož výsledek uvedený v zákoně pachatel zaviniť*“. Z důvodové zprávy k tomuto ustanovení se podává, že jednou ze zásad avizovaného trestního zákona jest, že se k hodnocení činu jakožto činu trestného vyžaduje, aby šlo o jednání pro společnost nebezpečné, když posuzování nebezpečnosti jednání se musí nutně díti ve spojení s ust. § 1 trestního zákona a podle toho, jak se dotýká zájmů jmenovaných v tomto ustanovení. Těmito zájmy se tedy rozumí zájmy lidově demokratické republiky, socialistická výstavba, zájmy pracujícího lidu a jednotlivce, a v neposlední řadě dodržování pravidel socialistického soužití. Jako soudně trestné činy mají být postihována taková jednání, která avizované zájmy zvýšenou měrou poškozují nebo ohrožují. Není-li čin pro společnost nebezpečný anebo je nebezpečný nepatrně, pak se o trestný čin nejedná, ani pokud jinak vykazuje všechny znaky trestného činu uvedené ve zvláštní části trestního zákona. Uplatňuje se zároveň zásada, že trestem lze hrozit a trest lze ukládat jen na základě zákona (analogie v určování znaků trestného činu nebyla přípustná). Jako pachatele lze podle důvodové zprávy k diskutovanému trestnímu zákonu postihnout pouze toho, kdo svým jednáním zasáhl rušivě společenské vztahy, jejichž zachování a upevnění je důležité pro ochranu lidově demokratického státu a společnosti. Ona nebezpečnost jednání pro společnost byla materiální podmínkou trestného činu spočívající ve škodlivém působení pachatelova jednání na zájmy chráněné trestním zákonem. Je tedy očividné, že v poválečném období došlo k odvržení od formálního pojetí trestného činu k pojetí materiálnímu (resp. materiálně – formálnímu), které ovšem bylo extrémním způsobem ovlivněno dobovým politickým vývojem. O uvedeném svědčí samotné znění důvodové zprávy k ust. § 1 trestního zákona pojednávajícím o účelu trestního zákona, které

¹⁹ ČIČ, Milan a kol. *Trestní právo hmotné*. Praha: Panorama, 1984, s. 24-25.

výslovně kritizuje buržoasní právo, kapitalismus a buržoasní právní vědu zakrývající třídní podstatu, jež mělo sloužit vládě vykořisťovatelské menšiny nad vykořisťovanou většinou. Za zmínku k tématu a popisovanému údobí stojí, že trestní řád k diskutovanému trestnímu zákonu prokurátorovi umožňoval pro případ, že jednání pachatele nebylo pro společnost nebezpečné (či byla-li jeho nebezpečnost nepatrná), zastavit trestní stíhání (popř. soudu zprostit z těchto důvodů obžalovaného obžaloby).²⁰

Trestní zákon z r. 1950 z počátku pojem nebezpečnosti činu pro společnost nijak nekonkretizoval, po jeho novelizaci z roku 1956 ji bylo lze dovodit z hledisek jmenovaných v ustanovení § 19 odst. 1 „*Při výměře trestu přihlédne soud k stupni nebezpečnosti trestného činu pro společnost, zejména z hlediska způsobu provedení trestného činu, jeho následků, míry zavinění, osoby pachatele, možnosti jeho nápravy, a okolností přitěžujících i polehčujících.*“. V komentáři k novelizovanému trestnímu zákonu jest výslovně uvedeno, že stupeň nebezpečnosti činu pro společnost je spoluurčován též dalšími okolnostmi, zejména pak hospodářskými a politickými poměry v době a místě spáchání činu.²¹

V již zmiňované učebnici trestního práva z 80. let minulého století se objevuje informace o tom, že Československé trestní právo jest vybudováno na zásadě pomocné úlohy trestní represe, podle níž se má trestní represe v socialistickém státě uplatnit jen v nejzávažnějších případech, kde jiné prostředky společenského působení nedostačují k nápravě, a současně lze-li očekávat, že bude účinná a účelná. Aplikace zmíněné zásady v praxi měla dle autorů vést k zúžení sféry trestní represe a jejímu nahrazení jinými výchovnými prostředky společenského působení.²²

Jak nalézáme v publikacích vydaných po období r. 1989 zaměřujících se na problematiku komunistického práva v Československu (nyní výhradně v oblasti práva trestního), ukazuje se, že trestní právo v letech 1945–1989 fakticky neplnilo svou úlohu. Hlavní příčinou bylo zneužívání trestního práva k postihu politicky nepohodlných osob a dosahování hodnotově indiferentních cílů. Takový postup byl umožněn rozdílem mezi psaným právem a jeho skutečnou interpretací i aplikací, a zároveň pak způsobem konstrukce trestněprávních norem (především skutkových podstat). V trestněprávních normách užívané pojmy umožňovaly

²⁰ Filipovský, Jan. § 1-2. In: KOLEKTIV AUTORŮ. *Trestní zákon: komentář*. Praha: Orbis, 1958, s. 21-28.

²¹ Tamtéž. s. 86-88.

²² ČIČ, Milan a kol. *Trestní právo hmotné*. Praha: Panorama, 1984, s. 18.

výklad hraničící s analogií (byť, jak jest výše připomenuto, z důvodové zprávy k trestnímu zákonu z r. 1950 formálně plynulo, že analogie v určování znaků trestného činu přípustná být neměla). Autor citovaného příspěvku ve sborníku jako typický příklad poukazuje na konstrukci trestného činu nepřátelského jednání proti republice dle ustanovení § 129 z. č. 86/1950 Sb. (ve znění účinném do 31.12.1956), podle níž platilo „*Kdo úmyslně ohrozí obecný zájem jednáním nepřátelským lidově demokratickému státnímu zřízení nebo společenskému řádu republiky, bude potrestán odnětím svobody na šest měsíců až dvě léta.*“ Neurčitost onoho nepřátelského jednání byla ve zjevném rozporu se zásadou *nullum crimen sine lege*, na niž, jak výše zmiňuji, měl být trestní zákon rovněž založen. Přepjatost trestní represe a zjevný účelový výklad trestního zákona autor rozvádí na konkrétní citaci ze zápisu o pracovním aktivu brněnského Státního soudu a brněnské Státní prokuratury z prosince 1950, kdy byly trestným činem velezrady kvalifikovány kupř. čin 17-ti letého chlapce, který z rozmaru a touze po dobrodružství utekl do zahraničí, nebo čin 70-ti leté ženy, která poskytla nocleh člověku, jenž jí po půl roce přinesl pozdrav od syna z Vídně. Ukazuje se, že subsidiární a akcesorická povaha trestního práva v poválečném období a za účinnosti trestního zákona č. 86/1950 Sb. byla spíše jen formálně proklamována, v praxi však nikoliv aplikována.²³

2.2 Subsidiarita trestní represe v trestním zákoně č. 140/1961 Sb.

Nastolené odvržení od formálního pojetí trestného činu k materiálnímu (resp. materiálně – formálnímu) zachoval na řadu dalších desetiletí rovněž trestní zákon č. 140/1961 Sb., kterým byl nahrazen dosavadní trestní zákon z r. 1950. Podle ustanovení § 3 trestního zákona č. 140/1961 Sb. odstavec první byl „*trestným činem pro společnost nebezpečný čin, jehož znaky jsou uvedeny v tomto zákoně*“, přičemž odstavec 2 výslovně stanovil, že „*čin, jehož stupeň nebezpečnosti pro společnost je nepatrný, není trestným činem, i když jinak vykazuje znaky trestného činu*“. Jak bylo v předchozí podkapitole rozvedeno, trestní zákon z r. 1950 nijak nestanovil kritéria nebezpečnosti pro společnost, což trestní zákon č. 140/1961 Sb. odčinil, když v odstavci 4 zmíněného ustanovení § 3 demonstrativním výčtem kritéria nebezpečnosti činu pro společnost vymezil (byly

²³ GRÍVNA, Tomáš. Trestní právo hmotné. In: BOBEK, Michal, Pavel MOLEK, Vojtěch ŠIMÍČEK a kol. *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 553-560. ISBN 978-80-210-4844-7.

jimi „zejména“ význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsob provedení činu a jeho následky, okolnosti, za kterých byl čin spáchán, osoba pachatele, míra jeho zavinění a jeho pohnutka).

Trestní zákon z r. 1950 při nepatrném stupni nebezpečnosti činu pro společnost ponechával na úvaze prokurátora (případně v závislosti na fázi trestního řízení i na úvaze soudu), zda bude trestní stíhání zastaveno či nikoliv. Z pojetí trestného činu dle trestního zákona z r. 1961 je zřejmé, že při nepatrném stupni nebezpečnosti činu pro společnost se o trestný čin vůbec nejedná a důvod pro zastavení trestního stíhání je dán obligatorně.²⁴

Nebezpečnost činu pro společnost byla materiálním znakem trestného činu, přičemž vzhledem ke znění prvního odstavce § 3 trestního zákona byl pojem trestného činu materiálně-formální. Nebezpečnost činu pro společnost musela dosahovat určitého stupně, a to podle druhého odstavce diskutovaného § 3 u dospělých pachatelů vyššího než nepatrného stupně (u mladistvých pachatelů pak dle § 75 trestního zákona vyššího než malého stupně), aby se jednalo o čin soudně trestný. „*Takto vzniklý trestněprávní nárok státu na potrestání pachatele následně musel být bez rozdílu realizován, jelikož s ohledem na zásadu legality trestního stíhání stanovenou v § 2 odst. 3 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (dále též jen „trestní řád“ a „TR“), neměl prokurátor možnost trestní stíhání zastavit z oportunních důvodů.*“²⁵

Z důvodové zprávy k trestnímu zákonu č. 140/1961 Sb. se podává, že jeho osnova je „*zaměřena k ochraně společenského a státního zřízení Československé socialistické republiky a socialistického vlastnictví, jakož i práv a oprávněných zájmů občanů. Při poskytování ochrany těmto zájmům se plně uplatňují zásady socialistického humanismu... Stále se prohlubující účast společenských organizací při stíhání pachatelů trestných činů a jejich převýchově umožňuje zúžit trestní odpovědnost za činy, které nejsou pro společnost a styk příliš nebezpečné, a s nimiž se lze účinně vypořádat zejména opatřeními společenského působení a výchovným působením národních výborů... Trestní zákon slouží socialistickému státu nejen jako nástroj ochrany společenského a státního zřízení, socialistického vlastnictví, práv a oprávněných zájmů občanů, ale i jako jeden z prostředků*

²⁴ Tamtéž. s. 569.

²⁵KANDOVÁ, Katarína. Nad korekcí trestního bezpráví. In: ĽORKO, Jakub; BELEŠ, Andrej. (eds.). *Trestné právo ako ultima ratio – hmotnoprávne a procesnoprávne aspekty. Zborník príspevkov z 1. sekcie medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum 2016*. 1. vyd. Bratislava: Komenského univerzita, Právnická fakulta, 2016. s. 100. ISBN 978-80-7160-436-5.

*výchovy občanů k řádnému plnění občanských povinností a k zachovávání pravidel socialistického soužití. Tomu slouží i úprava trestů, jejich ukládání a jejich výkonu... I když je trest důležitým prostředkem k dosažení účelu trestního zákona, není prostředkem jediným... Prostředky soudního donucení - zejména tresty - nemají místa u pachatelů, k jejichž nápravě postačí opatření společenského působení.*²⁶

Z dikce vyžadující užití prostředků soudního trestání jen tehdy, nestačí-li prostředky jiné, jakož i ze způsobů, kdy má dojít k užití trestů, či zdůraznění důležitosti institutů převýchovy a individualizace trestu lze dospět k závěru o vzrůstající roli pomocné úlohy trestní represe v socialistickém trestním právu.

Z dobové literatury je znatelné zvýšené vyzdvihování zásady pomocné úlohy trestní represe, k jejímuž rozšíření přispěl právě trestní zákon č. 140/1961 Sb., a to (nikoliv však výlučně) obzvláště prohloubením materiálního pojetí trestného činu (dle autora citovaného díla krom toho též vypuštěním skutkových podstat těch trestných činů, které postihovaly činy, jejichž stupeň nebezpečnosti pro společnost byl uznán za nepatrný, anebo rozšířením možnosti kázeňského vyřízení méně závažných trestných činů). Trestní právo mělo mít v poměru k jiným právním odvětvím pouze pomocnou úlohu a mělo tak být uplatňováno jen v nejzávažnějších případech, kde ochranné prostředky jiných právních odvětví nepostačí. Příмым důsledkem zásady pomocné úlohy trestní represe byla zásada ekonomie trestní represe, podle níž lze trest užit jen jako krajní prostředek reakce na spáchaný trestný čin, nepostačí-li opatření mírnější. Trestní represe má být represí rozumnou, která pachateli nemá působiti zbytečných útrap.²⁷

V díle V. Solnaře z roku 1965 ovšem nalézáme i upozornění na nebezpečí materiálního pojetí trestného činu zastávaného trestním zákonem č. 140/1961 Sb., jež dle něho spočívá v tom, že onen korektiv nebezpečnosti činu pro společnost povede zákonodárce k přílišnému spoléhání se na něj, v důsledku čehož stanoví podmínky trestní odpovědnosti příliš široce.²⁸

²⁶ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona č. 140/1961 Sb., Trestní zákon, Pramen: Poslanecká sněmovna Parlamentu [online], 1961, tisk č. 65 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: [NS RČS 1960-1964, tisk 65, část č. 9 \(psp.cz\). https://www.psp.cz/eknih/1960ns/tisky/t0065_09.htm](https://www.psp.cz/eknih/1960ns/tisky/t0065_09.htm).

²⁷ ČIČ, Milan a kol. *Trestní právo hmotné*. Praha: Panorama, 1984, s. 15 a 19.

²⁸ SOLNAŘ, Vladimír. Kodifikace trestního práva z roku 1961 z hlediska záruk zákonnosti. Stát a právo, 1965, č. 11. Převzato z GRIVNA, Tomáš. *Trestní právo hmotné*. In: BOBEK, Michal, Pavel MOLEK, Vojtěch ŠIMÍČEK a kol. *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 569. ISBN 978-80-210-4844-7.

Dalo by se říci, že na nebezpečí tehdy platného a účinného materiálního pojetí poukazovala i učebnice trestního práva (a bylo tomu tak nejen v případě této učebnice) vydaná počátkem 21. století, která téměř dekádu před vstupem trestního zákoníku v účinnost takřkajíc „volala“ po změně a poukazovala, že stávající pojetí trestného činu převzaly po sovětském vzoru bývalé socialistické státy, na rozdíl od trestních zákonů jiných států, v nichž je trestný čin vymezován zpravidla formální definicí. Hovořila o zkušenostech z posledního desetiletí a o tom, že zastávané pojetí znamená mj. negativní důsledky na postulát „nullum crimen sine lege“, jehož význam se zmenšuje, a přispívá k neurčitosti zákona. *„Zákonodárce ve snaze zabezpečit maximální trestněprávní ochranu chráněných hodnot, umožnit státu určitou nezávislost na jeho vlastních zákonech a účelový postup nebo si alespoň usnadnit náročnou legislativní činnost, vymezil podmínky trestní odpovědnosti v některých směrech široce a neurčitě, přičemž spoléhal právě na korektiv nebezpečnosti činu pro společnost.“* Autoři upozorňují, že české trestní právo umožňuje (míněno v dobách účinnosti z. č. 140/1961 Sb.) tzv. opřít nedostatek protiprávnosti činu o pouhé konstatování chybějící společenské nebezpečnosti, což mimo jiné činí zbytečnou například soustavu okolností vylučujících protiprávnost. Konkrétně pak je (v souvislosti s problematickým materiálním pojetím trestného činu) poukazováno na případy eutanazie a někdejší stanoviska připouštějící v případech zvláštního zřetele hodných její beztrestnost odůvodněnou nedostatkem nebezpečnosti, popřípadě nepatrným stupněm nebezpečnosti činu. Takové zásadní otázky má však řešit zákonodárce zdokonalením příslušné zákonné úpravy, nikoliv vkládat do rukou soudů oprávnění je rozhodovat za něj. Byť se uznávají klady materiálního pojetí při řešení bagatelních deliktů, je v publikaci viditelná snaha vyzdvihnout klady formálního pojetí trestného činu a současně pak upozornit, že ani v právních řádech založených na formálním pojetí není pojem trestného činu a jeho zákonná skutková podstata chápána toliko jako formální popis jeho zákonných znaků. I v něm totiž popis těchto znaků charakterizujících trestný čin jej charakterizuje coby čin společensky škodlivý, přičemž ona škodlivost činu má zároveň povahu důležitého interpretačního principu, jenž přispívá k výkladu skutkové podstaty včetně jednotlivých jejích znaků, a to teleologickým výkladem podle jejich smyslu a v souladu s účelem normy. I při formálním pojetí materiální aspekt nevymizí, nýbrž se uplatní jako korektiv tohoto pojetí. Na závěr diskutované kapitoly se zde objevuje poukaz na rakouskou trestněprávní úpravu z r. 1974

vycházející z formální definice trestného činu, ovšem doplněným o ustanovení o tzv. nedostatku trestnosti činu (Mangelde Strafwürdigkeit der Tat), jež řešilo otázky bagatelních deliktů (avšak pouze trestných činů postižitelných nanejvýš tříletým trestem odnětí svobody a za splnění dalších podmínek jako kupříkladu nepatrné zavinění, bezvýznamné následky, a další) obdobně jako naše někdejší materiální pojetí trestného činu a institut nebezpečnosti pro společnost. Objevuje se zde myšlenka, „*zda by nebylo správné chápat takový institut jako interpretační pravidlo vycházející ze subsidiarity trestního práva a jeho ochranné funkce a umožňující u ustanovení o méně závažných trestných činech eliminaci bagatelních případů restriktivním výkladem jejich zákonných skutkových podstat*“. Další eventuální řešení (míněno na delikty bagatelní) je spatřováno v oblasti trestního práva procesního, a to rozšířením opportunity na úkor zásady legality.²⁹

Po přechodu na demokratický režim byly stále více znatelné tendence vybízející k opuštění zmiňovaného materiálního korektivu a k propagaci formálního pojetí trestného činu v trestním právu hmotném za současného přechodu korekce trestního bezpráví do trestního práva procesního, tedy tak, jak bylo i v ostatních demokratických státech upřednostňováno. Právě tyto tendence dle Kandové vyústily i v českém trestním právu v přijetí oportunní výjimky ze zásady legality, jež byla zakotvena zákonem č. 265/2001 Sb. do ust. § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu. Na podkladě avizované oportunní výjimky mohl státní zástupce zastavit trestní stíhání, bylo-li dosaženo účelu trestního řízení vzhledem k významu a míře porušení nebo ohrožení chráněného zájmu, který byl dotčen, způsobu provedení činu a jeho následku, nebo okolnostem, za nichž byl čin spáchán, a chování obviněného po spáchání činu, tedy vzhledem k téměř shodným kritériím (až na kritérium „chování pachatele po spáchání činu“) posuzovaným v rámci již předtím posouzené hmotněprávní korekce. V českém trestním právu se tak objevila poměrně raritní situace, a sice duplicitní korekce trestního bezpráví v trestním právu hmotném i procesním, která v podstatě dodnes (v určitých modifikacích plynoucích z rekodifikace trestního práva) přetrvává a bývá předmětem četné kritiky.³⁰

²⁹ Novotný O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M. *Trestní právo hmotné – I. obecná část*, 4.vyd. Praha: Aspi Publishing, 2003, s. 71-75. ISBN 80-86395-73-1.

³⁰ KANDOVÁ, Katarína. Nad korekcí trestního bezpráví. In: LORKO, Jakub; BELEŠ, Andrej. (eds.). *Trestné právo ako ultima ratio – hmotnoprávne a procesnoprávne aspekty. Zborník príspevkov z 1. sekcie medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum 2016*. 1. vyd. Bratislava: Komenského univerzita, Právnická fakulta, 2016. s. 100-102. ISBN 978-80-7160-436-5.

Je tak evidentní, že trestněprávní teorie doslova volala po změně trestněprávního řešení (nejen) v souvislosti s pojetím trestného činu již mnoho let a panovalo jakési nadšení a pozitivní očekávání z probíhajících rekodifikačních prací. Do popředí se dostávala vedle formálního pojetí trestného činu právě též zásada subsidiarity trestní represe a objevily se též první úvahy o jejím zakotvení do trestního práva hmotného.

Jak uvedl Jescheck v jednom svém článku věnovanému reformě obecné části československého trestního práva, jedním z hlavních témat reformy a vůdčí myšlenkou liberálního trestního práva v právním státě je dekriminalizace. Stát je dle něho oprávněn omezit svobodu jednotlivce trestním právem pouze v situaci, kdy je to nezbytné pro ochranu společnosti, přičemž cituje rozhodnutí Spolkového soudního dvora³¹, podle kterého „*trestní normy představují ultima ratio v instrumentáriu zákonodárce*“. Autor uvedl, že velkou přípravnou práci již provedly dílčí novely trestního zákona, ovšem je třeba dořešit otázku bagatelních trestních věcí a zřící se vazby na politicko-ideologický pojem „nebezpečnosti činu pro společnost“. V souvislosti s uvedeným i on pak „navrhuje“ různé příklady jejich řešení ze zahraničního trestního práva (cestu německého přestupkového práva, zastavení řízení podle § 153 německého trestního řádu či kupříkladu již výše naznačenou rakouskou beztrestnost v případech chybějící trestuhodnosti činu podle § 42 rakouského trestního zákona), o kterých se v této práci rovněž zmíním.³²

2.2.1. Doplnění k tzv. rakouskému „vzoru“

Vzhledem k tomu, že jsem ke konci podkapitoly 2.2 zmiňovala odkazované vzory na rakouskou trestněprávní úpravu tzv. nedostatečné trestnosti činu (Mangelde Strafwürdigkeit der Tat), kdy se (nejen) v učebnici českého trestního práva hmotného objevila myšlenka, že bychom si tuto úpravu mohli takřikajíc vzít za vzor pro tehdy již očekávanou „novou“ úpravu trestního práva hmotného, dovolím si i několik bližších poznámek i k ní. Faktem totiž je, jak bude blíže rozvedeno ve čtvrté kapitole věnované komparaci právní úpravy zvolené naším zákonodárcem a právní úpravy vybraných evropských zemí, že právě tento rakouský institut nedostatečné trestnosti činu obsažený v § 42 rakouského trestního zákona (dále v této práci též jen „*StGB*“) skutečně byl při rekodifikaci

³¹ BVerfGE 39, 1, 47.

³² JESCHECK, H. H. K reformě obecné části československého trestního práva z hlediska právně srovnávacího. *Právník*, č. 1/1992, s. 23-25.

českého trestního práva hmotného považován za jeden z argumentů podporujících zakotvení zásady subsidiarity do trestního zákoníku a bylo na něj odkazováno v odborné literatuře, kdy bylo dáváno za vzor, že i v trestním zákonodárství vyspělých západních států (jako právě v Rakousku), jež jsou založeny na formálním pojetí trestného činu, se objevují ustanovení obdobná materiálnímu korektivu.³³

Ono hmotněprávní ustanovení nedostatečné trestnosti činu³⁴, která odůvodňovala jeho beztrestnost, ovšem bylo s účinností od 1.1. 2008 zrušeno. Tedy ještě před účinností trestního zákoníku. Nestalo se tak sice bez jakékoliv náhrady, nýbrž přesunem obdobného institutu tzv. upuštění od trestního stíhání kvůli nepatrnosti (Einstellung wegen Geringfügigkeit) do procesněprávní úpravy § 191 odstavec (1) rakouského trestního řádu (dále v této práci též jen „StPO“)³⁵. Jsou-li splněny podmínky stanovené v § 191 (1) StPO, státní zástupce je povinen trestní stíhání zastavit. Avizované ustanovení tedy neklade prostor pro uvážení (není nastaveno jako eventualita) jako je tomu v českém trestním právu procesním. Rakouské trestní právo tedy nepřipouští úpravu duplicitní a procesněprávní korektiv byl po několika desetiletích upřednostněn před korektivem hmotněprávním, jenž byl definitivně vypuštěn.

³³ Kupříkladu: 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.

³⁴ § 42 Strafgesetzbuch (BGBl. Nr. 60/1974): Pokud za čin, stíhatelný z úřední povinnosti, je možno uložit pouze peněžitý trest, trest odnětí svobody nepřevyšující tři léta, není činem trestným, jestliže:

1. vina pachatele je nepatrná,
2. čin nemá žádné následky nebo má jen bezvýznamné následky nebo pokud se pachatel alespoň vážně snažil o to, aby následky činu byly odstraněny, napraveny nebo jinak narovnány,
3. potrestání není nutné, aby se jím pachatel odradil od páčání jiných trestných činů, nebo aby se působilo proti páčání trestných činů jinými osobami.

Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort [online]. © 2022 [cit. 21. 01. 2022]. Dostupné z:

<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR12029584/NOR12029584.html>.

³⁵ § 191 (1) Strafprozessordnung (BGBl. Nr. 1975/631): Hrozí-li pachateli pouze uložení peněžitého trestu, trestu odnětí svobody, jehož maximální výše by nepřekročila tři roky, či kombinace obojího, státní zastupitelství od stíhání upustí a zastaví přípravné řízení, pokud:

1. při zvážení viny, následků činu a chování obviněného po činu, zejména s ohledem na případnou náhradu škody, stejně tak jako okolností, které by měly vliv na výměru trestu, lze nahlížet na čin jako na nepatrný,
2. potrestání nebo postup dle hlavy 11. se nejeví jako vhodný, aby obviněného odradil od páčání dalších trestných činů, nebo aby se tím působilo proti páčání trestných činů jinými osobami.

Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort [online]. © 2022 [cit. 21. 01. 2022]. Dostupné z:

<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40092941/NOR40092941.html>.

3 SUBSIDIARITA TRESTNÍ REPRESY V PLATNÉ PŘÁVNÍ ÚPRAVĚ

3.1 Subsidiarita trestní represe de lege lata

Při zahájení třetí kapitoly jsem po načtení související literatury dlouho přemýšlela, jak vlastně začít a jak odpovídajícím způsobem označit pojetí trestného činu zakotvené v trestním zákoníku. Rozhodla jsem se vyjít z důvodové zprávy k trestnímu zákoníku a začít „jednoduše“ sdělením v ní obsaženém, a sice že trestní zákoník se po dlouhé éře od dob předválečného období navrací (respektive takový návrat je dle mého, jak dále vysvětlím, spíše proklamován) k formálnímu pojetí trestného činu, který jest v jeho ust. § 13 odst. 1 vymezen jako *„protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně.“* K vyvození trestní odpovědnosti za spáchání určitého činu ovšem nepostačí, pokud určitý čin vykazuje naplnění všech formálních znaků skutkové podstaty některého trestného činu, a to právě s ohledem na zakotvení zásady subsidiarity trestní represe v ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, jenž stanoví *„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.“*

3.1.1 Subsidiarita trestní represe v procesu rekodifikace českého trestního práva

Pro náležité uvedení podkapitoly 3.1 a onoho „nového“ pojetí trestného činu v trestním zákoníku je nevyhnutelné věnovat se alespoň v míře nezbytné procesu rekodifikace českého trestního práva, který předcházela přijetí trestního zákoníku, a to výlučně s ohledem na zvolené „formální“ pojetí trestného činu a zakomponování zásady subsidiarity trestní represe a vůbec celého ustanovení § 12 odst. 2 do samotného textu trestního zákoníku, neb se jednalo o proces zdlouhavý, náročný a dalo by se říci i proces plný změn, zvrátů a kritiky.

Na pomyslném počátku diskutované rekodifikace stála tzv. Stálá pracovní komise pro trestní právo Legislativní rady vlády ČSFR, která od začátku 90. let minulého století iniciovala reformní hnutí na poli trestního práva hmotného a procesního, přičemž po zániku federace se česká i slovenská trestněprávní reforma vydala postupně každá svou vlastní cestou. Ve druhé polovině 90. let minulého století převzala iniciativu rekodifikační komise Ministerstva

spravedlnosti ČR pro trestní právo hmotné a procesní, a na základě její práce byly položeny základy koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného.³⁶

Veřejnost byla s koncepcí připravované rekodifikace seznamována po částech, kdy kupříkladu v časopise Trestněprávní revue (č. 12/2002 a č. 5/2003)³⁷ byly postupně uveřejněny články P. Šámala, prostřednictvím kterých došlo k jejímu seznámení nejprve s úvodními ustanoveními připravovaného trestního zákona týkajících se pochopitelně rovněž formálního pojetí trestného činu, cíli nové kodifikace a základními zásadami, na nichž měla být nová kodifikace založena. Vztaženo ryze k tématu práce vyzdvihnu příkladmo jako jeden z deklarovaných cílů snahu o plné zajištění ochrany občanských práv a svobod a dalších hodnot garantovaných ústavním zákonem č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů (v práci též jen „Ústava“) a Usnesením předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku České republiky (v práci též jen „LZPS“), jakož i vynutitelnost důležitých příkazů a zákazů prostředky trestního práva, byť jde o nejzazší řešení („ultima ratio“), nicméně však řešení v některých směrech nepominutelné. Dále pak hovoří o subsidiární úloze trestního práva (principu „ultima ratio“) jako krajního prostředku ochrany jednotlivců a společnosti, coby jedné ze základních zásad, na nichž má být celá rekodifikace trestního práva založena. Ono formální pojetí by mělo podle Šámala více odpovídat logice trestního práva spočívající v tom, že se řízení např. pro nepatrnou krádež zastaví, než aby se taková nepatrná krádež již předem nepovažovala za trestný čin, což by mohlo mít především u mladistvých pachatelů za následek destrukci právního vědomí sociálně etického významu krádeže³⁸.

Řešení pojetí trestného činu bylo předloženo ve věcném záměru alternativně. *„První alternativa vycházela z toho, že pojem trestného činu bude založen na pojetí formálním. Alternativa druhá stavěla na kombinaci, a sice formálního pojetí trestného činu s materiálním korektivem v podobě společenské škodlivosti, v podstatě ve smyslu formálně-materiálního pojetí chápaného de lege lata, z hlediska viny. Legislativní rada se nakonec přiklonila k alternativě první,*

³⁶ KRATOCHVÍL, Vladimír. „Zrcadlo prvních třiceti šesti...“ (paragrafů obecné části nového trestního zákona České republiky – 2002). *Trestněprávní revue*, 2003, č. 1, s. 1–5.

³⁷ ŠÁMAL, Pavel. K úvodním ustanovením připravované rekodifikace trestního zákona. *Trestněprávní revue*, 2002, č. 12. Dále pak ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník. *Trestněprávní revue*, 2003, č. 5.

³⁸ ŠÁMAL, Pavel. K úvodním ustanovením připravované rekodifikace trestního zákona. *Trestněprávní revue*, 2002, č. 12, s. 349.

tedy k čistě formálnímu pojetí trestného činu, v zásadě s odůvodněním, že odpovídá standardu trestního zákonodárství vyspělých demokracií... Obávám se však, že formální pojetí trestného činu, i přes jeho určitá pozitiva (maximální legalita podmínek trestní odpovědnosti, jednotná interpretace a aplikace, rovnost před zákonem), není zcela v souladu se zásadou trestního práva jako „ultima ratio“, o níž hovoří důvodová zpráva k osnově na s. 719. Tak jak je toto pojetí v důvodové zprávě charakterizováno, zahrnuje např. majetkové trestné činy (krádeže) takříkajíc „od nuly“ (viz tam zmíněná „nepatrná krádež“). Jde totiž o to, kdo a na základě čeho posoudí a rozhodne o této „nepatrnosti“ in concreto? Vše by tedy mělo spadat, jak se zdá, pod „deštník“ trestního práva hmotného jako čin soudně trestný (trestný čin), a teprve až následně by se reagovalo cestou procesní, za využití zásady oportunitity a případně odklonů. To podle mého soudu vůbec neodpovídá logice trestního práva hmotného, jak uvádí citovaná důvodová zpráva. Bude-li však např. u majetkových trestných činů zachována dosavadní konstrukce jejich skutkových podstat ve zvláštní části trestního zákona, tedy s využitím typů škod, odstupňovaně korunově definovaných v obecné části, neznamena to ovšem nic jiného než pojetí formálně-materiální, a nikoliv jen pojetí formální.“³⁹

Ačkoliv prvotní reakce na tuto kardinální změnu v pojetí základů trestní odpovědnosti byly povětšinou skeptické, našly se i názory a postoje umírněné, z nichž je patrná snaha o jakési pochopení navrhovaných koncepčních změn trestního práva hmotného – především na formální pojetí trestného činu a souvisejících možných dopadů při určování (bez)trestnosti jednání. Kupříkladu v reakci na zmiňovaný Šámalův článek byl v Trestněprávním revue uveřejněn článek J. Kuchty reagující na navrhovanou změnu, dle níž konstitutivním znakem trestnosti nadále nebude společenská nebezpečnost trestného činu následovně: „Domníváme se ovšem, že ani takové pojetí ještě neznamena absolutní příklon k vysvětlování trestnosti či beztrestnosti pouze a bezvýjimečně na základě existence či neexistence formálních znaků trestného činu – skutkové podstaty, popř. formální protiprávnosti. I když v trestních zákonících jiných států je trestný čin zpravidla vymezen jako jednání protiprávní a trestné, je chápán jako souhrn znaků, které ve svém souhrnu ho charakterizují jako čin společensky škodlivý, porušující právní hodnoty (statky), před kterým je třeba společnost i občany

³⁹ KRATOCHVÍL, Vladimír. „Zrcadlo prvních třiceti šesti...“ (paragrafů obecné části nového trestního zákona České republiky – 2002). *Trestněprávní revue*, 2003, č. 1, s. 1–5.

chránit. Při tomto přístupu má hledisko společenské nebezpečnosti či škodlivosti povahu významného interpretačního pravidla, pomáhajícího vyložit zákonnou skutkovou podstatu a její znaky podle jejich smyslu. Také proto si i do budoucna podrží nepochybně svůj význam jako obligatorní znak skutkové podstaty objekt trestného činu. Lze tedy souhlasit např. s Novotným, že i při formálním pojetí trestného činu se vedle něj uplatňuje aspekt materiální jako jeho korektiv, přičemž jeho uplatnění je v souladu s požadavkem zákonnosti, neboť se uplatňuje v rámci formální zákonné úpravy trestněprávních institutů, kterou však nenahrazuje, ale pomáhá ji správně vyložit. Od takového pojetí není třeba ustupovat, neboť takové korektivy lze najít i v trestním zákonodárství vyspělých západních států, budujících právě na formálním pojetí trestného činu, kde jsou uváděny v trestních zákonech buď výslovně nebo se v praxi a teorii uznávají omezení plynoucí z tzv. sociální adekvátnosti a z principu *minima non curat praetor*. Požadavek ochrany určitých právních statků, jejichž porušení je pro společnost škodlivé, je možno považovat za materiální důvod trestnosti, jako interpretační vodítko pro zákonodárce při výběru jednání, která je třeba prohlásit za trestná, i jako vodítko pro orgány činné v trestním řízení při výkladu a aplikaci trestněprávních norem.“
Vzhledem k dalším prvotním reakcím na uveřejněný návrh úvodních ustanovení připravované rekodifikace trestního zákona, s nimiž jsem se při zpracování této práce seznámila, považuji tento svým přístupem za sporadický.⁴⁰

Předložený vládní návrh založený na formálním pojetí s navazující formální definicí trestného činu měl sice své příznivce, ale měl i významné kritiky a oponenty. Jak Šámal později konstatoval, pokud tito v zásadě s formálním pojetím souhlasili, směřovala jejich kritika proti posílení principu oportunité (a tedy procesnímu řešení věci) na úkor procesní zásady legality. Jmenovitě Novotný byl kupříkladu zastáncem názoru, že „problém“ má být řešen již v právu hmotném, když hledisko škodlivosti (nebezpečnosti) činu má povahu významného interpretačního principu, a nikoliv jen korektivu, který koriguje. Právě s ohledem na to poukazoval na možnost formalizovat takový interpretační princip v trestním kodexu výslovně. Právě vzhledem k těmto návrhům bylo dle Šámala Ústavněprávním výborem Poslanecké sněmovny uloženo zpracovateli doplnit již předložený vládní návrh trestního zákoníku novým **interpretačním**

⁴⁰ KUČHTA, Josef. Několik poznámek k postavení a formulaci okolností vylučujících protiprávnost v připravované rekodifikaci trestního zákona. *Trestněprávní revue*, 2003, č. 2, s. 47–52.

pravidlem, který došel svého výrazu v poslaneckém pozměňovacím návrhu na vložení nového, dle něho kompromisního, výkladového ustanovení § 396 odst. 2 (později § 393 odst. 2), který zněl: „*Znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby v souladu s účelem trestního zákona byl za trestný čin považován jen čin společensky škodlivý.*“⁴¹

Současně byla impulzem pro zakotvení společenské škodlivosti činu objevující se obava z toho, že by ryze formální pojetí mohlo vést k zahlcení orgánů činných v trestním řízení bagatelními trestnými činy, které byly do té doby (v důsledku institutu nebezpečnosti činu pro společnost) odkládány ještě ve fázi před zahájením trestního stíhání, přičemž bylo poukazováno na následné nepříznivé ekonomické důsledky s tím související. Šámal navrhovanou koncepci ustanovení § 396 odst. 2 obhajoval s tím, že jej řadí cíleně mezi výkladová ustanovení coby výkladové pravidlo, a nikoliv do ustanovení § 13 obsahujícího definici trestného činu, poněvadž se jedná o interpretační pravidlo.⁴²

Za dalšího z významných kritiků navrhovaného řešení považují Pipka, který se k němu vyjadřoval opakovaně v jednotlivých svých publikacích.⁴³ Ono Pipkem označované „nejasné, nesrozumitelné, sporné až exotické výkladové pravidlo“ bylo z původně navrhovaného ust. § 396 odst. 2 později přesunuto do ust. § 393 odst. 2 (ještě před vtělením zásady subsidiarity trestní represe do návrhu ust. § 12 odst. 2 stávajícího trestního zákoníku, čímž by se dalo snad říci, že alespoň částečně bylo „vyhověno“ Pipkově kritice, pokud jde o umístění „výkladového pravidla“ v systematicke trestního zákoníku).⁴⁴ Pipek je toho názoru, že diskutované palčivé ustanovení je nezpochybnitelnou součástí definice trestného činu, které takzvaně dopracovává, a fakticky restauruje původní materiální pojetí trestného činu. Jedná se dle něho zároveň o špatně umístěný korektiv jako znak definice trestného činu, který by měl být uveden přímo v definici trestného činu obsažené v § 13 trestního zákoníku, a který se ve své podstatě výrazně neliší od původního znaku společenské nebezpečnosti. Nejde o pouhé výkladové, nýbrž i hodnotící kritérium, a takové řešení on sám považuje za

⁴¹ 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.

⁴² ŠÁMAL, Pavel. *Osnova trestního zákoníku 2004-2006*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 358. ISBN 80-7179-527-5.

⁴³ Mimo dále citované kupříkladu: PIPEK, Jiří. Formální pojetí trestného činu a princip oportunity. *Trestněprávní revue*, 2004, č. 11, s. 309–320. Dále pak PIPEK, Jiří. Zamyšlení nad reformou českého trestního práva. *Právník*, 2006, č. 11, s. 1253-1254.

⁴⁴ To ovšem neznamená, že by (ve schváleném znění trestního zákoníku) byly odstraněny další autorem kritizované sporné otázky týkající se koncepce trestného činu jakožto základu trestní odpovědnosti.

nedůstojné a obcházející deklarované formální pojetí trestného činu, na kterém má být trestní zákoník vystavěn.⁴⁵

Příhodné je na tomto místě poznamenat, že Pipek kritizuje současné doprovázení návrhu změny trestního zákoníku návrhem novelizace trestního řádu a v jejich důsledku zavedené dva paralelní způsoby řešení korekce uplatňování trestní odpovědnosti – prostřednictvím hmotněprávního korektivu uplatňování trestněprávního nároku a současně prostřednictvím procesněprávní korekce zásady legality. Nastolenou duplicitu je podle něj namísto odstranit. Pipek sám se označuje spíše za zastávce procesního řešení a uplatňování principu oportunité, jež pokládá z hlediska zákonnosti a principu lex certa za vhodnější, kdy do popředí vstupuje osobní úloha a odpovědnost justice za svá rozhodnutí. Za patřičný argument, pro který nebylo shledáno pouze procesní „oportunní“ řešení dostatečným, nepovažuje argument přetížení orgánů činných v trestním řízení bagatelními věcmi. Podle něho přetížení orgánů, jejichž prvořadým úkolem je poskytování spravedlnosti ve věcech trestních, nesmí být rozhodujícím kritériem pro to, co bude či nebude posuzováno jako trestný čin a základ odůvodnění pro volbu koncepce pojetí trestného činu.⁴⁶

Jak je dnes již všeobecně známo, k přijetí nové kodifikace českého trestního práva v roce 2006 nedošlo, jelikož její návrh byl v rámci projednávání v Senátu 8. 2. 2006 zamítnut, přičemž Poslanecká sněmovna 21. 3. 2006 nepřehlasovala veto Senátu.⁴⁷ Práce na novém návrhu trestního zákoníku však vzápětí znovu započaly. Přepracovaný návrh byl Poslanecké sněmovně předložen 25. 2. 2008 a schválen 11. 11. 2008.⁴⁸

Vztaženo čistě k tématu této práce byla při dalších pracích na nové kodifikaci trestního zákoníku zvolena varianta zachování formální definice pojmu trestného činu doplněná o zakotvení zásady subsidiarity trestní represe a principu ultima ratio přesunutými nakonec do ust. § 12 návrhu trestního zákoníku, jež obsahuje obecná ustanovení o základech trestní odpovědnosti, a to s následujícím zdůvodněním. „*Ze zásady subsidiarity trestní represe vyplývající princip ultima*

⁴⁵ PIPEK, Jiří. K pojmu trestného činu v návrhu trestního zákoníku. *Právník*, 2007, č. 9, s. 1036-1039.

⁴⁶ Tamtéž, s. 1038, 1045-1046.

⁴⁷ Sněmovní tisk č. 744 k vládnímu návrhu trestního zákoníku. Pramen: Poslanecká sněmovna Parlamentu [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=4&T=744>.

⁴⁸ Sněmovní tisk č. 410 k vládnímu návrhu trestního zákoníku. Pramen: Poslanecká sněmovna Parlamentu [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=5&T=410>.

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 protispolečenských 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 nepřipustné.⁴⁹ Přitom tento princip je uplatňován jak v systémech s formálním pojetím trestného činu,⁵⁰ tak i v systémech s materiálním pojetím trestného činu.⁵¹ 52

Shora naznačeným vývojem se tak do textu platného trestního zákoníku takřikajíc „dostala“ zásada subsidiarity trestní represe spolu s principem ultima ratio, přičemž reakce, pohled a navazující důsledky takového počínu rozebírám v dalších částech této práce.

3.1.2 Subsidiarita trestní represe v trestním zákoníku (zák. č. 40/2009 Sb.)

Tento oddíl započnu názorem prezentovaným k zásadě subsidiarity trestní represe zakotvené v trestním zákoníku v Draštíkovi komentáři z toho důvodu, že se jedná o komentář reflektující vydání Stanoviska NSČR (jemuž pro jeho důležitost věnuji především oddíl 3.3.1) a zároveň je vzhledem k době jeho vydání „aktuálnější“ komentářem k tématu.⁵³ Ačkoliv komentář pronáší, že k vyvození trestní odpovědnosti za spáchání určitého činu nepostačí, vykazuje-li určitý čin naplnění všech formálních znaků určitého trestného činu, neboť existují dvě

⁴⁹ Roxin, C., Arzt, G., Tiedemann, C. Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht. 4. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, s. 3; dále srov. Jescheck, H.–H., Weigend, T. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, s. 26 až 27.

⁵⁰ Trechsel, S., Noll, P. Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Zürich: Schulthess, 1998, s. 27 až 28.

⁵¹ Srovnej k tomu judikaturu Ústavního soudu České republiky – zejména nálezy pod sp. zn. IV. ÚS 564/2000, I. ÚS 558/2001, IV. ÚS 469/2002, I. ÚS 180/2003, I. ÚS 4/2004, II. ÚS 413/2004 atd.; dále i rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky pod sp. zn. 7 Tz 230/2000, 5 Tdo 897/2005, atd.

⁵² Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb. trestní zákoník, č. 40/2009 Dz., s. 195. Pramen: Poslanecká sněmovna Parlamentu [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=5&ct=410&ct1=0>.

⁵³ Jelikož byl v průběhu mého zpracovávání této práce vydán Ščerbuvi komentář k trestnímu zákoníku, který je v současné době komentářem nejaktuálnější, byla tato skutečnost z mé strany zohledněna a v tomto směru bylo uvedení této podkapitoly ve vztahu k Draštíkovi komentáři modifikováno. Zároveň podotýkám, že jsem se vzhledem k aktuálnosti, ale především pak z důvodu propracovanosti Ščerbova komentáře (míněno ryze k tématu této práce) rozhodla věnovat mu samostatnou podkapitolu, nikoliv jej zakomponovat do rámce této podkapitoly reflektující (mj.) ostatní komentářovou literaturu k tématu práce.

specifické podmínky trestní odpovědnosti, a sice že se musí jednat o čin náležitě společensky škodlivý a zároveň v reakci na něj nepostačí vyvození jiné než trestní odpovědnosti, následně označuje požadavek potřebné společenské škodlivosti za **vyjádření materiálního korektivu jinak v principu formálního pojetí**.⁵⁴

Kritéria pro určení míry společenské škodlivosti dovozuje z kritérií upravených v § 39 odst. 2 trestního zákoníku, ale přitom současně upozorňuje, že trestní zákoník terminologicky důsledně rozlišuje mezi hodnocením a posuzováním jednotlivých kritérií z hlediska míry společenské škodlivosti při posuzování otázky viny od hodnocení těchto kritérií při posuzování povahy a závažnosti trestného činu při určování druhu a výměry trestu. Přestože komentář uvádí, že posuzování společenské škodlivosti má klíčový význam především u takových znaků trestného činu, které nemají jasně vymezenou spodní hranici, jakož při odlišování trestných činů od deliktů, jež nemají být trestněprávně postihovány, následně zase předešlá, že v principu je třeba hodnotit společenskou škodlivost všech činů naplňujících formální znaky skutkových podstat trestných činů. Hned nato uzavírá, že zásadně platí, že vykazuje-li protiprávní čin všechny formální znaky skutkové podstaty některého trestného činu, je společensky škodlivý a trestněprávní reakci vyžaduje. Konstatování nedostatečné společenské škodlivosti činu je namístě výjimečně a u činů svou závažností neodpovídajících ani těm nejlehčím, běžně se vyskytujícím trestným činům dané právní kvalifikace. Zde tlumočené závěry tak na mne působí jako vzájemně nesouladné. Pokud jde o druhou podmínku trestní odpovědnosti, vyjadřuje tato podle komentáře fakt, že trestní právo a trestněprávní řešení představují řešení ultima ratio tehdy, nestačí-li k ochraně ohrožených či porušených práv jiná (mimotrestní) řešení, ale žádnou bližší specifikaci k posouzení, v jakých případech „nepostačí“ vyvození mimotrestní odpovědnosti, komentář nepředkládá. Trestnímu postihu za spáchaný protiprávní čin má dle komentáře zabránit absence splnění, byť jedné ze dvou těchto specifických podmínek trestní odpovědnosti.⁵⁵

Dle Jelínka je legální definice trestného činu hmotněprávně korigována právě zásadou subsidiarity trestní represe, coby jednou ze základních zásad platného trestního práva. Tuto zásadu nalézáme přímo vyjádřenou v ust. § 12 odst.

⁵⁴ SOTOLÁŘ, Alexander. §12. In: Draštík A, Fremr R, Durdík T, Růžička M, Sotolář A. a kol. *Trestní zákoník: komentář. I.díl.* Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 46-48. ISBN978-80-7478-790-4.

⁵⁵ Tamtéž. s. 48-50.

2 trestního zákoníku, dle něhož trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu. Uplatnění zásady subsidiarity trestní represe vyžaduje splnění těchto dvou kumulativních podmínek. O subsidiaritě trestní represe se v pražské Jelínkově učebnici trestního práva, jakož i Jelínkově komentáři, hovoří v první řadě (také) jako o určitém **materiálním korektivu onoho formálního pojetí trestného činu nastoleného trestním zákoníkem**, když trestní právo má nastoupit jako prostředek ultima ratio až v tom okamžiku, kdy ostatní prostředky (právní a/nebo mimoprávní) ochrany taxativně vymezených zájmů se ukáží býti neúčinné a protiprávním jednáním dotčené zájmy mohou být chráněny výlučně prostředky trestními, a zároveň jako o významné interpretační zásadě, podle které je znaky trestného činu zapotřebí vykládat tak, aby za trestný čin byl považován jen čin společensky škodlivý.⁵⁶

Podle Šámala je ve snaze dosažení maximální legality podmínek trestní odpovědnosti trestní zákoník založen na formálním pojmu (definici) trestného činu, což bylo vedeno snahou o zvýšení jednotnosti při výkladu a aplikaci zákona a k posílení rovnosti všech lidí před zákonem. Formální pojem trestného činu podle něho vede k přesnějšímu vymezení skutkových podstat trestných činů, protože neumožňuje ponechat řešení neurčitých nebo širokých zákonných pojmů na judikatuře soudů.⁵⁷

V této souvislosti Šámal připomíná teoretické východisko, ze kterého kodifikace trestního zákoníku vychází, a který pro pochopení dále ocituji. Odkazuje na Novotného, podle kterého *„trestněprávní nauka rozlišuje materiální pojem trestného činu, kterým se nejčastěji rozumí čin společensky škodlivý, a formální pojem trestného činu, kterým je čin trestný podle platného trestního práva, přičemž je třeba rozlišovat přístup z pohledu de lege ferenda a z pohledu de lege lata. De lege ferenda celá trestněprávní nauka běžně vychází z materiálního pojmu trestného činu. De lege lata se však akcentuje hlavně formální pojem trestného činu. Materiální pojem trestného činu je základem kriminalizace vybraných trestných činů, vyjadřuje představu společnosti o tom, co smí být pod*

⁵⁶ JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s. 116 a 118, ISBN 978-80-87212-49-3. Dále pak v JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou*. 1. vydání. Praha: Leges, 2009, s. 21. ISBN 978-80-87212-22-6.

⁵⁷ ŠÁMAL, Pavel. § 13. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník: komentář. I. díl*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 129-130. ISBN 978-80-7400-428-5.

*trestem zakázáno, a je důležitým kriminálně politickým instrumentem. Formální pojem trestného činu musí být naproti tomu základem platného trestního práva, neboť má umožnit přísné rozlišování trestných činů a činů beztrestných, a být tak rozhodující pro garanční funkci trestního zákoníku. Toto pojetí vychází ze zásady nullum crimen sine lege certa, ze které vyplývá i požadavek určitosti trestněprávních norem“⁵⁸. A právě na takto vymezený formální pojem trestného činu navazuje podle Šámala řešení obsažené v trestním zákoníku v návaznosti na v § 12 odst. 2 uvedenou zásadu subsidiarity trestní represe, které znamená opuštění dosavadního materiálního či materiálně formálního pojetí a je výraznou změnou určující charakter nové kodifikace trestního práva. **Nová kodifikace trestního práva hmotného podle Šámala vychází z formálního pojetí trestného činu (přesněji z formálního pojmu trestného činu).**⁵⁹*

Podle Šámala vyjadřuje ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku princip ultima ratio (ze zásady subsidiarity trestní represe vyplývající) tím, že váže zjištění potřebné míry společenské škodlivosti z hlediska trestní odpovědnosti pachatele za spáchaný trestný čin na závěr, že nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu. Nadále podle něho platí, že princip ultima ratio není toliko principem omezujícím zákonodárce, nýbrž má význam rovněž pro interpretaci trestněprávních norem, a vyplývá z něho, že trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protispolečenských 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, nýbrž z pohledu principu právního státu nepřijatelné.⁶⁰

Již v důvodové zprávě k trestnímu zákoníku je akcentováno, že „nová“ kodifikace trestního zákoníku je založena na přesvědčení, podle něhož je třeba dosahovat ochrany demokratického státního a společenského zřízení, práv a svobod jednotlivců a ochrany jejich života, zdraví a majetku především mimotrestními prostředky. Na protiprávní jednání je třeba reagovat prostředky trestního práva až v krajních případech v souladu s pomocnou úlohou trestního práva v právním řádu a ve společnosti. Za zmínku rovněž stojí konstatování v důvodové zprávě k trestnímu zákoníku, podle něhož samotné materiální pojetí

⁵⁸ Tamtéž. s. 131. Převzato z: Novotný, O., Vanduchová, M. a kol. Trestní právo hmotné 1. Obecná část. 5. vydání. Praha: ASPI, 2007, s. 115.

⁵⁹ Tamtéž. s. 132.

⁶⁰ ŠÁMAL, Pavel. § 12. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník: komentář. I. díl. 2. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2012, s. 116. ISBN 978-80-7400-428-5.

trestného činu (se zdůrazňováním společenské nebezpečnosti trestného činu), které bylo zakotveno v trestním zákoně č. 140/1961 Sb., a stupeň nebezpečnosti činu pro společnost byl vždy chápán jako „politický a ideologický pojem“, který v liberálním trestním právu a v právním státě nemá místo. K vyřídění činů, jež mají znaky trestného činu jen zdánlivě, je třeba použít podstatně konkrétnějších a jednoznačnějších kritérií.⁶¹

Ze zásady subsidiarity trestní represe podle důvodové zprávy k trestnímu zákoníku plyne, že trestněprávní řešení představuje ultima ratio nejen pro zákonodárce, ale i pro všechny orgány činné v trestním řízení.⁶²

Na v předchozím odstavci uvedeném se shodují představitelé dnešní právní teorie i praxe, když připouští, že ze zásady subsidiarity trestní represe plyne, že trestněprávní řešení představuje ultima ratio jak pro zákonodárce, tak i pro soudce, státní zástupce a policii. Zásada subsidiarity trestní represe vyžaduje, aby stát uplatňoval prostředky trestního práva zdrženlivě, a to zejména v situacích, kdy ostatní prostředky (sociálně politické a právní ochrany) selhávají či nejsou efektivní, neboť trestní právo a trestněprávní kvalifikace určitého jednání jako trestného činu je až krajním prostředkem ochrany základních celospolečenských hodnot. Důvodem pro takový postoj jest skutečnost, že trestní právo disponuje těmi nejcitelnějšími prostředky státního donucení, jež zasahují do práv a svobod občanů a jsou způsobilé ohrozit jejich sociální existenci, a to nejen „pachatelů“, ale i jejich blízkých.⁶³

Na zvolené řešení pojetí trestného činu zakotvené v ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, které je (resp. „má býti“ dle výše rekapitulované komentářové a odborné literatury) vystavěné na kombinaci formálního pojetí a „hmotněprávního korektivu“ rozsahu trestního bezpráví prostřednictvím zásady subsidiarity trestní represe je však již od dob vyhlášení trestního zákoníku (a v podstatě již od dob zveřejnění jeho návrhu) ze strany představitelů současné právní teorie i praxe nahlíženo rozdílně.

Jako významného kritika zvoleného řešení považuji Kratochvíla, podle jehož názoru nabízí zvolené pojetí při interpretaci a aplikaci trestního zákoníku velmi široký prostor při hledání odpovědi na otázku, zda byl spáchán trestný čin,

⁶¹ Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb. trestní zákoník, č. 40/2009 Dz., s. 181-183. Pramen: Poslanecká sněmovna Parlamentu [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=5&ct=410&ct1=0>.

⁶² Tamtéž. s. 196.

⁶³ ŠÁMAL, Pavel. § 12. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník: komentář. I. díl. 2.* vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 115-116. ISBN 978-80-7400-428-5.

tedy v otázce viny a samotném základu trestní odpovědnosti, a to právě z pohledu konkrétní společenské škodlivosti spáchaného činu. Orgány činné v trestním řízení to podle něho může vést k tomu, že vedle znaků skutkové podstaty konkrétního trestného činu budou posuzovat a hodnotit s oporou o zásadu subsidiarity trestní represe patrně všechny konkrétní okolnosti případu, jejichž velmi obecnou nabídku obsahuje důvodová zpráva v místě, kde odkazuje v na ustanovení § 39 odst. 2 trestního zákoníku⁶⁴, jež je (jak bude dále rozvedeno, tak nejen podle Kratochvíla) ustanovením funkčním výlučně při soudní úvaze o trestní sankci. Zároveň Kratochvíl v tomto bodě poukazuje na zřejmou podobnost s ustanovením § 3 odst. 4 zákona trestního zákona⁶⁵, byť z důvodové zprávy k trestnímu zákoníku plyne, že někdejší pojetí společenské nebezpečnosti trestného činu v liberálním trestním právu a v právním státě nemá místo. Kratochvíl mínil již před tím, než trestní zákoník nabyt účinnosti, že důsledkem tohoto zvoleného řešení bude při interpretaci a aplikaci trestního zákona in concreto nedůsledné odlišení viny od trestu, základů trestní odpovědnosti samotné od právních následků základů trestní odpovědnosti a úlohy materiální stránky trestného činu tu i tam.⁶⁶

I o řadu let později Kratochvíl píše, že funkce trestného činu z hlediska viny pachatele a jeho materiální stránky je ve stejné roli, a s přijetím „nového“ trestního zákoníku se nijak zásadně nezměnila (a nemění). Dle autora **nelze absolutizovat fakt, že materiální stránka znakem jeho legální definice podle trestního zákona byla, kdežto podle trestního zákoníku není. Za klíčové a stěžejní při těchto úvahách je dle autora samotné pojetí trestného činu, nikoliv jen jeho samotný pojem.**⁶⁷

Také podle autorů knihy Řešení bagatelních deliktů, Jiříčka a Marka, je problematická již skutečnost, že v důvodové zprávě k trestnímu zákoníku je uvedeno, že tento jest postaven na formálním pojetí trestného činu, kteréžto odpovídá požadavkům zásady zákonnosti a vylučuje možnost nadměrného uvážení orgánů činných v trestním řízení právě, pokud jde o otázku (ne)trestnosti

⁶⁴ „Povaha a závažnost trestného činu jsou určovány zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou, záměrem nebo cílem.“

⁶⁵ „Stupeň nebezpečnosti činu pro společnost je určován zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou.“

⁶⁶ KRATOCHVÍL, Vladimír. Vybrané problémy obecné části návrhu trestního zákoníku ČR 2007 z hlediska obhajoby (1. část). *Bulletin advokacie*, roč. 2008, č. 5, s. 13-21.

⁶⁷ KRATOCHVÍL, Vladimír. Případ, trestný čin, společenská škodlivost a vina v trestním právu (o zásadě subsidiarity trestní represe trochu jinak). *Právník*, 2015, č. 7, s. 537–559.

daného jednání, a tím pádem posiluje právní vědomí jednotlivců. Cílem zavedení formálního pojetí bylo právě omezit volnost uvážení orgánů činných v trestním řízení a zvýšit jednotnost při výkladu a aplikaci trestního zákona. (Troufám si tvrdit, že se naplnění tohoto cíle úplně nezdařilo, jelikož v opačném případě by neexistovaly tak markantní rozdíly nejen v teorii, ale především v rozhodovací soudní praxi, a to včetně rozdílů kupříkladu v rozhodování samotného Nejvyššího soudu – pokud jde o posouzení (bez)trestnosti jednání při řešení otázky aplikace zásady subsidiarity trestní represe.) V rozporu s touto proklamací je podle autorů knihy právě samotné ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, třebaže zákonodárce trvá na tom, že se o negaci formálního pojetí (ani o návrat k pojetí materiálně formálnímu) nejedná, a poukazuje, že společenská škodlivost není samostatným znakem trestného činu, ale je třeba ji užívat jako interpretační pravidlo a prostředek k výkladu konkrétních znaků skutkové podstaty. Ze samotného znění ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku ovšem neplyne, jakým způsobem jej mají orgány činné v trestním řízení aplikovat čili jaký je skutečný význam zásady subsidiarity trestní represe pro výklad pojmu trestného činu.⁶⁸

Právě určování společenské škodlivosti povahou a závažností trestného činu bývá předmětem kritiky také ze strany Jelínka, který zákonodárci vytýká, že kritéria společenské škodlivosti nejsou uvedena v definici trestného činu, nýbrž odtrženě v avizovaném ustanovení vymezujícím kritéria pro stanovení druhu a výměry trestu, tedy mimo oblast viny, v důsledku čehož musí být jejich aplikace coby materiálního korektivu formální definice trestného činu analogická. Nadto bývá kritizováno, že zákonodárce výslovně nezakotvil, že při nedostatku znaků uvedených v ust. § 39 odst. 2 trestního zákona, nepůjde o čin společensky škodlivý.⁶⁹

S názorem, že termín společenské škodlivosti zákonodárce nezvolil příliš vhodně, se ztotožňují rovněž Tibitzlová a Mulák v jejich článku věnovaném zásadě subsidiarity trestní represe, když jakýmsi terčem kritiky není toliko (ne)vhodnost avizovaného termínu, nýbrž i jeho nedefinování zákonodárcem (autoři nemají namysli vyčerpávající definici, avšak jakýsi pokus o stanovení

⁶⁸ JIŘÍČEK, P. MAREK, T. *Řešení bagatelních deliktů*, Praha: Leges, 2014, s. 65-67. ISBN 978-80-87576-90-8.

⁶⁹ FENYK, J. *Základy trestní odpovědnosti podle nového trestního zákoníku České republiky č. 40/2009 Sb. Trestní právo 3/2009*, s. 5-6. Převzato z: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s. 119. ISBN 978-80-87212-49-3.

nejnižšího stupně společenské škodlivosti), přičemž sdílejí názor, podle něhož je stanovení kritérií společenské škodlivosti prostřednictvím hledisek povahy a závažnosti činu (tj. hledisek pro ukládání trestů) nevhodné – je nevhodné používat kritéria pro ukládání trestů v otázkách trestní odpovědnosti. Autoři rozebírají jednotlivá kritéria pro ukládání trestů a poukazují na možnost hrozícího konfliktu se zásadou rovnosti především v souvislosti s kritériem osoby pachatele. *„Tedy osoba pachatele, a to zejména skutečnost, zda se jedná o prvopachatele nebo recidivistu, bude mít zcela jistě význam při ukládání trestu, případně pro použití některého z procesních postupů, avšak v otázce viny se domníváme, 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 trestného činu, vliv na destrukci právního vědomí této společnosti, které je už tak zkoušeno instituty jak současnými (např. dohoda o vině a trestu, spolupracující obviněný), tak zvažovanými (např. soukromá žaloba v trestním řízení).“* Absence kritérií společenské škodlivosti neprospívá podle autorů ani právní jistotě adresátů trestního práva, neboť totožný trestný čin spáchaný za stejných okolností či dokonce stejným pachatelem může být dvěma různými soudy posuzován zcela odlišně.⁷⁰

Na rozdíl od výše jmenovaných některých z kritiků (v rámci této práce jich totiž zmiňuji i řadu dalších) Šámal zakotvení společenské škodlivosti do trestního zákoníku v rámci základů trestní odpovědnosti a nedefinování jejích stupňů obhajuje, když uvádí, že jde o pojem nepochybně přesnější, než byl pojem společenská nebezpečnost, jenž používal trestní zákon. Opuštění společenské nebezpečnosti bylo dle Šámala namísto nejen proto, že je s ním spojeno tzv. třídní pojetí a třídní uplatňování trestního zákona, ale také pro jeho obsahovou nevhodnost, neboť z hlediska své povahy ona „nebezpečnost“ směřuje do budoucna. Pojem společenské škodlivosti činu naproti tomu má vztah, k již spáchanému činu, který zájmy chráněné trestním zákoníkem již „poškodil“. Společenská škodlivost je podle důvodové zprávy k trestnímu zákoníku určována povahou a závažností trestného činu, která se podle § 39 odst. 2 trestního zákoníku uplatňuje při stanovení druhu trestu a jeho výměry, k čemuž Šámal dodává, že společenská škodlivost je sice určována především intenzitou zejména

⁷⁰ TIBITANZLOVÁ, Alena, MULÁK, Jiří. Ještě několik poznámek na téma zásady subsidiarity trestní represe. *Trestněprávní revue*, 2018, č. 5, s. 115-120.

naplnění jednotlivých složek povahy a závažnosti činu, ale zcela se tím nevyčerpává, neboť je spojena s principem ultima ratio. Trestní zákoník společenskou škodlivost včetně jejích stupňů dle něho nedefinuje záměrně, pročež ponechává řešení potřebné míry společenské škodlivosti z hlediska spodní hranice trestní odpovědnosti na posouzení konkrétních okolností případu, v němž to bude s ohledem na princip ultima ratio přicházet v úvahu, samotnými orgány činnými v trestním řízení a eventuálně v konečné fázi na rozhodování trestního soudu. Trestní zákoník dle Šámala 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. „*Vztahuje-li se § 12 odst. 2 o zásadě subsidiarity trestní represe k pojmu trestného činu, jde o otázku viny, kdy je třeba hodnotit společenskou škodlivost při zvažování rozhodných kritérií pro stanovení spodní hranice trestní odpovědnosti, zatímco u povahy a závažnosti trestného činu jde o kritéria uplatňovaná při ukládání trestu v případě, v němž soud již shledal potřebnou míru společenské škodlivosti pro uplatnění trestní odpovědnosti pachatele trestného činu, a proto pohled a přístup soudu k těmto kritériím, byť jsou obecně vymezena stejnými pojmy, musí být s přihlédnutím k povaze zásady subsidiarity trestní represe navázané na princip ultima ratio zákonitě jiný, což je třeba i v zákonné dikci náležitě odlišit.*“ Smysl odkazu na ust. § 39 odst. 2 trestního zákona v důvodové zprávě je pak dle Šámala jen poukázat na skutečnost, že i při řešení míry společenské škodlivosti a použití zásady subsidiarity trestní represe nelze opomenout zejména význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsob provedení činu a jeho následky, okolnosti, za kterých byl čin spáchán, osobu pachatele, míru jeho zavinění a jeho pohnutku, záměr nebo cíl. Jedná se totiž podle něho o tak obecná kritéria, která by bylo nutno použít i bez (často kritizovaného) odkazu v důvodové zprávě⁷¹, protože vlastně pokrývá veškeré v úvahu přicházející faktory společenské škodlivosti.⁷²

Na obhajobu zvoleného řešení a pojetí kritérií společenské škodlivosti v trestním zákoníku se prakticky shodně, jako jest uvedeno v předchozím

⁷¹ Na tomto místě jen ve stručnosti připomenou, že v oddíle 3.1.5 této podkapitoly předkládám posouzení otázky vymezení kritérií společenské škodlivosti činu prezentované ve Ščerbově komentáři, který jejich analogický výklad prostřednictvím kritérií v ust. § 39 odst. 2 trestního zákoníku rovněž kritizuje, nicméně po rozboru uvedeného připouští, že tato jsou zároveň kritérii výkladu společenské škodlivosti případu podle § 12 odst. 2 trestního zákoníku, nikoliv však v podobě pochybného odkazu obsaženého v důvodové zprávě, nýbrž samy o sobě.

⁷² ŠÁMAL, Pavel. § 12. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník: komentář. I. díl.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 118. ISBN 978-80-7400-428-5.

odstavci, Šámal vyjadřoval již v jednom svém článku z první poloviny roku 2009 vydaném v návaznosti na podpis „nového“ trestního zákoníku prezidentem republiky. Vzhledem k tomu, že pod terčem kritiky zvoleného řešení často bývá předkládán názor, že pojetí trestného činu dle trestního zákoníku je prakticky obdobné jako tomu bylo za účinnosti trestního zákona č. 140/1961 Sb. a že pojem „nebezpečnost pro společnost“ byl toliko nahrazen pojmem „společenská škodlivost“, nicméně ve skutečnosti není ono nové řešení založené na formálním pojetí trestného činu, doplním ještě Šámalovo vyjádření k tomuto porovnání „staré“ a „nové“ úpravy, z něhož je evidentní, že Šámal současné pojetí kritérií společenské škodlivosti vnímá jako správné a opodstatněné: *„trestní zákon při obecném použití materiálního znaku spočívajícího v nebezpečnosti činu pro společnost toto nerozlišoval a vyžadoval v ustanovení § 3 odst. 1, 2, 4⁷³ při posuzování materiálního znaku trestného činu a v § 31 odst. 1⁷⁴ při stanovení druhu trestu a jeho výměry hodnocení v zásadě stejné, jak vyplývá i z odkazu na § 3 odst. 4 trestního zákona. Z těchto důvodů trestní zákoník používá v ustanovení § 12 odst. 2 o zásadě subsidiarity trestní represe a v ustanovení § 39 odst. 2 o povaze a závažnosti trestného činu odlišné pojmy, neboť jde o řešení zcela rozdílných otázek, a to na jedné straně otázky uplatnění trestní odpovědnosti, resp. řešení spodní hranice trestní odpovědnosti, a na druhé straně stanovení druhu a výměry trestu v případě, v němž z hlediska ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku se již dospělo k závěru, že uplatnění trestní represe je na místě, tedy jinými slovy, že konkrétní spáchaný trestný čin je natolik společensky škodlivý, aby byl uplatněn trestní postih.“* Šámal pak v další části článku obhajuje i skutečnost, že trestní zákoník se nepokusil definovat ani jakýsi „obecný stupeň nejmenší společenské škodlivosti“, jelikož takovýto blíže nespecifikovaný pojem ani žádný konkrétní materiální obsah podle něho nemá, nadto z hlediska společenské škodlivosti ve smyslu trestního zákoníku nejde o jednotnou hranici

73 Zákon č. 140/1961 Sb., Trestní zákon, § 3 odst. 1, 2, 4:

(1) Trestným činem je pro společnost nebezpečný čin, jehož znaky jsou uvedeny v tomto zákoně.

(2) Čin, jehož stupeň nebezpečnosti pro společnost je nepatrný, není trestným činem, i když jinak vykazuje znaky trestného činu.

(4) Stupeň nebezpečnosti činu pro společnost je určován zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou.

74 Zákon č. 140/1961 Sb., Trestní zákon, § 31 odst. 1:

(1) Při stanovení druhu trestu a jeho výměry přihlídně soud k stupni nebezpečnosti trestného činu pro společnost (§ 3 odst. 4), k možnosti nápravy a poměrům pachatele.

pro všechny trestné činy v kategoriích přečinů a zločinů, ale o individuální a konkrétní přístup ke každému spáchanému trestnému činu.⁷⁵

Z výše předestřených názorů na pojetí trestného činu a zásadu subsidiarity trestní represe v trestním zákoníku lze uzavřít na přetrvávající zcela rozdílné náhledy na chápání zákonodárcem zvoleného řešení dané především tím, že někteří představitelé dnešní právní teorie a praxe vnímají společenskou škodlivost jako korektiv stávajícího pojetí trestného činu (nikoliv definice trestného činu) napomáhající správnému výkladu a aplikaci trestního zákoníku (při zdůraznění, že trestní zákoník stojí na formálním pojetí trestního činu) a jiní naopak zastávají stanovisko, že společenská škodlivost činu obsažená v ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku je vlastně negací formálního pojetí a jakýmsi kvazi návratem „společenské nebezpečnosti“ a materiálnímu pojetí trestného činu. Onen druhý přístup zastánci zvoleného řešení trestního zákoníku odmítají, přičemž Šámal sám označuje řešení za odpovídající vývoji moderního trestního práva, kdy ve většině trestních zákoníků je trestný čin zpravidla vymezován formální definicí, ve které je zdůrazňováno, že trestným činem je jednání protiprávní a trestné. Právě ona společenská škodlivost protiprávnost činu zdůrazňuje, a jestliže se trestní zákoník k němu navrácí, pak se jedná o pojetí materiální protiprávnosti, které bylo až do roku 1950 pro naše trestní právo tradiční.⁷⁶

Zajímavý pohled na pojetí trestného činu ve spojení s korektivem trestního bezprávní nabízí též Kandová, která ozřejmuje koncepci trestním zákoníkem zvoleného pojetí v souvislosti s rekonstrukcí trestního práva hmotného, která byla připravována již od 90. let, byť trestní zákoník nabyl účinnosti až v roce 2010. Tvůrci „nového“ trestního zákoníku původně počítali se zavedením formálního pojmu i pojetí trestného činu, což vyvolalo v odborných kruzích rozporuplné reakce, zejména v kontextu možné tvrdosti takové navrhované rigidní právní úpravy, a následně vlastně podnítilo zakomponování zásady subsidiarity trestní represe odvozené z principu ultima ratio do znění konečné verze trestního zákoníku. Ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku tak expressis verbis zhmotnilo obecnou zásadu, že trestní odpovědnost lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, v nichž nepostačuje uplatnění odpovědnosti v rámci jiných právních odvětví. Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku pak ve spojitosti

⁷⁵ ŠÁMAL, Pavel. K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5, s. 129–136.

⁷⁶ Tamtéž.

s pojmem společenská škodlivost případu odkazuje, jak již bylo výše zmiňováno, na § 39 odst. 2 trestního zákoníku. Celková koncepce „vtělení“ zásady subsidiarity trestní represe do znění trestního zákoníku podpořená odkazem na ustanovení o trestání vyvolala v praxi poměrný zmatek, a v první řadě její nejednotnou aplikaci. Kandová poukazuje, že část praxe s novým ustanovením § 12 odst. 2 trestního zákoníku nakládala jako s interpretačním korektivem, zatímco druzí jeho zakotvení uchopili jako návrat materiálního korektivu do trestního práva hmotného ve smyslu materiálně-formálního pojetí trestného činu v užším i širším smyslu. První skupina orgánů aplikujících trestní právo tedy zásadu subsidiarity trestní represe brala v potaz jen při vykládání jednotlivých znaků (zejména neurčitých pojmů) skutkových podstat. Druhá skupina ji zase aplikovala způsobem umožňujícím eliminovat (zejména) bagatelní trestné činy z důvodu jejich nedostatečné společenské škodlivosti, přestože tato konkrétní jednání naplnila veškeré formální znaky trestného činu. Na tuto nejednotnou praxi orgánů činných v trestním řízení reagovalo o několik let později Stanovisko NSČR, které v podstatě aprobovalo první i druhý přístup k aplikaci ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku. Stanovisko zároveň rozlišuje mezi užitím této zásady jako interpretačního pravidla tam, kde je třeba vyložit některé neurčité pojmy a výkladem stanovit hranice mezi trestným činem a činem beztrestným, a dále pak mezi užitím této zásady jako korektivu k tomu, aby se neuplatnila trestní odpovědnost, i když byl spáchán trestný čin (menší závažnosti). Právě na podkladě tohoto Stanoviska lze dle Kandové dovodit, že v současné české trestněprávní úpravě figuruje formální pojem a formálně-materiální pojetí trestného činu, nikoli však jen pojetí formální, jak je proklamováno v důvodové zprávě k trestnímu zákoníku a některých komentářích a/nebo učebnicích trestního práva hmotného.⁷⁷

Ještě na závěr tohoto oddílu doplním, že i po téměř deseti letech od nabytí účinnosti trestního zákoníku, Šámal odmítl, že by přístup trestního zákoníku k vymezení vztahu pojmu trestného činu a zásady subsidiarity trestní represe znamenal návrat k materiálnímu pojetí trestného činu ve smyslu trestního zákona, jak často předkládají někteří právní teoretikové, neboť princip subsidiarity trestní represe se uplatňuje vedle obecné definice trestného činu obsažené v ust. § 13 odst. 1 trestního zákoníku. Její (ne)použití nestojí mimo znaky konkrétního

⁷⁷ KANDOVÁ, Katarína. Materiální a (nebo) procesní korektiv v trestním právu. *Trestněprávní revue*, 2017, č. 5, s. 111-117.

spáchaného trestného činu. Ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku vymezující zásadu subsidiarity trestní represe neznamena negaci formálního pojmu (definice) trestného činu, a to proto, že ačkoliv je trestný čin vymezen jako jednání protiprávní a trestné na podkladě formálních znaků trestného činu, je zároveň chápán jako souhrn takových znaků, které ho ve svém celku charakterizují jako čin společensky škodlivý, před kterým je třeba společnost i jednotlivé fyzické a právnické osoby chránit, neboť porušuje základní právní statky, na nichž je vybudována demokratická společnost. Tento závěr platí podle něho tím spíše, že subsidiarita trestní represe se uplatňuje bez ohledu na to, zda je či není kodifikována⁷⁸. *„Byla-li při aplikaci trestních předpisů porušena zásada subsidiarity trestní represe, je nerozhodné, zda se platný trestní zákon hlásí k tzv. formálnímu či k formálně-materiálnímu pojetí trestného činu. Princip subsidiarity vždy zůstává jedním z klíčových vodítek nejen pro zákonodárce, nýbrž též pro orgány činné v trestním řízení při aplikaci trestních zákonů, jež musí být s to zohlednit, že se v daném individuálním případě vyskytují mimořádné skutkové okolnosti, které způsobují, že stupeň nebezpečnosti, resp. škodlivosti prověřovaného skutku je extrémně nízký.“* Šámal poukazuje na tzv. suprapozitivní principy, které jsou legislativní cestou nezměnitelné, a obhajuje na nich, že již samotné původní znění návrhu trestního zákoníku, které vymezení subsidiarity trestní represe neobsahovalo a jejíž kodifikování si posléze vynutily požadavky

⁷⁸ O tom, že zásada subsidiarity trestní represe a z ní plynoucí princip pojetí trestního práva jako ultima ratio není žádnou novou myšlenkou, s níž by tzv. přicházel až trestní zákoník, pojednává kupříkladu i Půry ve svém příspěvku publikovaném v roce 2008 v době po předložení návrhu trestního zákoníku. Půry poukazyval, že ačkoliv dosud nedošlo k jejímu výslovnému zakotvení do pozitivní právní úpravy, jde o tradiční zásadu trestního práva, která se ovšem obtížně v praxi prosazuje, o čemž svědčí i nemalé množství rozhodnutí přijatých po roce 2000 ze strany NSČR a ÚSČR a věnovaných případům zneužívání trestního práva na úkor mimotrestních odvětví, přepínání trestní represe, které podnítila především narůstající snaha nemalé části podnikatelů dosáhnout řešení svých podnikatelských obtíží prostřednictvím trestního práva namísto dosažení jejich vymahatelnosti prostředky mimotrestními, které se jim jevíly často problematicky vymahatelné. Autor posléze zároveň analyzuje formulaci ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku a dvě kumulativně stanovené podmínky, při jejichž splnění lze přistoupit k užití trestního práva, a sice i. musí jít o případy společensky škodlivé a ii. nepostačuje u nich uplatnění odpovědnosti podle jiných právních předpisů. Za problematický a sporný bod považuje druhou podmínku, podle které „nepostačuje“ uplatnění odpovědnosti podle jiných právních předpisů, když negativně vnímá, že tato podmínka není nijak blíže vyložena. Předkládá pak řadu teoretických otázek, kdy by mohlo být uplatnění mimotrestních právních odvětví hodnoceno „nedostačujícím“ (zřejmě se bude jednat o případy, kdy by uplatněná mimotrestní sankce byla zjevně neúměrná s ohledem na způsobenou škodu, počet poškozených, nemajetnost pachatele, apod.) a otevírá prostor pro další diskuzi k tomu, s čím se bude muset praxe po nabytí účinnosti trestního zákoníku vypořádat, když upozorňuje na složitější, nejednoznačné případy, u nichž bude muset docházet k individuálnímu posouzení této podmínky. (Půry, F. Poznámky k pojetí trestního práva jako „ultima ratio“. In: VANDUCHOVÁ, Marie a Tomáš GRÍVNA, ed. *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI, 2008, s. 252-264. ISBN 978-80-7357-365-2.)

zákonodárce, stejně tak jako nadále se objevující návrhy na vypuštění zásady subsidiarity z trestního zákoníku, by na jejím používání ničeho nezměnily.⁷⁹

3.1.3 Subsidiarita trestní represe z pohledu policejního orgánu

V návaznosti na volbu tématu této práce byla jednou z počátečních otázek, které mne v té souvislosti napadaly, zda a jakým způsobem reflektoval právě policejní orgán změnu při přechodu na formální pojetí trestného činu podle trestního zákoníku a zakotvení zásady subsidiarity trestní represe, a zda to v praxi přineslo výrazné změny při jeho „práci“ na pozici orgánu činného v trestním řízení. S touto jsem se začala pravidelně setkávat (pracovně) od jara 2012 v trestních věcech, které jsme v kanceláři řešili, a poměrně záhy mne napadaly myšlenky, zda opravdu policejní orgán tuto „změnu“ na počátku roku 2010 zaznamenal a zda ji aplikuje na řešené trestní věci tak, jak by měl. Vzhledem k těmto úvahám pokládám za příhodné doplnit práci o oddíl pojednávající o tom, jak na změnu v podobě deklarovaného nového pojetí trestného činu „doprovozeného“ ustanovením § 12 odst. 2 trestního zákoníku nahlížel policejní orgán, a zda či jak se to projevilo při jeho práci.

Jako podklad mi posloužil kupříkladu Fryštákův článek reagující na změnu pojetí trestného činu právě z pohledu policejního orgánu. V tomto článku Fryšták uvádí, že přestože policejní orgán „přišel“ o materiální stránku trestného činu jako jeden z definičních znaků odlišujících trestný čin od přestupku, trestní zákoník mu pomocnou ruku nabídnul právě v zakotvení subsidiarity trestní represe a principu ultima ratio do textu zákona. Vzhledem k tomu se mi na prvý pohled nabízí úvaha, zda společenskou škodlivost činu v praxi nebude policejní orgán chápat jen jako „nebezpečnost činu pro společnost jinak pojmenovanou“.⁸⁰

Autor si je zjevně vědom toho, že mezi předchozí a soudobé pojetí trestného činu nelze klást rovnítko. Proto též vyjadřuje obavy, že skutečnost, podle níž policejní orgán může trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu, znamená, že policejní orgán by měl mít znalosti z oněch jiných právních předpisů, aby bez

⁷⁹ Šámal, P. K diskuzi o subsidiaritě trestní represe. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo (stále) v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvílovi*. [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 433-435. ISBN 978-210-8921-1. Dostupné z: https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Kalvodova_TP_v_pohybu.pdf.

⁸⁰ FRYŠTÁK, Marek. Policejní orgán a pojetí trestného činu v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2010, č. 11, s. 341-346.

existence materiální stránky trestného činu mohl realizovat a naplnit zásadu subsidiarity trestní represe a aby mohl posoudit a rozhodnout, zda jednání je trestným činem či nikoliv, což může činit (nejen vzhledem ke vzdělání policistů) podle něho obtíže. Od data účinnosti trestního zákoníku se tak dle autora policejní orgán dostává do zcela nové pozice, kdy díky formálnímu pojetí trestného činu se při posuzování toho, zda je určité jednání trestným činem či nikoliv, je třeba vycházet ze zásady subsidiarity trestní represe. V závěru mnou předestřené článku si autor klade otázku, zda se v souvislosti s účinností trestního zákoníku od 1. 1. 2010 v praxi opravdu změnilo něco v postupu policejního orgánu, na kterou vzápětí odpovídá, že se nezměnilo vůbec nic, neboť policejní orgán dle něho postupuje v rámci trestního řízení čistě zvykově a pracuje s tím, co má „zažito a odzkoušeno“ ze své dřívější činnosti, případně co mu bylo dříve vysvětleno či někým ukázáno. Jen pro doplnění uvádím, že autor v letech 1997–2009 působil u Policie České republiky.⁸¹

Diskutovanému tématu tohoto oddílu byl věnován rovněž zajímavý příspěvek do sborníku vydaného při příležitosti konání 3. ročníku mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity zpracovaný na téma Aplikace společenské škodlivosti ve smyslu § 12 odst. 2 trestního zákoníku v policejní praxi. Hned v jeho úvodu autor upozorňuje, že v minulých desetiletích docházelo k přílišnému přepínání trestní represe v rozporu se zásadou subsidiarity trestní represe, která nebyla respektována, a vyjadřuje závěr, že v policejní praxi tyto postupy nadále přetrvávají. Proto si klade otázku, zda je možné zákonný požadavek v podobě ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku do praktické roviny policejní praxe vůbec prosadit, jelikož požadavky týkající se řádné aplikace zásady subsidiarity trestní represe jsou prezentovány přinejmenším od roku 2004 (byť vyplývají zejména z rozhodovací praxe ÚSČR) a doposud nepřinesly žádné „úspěchy“ pokud jde o jejich aplikaci v policejní praxi. V příspěvku zaznívá též hodnocení myšlenky objevující se v dobách krátce po přijetí nového trestního zákoníku, a sice že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku je pro policejní praxi zbytečné a že nemusí být z jeho strany uplatňováno. S tím se autor příspěvku (dle mého zcela správně) neztotožňuje. Podle něho by měl být reflektován záměr zákonodárce snížit využívání trestněprávních prostředků k ochraně zájmů jednotlivce, a tento jeho záměr by

⁸¹ Tamtéž.

měl být naopak reflektován již od pomyslného „počátku“ řešení konkrétní věci v rámci postupů policejní praxe.

Krejčí v tomto příspěvku dále pak posuzuje možnosti policejního orgánu, zda a jak ukončit po formální stránce trestní řízení s ohledem na zásadu subsidiarity trestní represe a z ní plynoucího principu ultima ratio ze strany policejního orgánu. Po nastínění teoretických aspektů diskutované zásady a přechodu od materiálního pojetí trestného činu k pojetí formálnímu s odkazy na odborné názory a judikaturu ÚSČR a NSČR potom předkládá, jaké otázky nastávají v jednotlivých fázích rozhodování policejního orgánu od okamžiku přijetí podání ve smyslu ust. § 59 trestního řádu. Již v této fázi pak dle autora je potřebné, aby policejní orgán podmínky společenské škodlivosti v kontextu se zásadou subsidiarity trestní represe aplikoval, přičemž splňuje-li podání zákonem stanovená kritéria a lze-li z něho vyvodit závěr o nutnosti konání šetření ve smyslu ustanovení § 158 odst. 1 trestního řádu, má policejní orgán postupovat následovně. Nejprve v případě, že přichází v úvahu řešení mimotrestními právními prostředky, sdělit podateli, že se z těchto důvodů k jeho podání nepřihlíží, a právě s ohledem na zásadu subsidiarity trestní represe a princip ultima ratio ho odkázat na jiné (mimotrestní) řešení věci. V opačném případě, tedy dospěje-li policejní orgán k právnímu názoru, že v podání naznačené jednání mělo důvodně naplněné znaky trestného činu, je povinen ve smyslu ustanovení § 158 odst. 3 trestního řádu zahájit úkony trestního řízení. Policejní orgán má již od této chvíle povinnost (nyní pod vedením státního zástupce coby dominus litis) zaobírat se otázkou, zda skutek, který je uveden ve výroku usnesení, naplňuje formální znaky trestného činu, a zda v sobě skýtá takovou míru společenské škodlivosti, která nedosahuje spodní hranice trestní odpovědnosti, a tudíž nejde o trestný čin. Anebo dosahuje spodní hranice trestní odpovědnosti, ale existují zde podmínky pro uplatnění zásady subsidiarity trestní represe, a proto není zájem orgánů činných v trestním řízení konat trestní řízení. V případě, že policejní orgán bude konstatovat, že se z hlediska formálního pojetí a zmíněných zásad jedná o přestupek, tak usnesením věc odevzdá příslušnému orgánu.⁸²

⁸² KREJČÍ, Zdeněk. *Aplikace společenské škodlivosti ve smyslu § 12 odst. 2 trestního zákoníku v policejní praxi*. In: Sborník, Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. [online]. [cit. 1.5.2022]. Brno: Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1. Dostupné z: https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/novy_trest/Krejci_Zdenek%20_1268_.pdf.

Otázkou zůstává, do jaké míry se ve skutečnosti policejní orgán podmínkami a aplikací společenské škodlivosti v kontextu se zásadou subsidiarity trestní represe v jednotlivých případech zaobírá. Byť se autoři obou příspěvků v podstatě shodovali v závěrech, že již policejní orgán musí reflektovat záměr zákonodárce vyjádřený v ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku, v praxi nebyl tento záměr reflektován tak, jak bylo jimi očekáváno.

Při seznámení se závěry výše uvedených příspěvků Fryštáka a Krejčího se mi vybavil případ „nepříčetné“ klientky, jejíž trestní věc byla téměř celý rok šetřena policejním orgánem (z toho přes třičtvrtě roku ve fázi trestního stíhání) pro podezření ze spáchání přečinu neoprávněného opatření, padělání a pozměnění platebního prostředku podle § 234 odstavec 1 trestního zákoníku, jehož se měla dopustit tím, že se v nejmenovaném obchodním centru pokusila zaplatit útratu 220,- Kč za provedenou službu (úpravu obočí) platební kartou jejího kamaráda, kterému tuto kartu téhož dne při návštěvě v jeho bytě odcizila z volně odložené peněženky (v níž se v té době nacházela i uložená hotovost, kterou tam klientka ponechala). Jednalo se o mladou 23letou ženu, která se k odcizení karty dozнала bezprostředně poté, co se s ní pokusila zaplatit samotné kosmetičce, vyčkala u ní příjezdu policejního orgánu, s tímto se snažila dle svých možností spolupracovat. Ihned po ustavení obhájcem ex offio mne kontaktovali její rodinní příslušníci a již na úvodním setkání bylo nasnadě, zda je klientka vlastně schopná účasti v trestním řízení, jelikož její vystupování i komunikace byly prakticky dětinské. Jak mi bylo její rodinou sděleno, klientka se *de facto* již 2 roky dobrovolně a pravidelně podrobovala léčbě na psychiatrii, a to přibližně od doby, kdy byla rozsudkem okresního soudu omezena ve svéprávnosti, pokud jde o nakládání s majetkem a zároveň bylo rozhodnuto o tom, že není způsobilá uzavírat smlouvy s odloženým plněním. Klientka měla ustanoveného opatrovníka – svou matku. O tom rodina klientky informovala policejní orgán ještě před mým ustanovením. Krom otázky, zda byla klientka v době spáchání stíhaného činu příčetná mne zároveň napadalo, do jaké míry je vůbec stíhané jednání společensky škodlivé ve smyslu ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku. Po seznámení se spisovým materiálem, výsledku klientky za účasti obhájce a jejího opatrovníka a komunikaci s policejním orgánem, přibral policejní orgán znalce z oboru zdravotnictví, odvětví psychiatrie, a to za účelem vypracování znaleckého posudku k vyšetření duševního stavu klientky. Znalec v posudku vyřkl jednoznačný závěr, a sice že klientka trpí závažnou duševní poruchou (kombinací

mentální retardace a poruchy vývoje osobnosti) se závažnými poruchami chování, a že její rozpoznávací schopnost byla v době spáchání činu snížena v míře podstatné, přičemž její ovládací schopnost byla v důsledku duševní poruchy zcela zaniklá. Tedy dalo by se říci učebnicový příklad okolnosti vylučující trestní odpovědnost. Vzhledem k tomu jsem obratem podala návrh na zastavení trestního stíhání podle ust. § 172 odst. 1 písm. e) trestního řádu, a to i se zdůrazněním nedostatečné společenské škodlivosti jednání a poukazem na závěr znalce o neschopnosti obviněné účastnit se trestního řízení (pro neschopnost chápat jeho smysl a účinně se hájit). Dozorující státní zástupce však přes jednoznačné závěry posudku trval na doplňujícím výslechu znalce, na kterém později za jeho účasti s policejním orgánem znalci kladli dotazy, jako by se jej snažili přesvědčit, zda není možné, že by ovládací schopnost klientky byla pouze zmenšená, namísto jím vyřčeného zániku této schopnosti, zda rozpoznávací schopnost byla snížena opravdu v míře podstatné, a zda je schopen ono „podstatné snížení“ vyjádřit procentuálně.

Věc sice nakonec téměř po roce vyšetřování dopadla opravdu zastavením trestního stíhání klientky s odkazem na to, že klientka nebyla pro nepřičetnost trestně odpovědná, dodnes mi ovšem není zcela jasné, co podnítilo snahu „nevzdat případ a klientku stíhat“ ještě po seznámení se s jednoznačnými závěry znaleckého posudku, navíc pokud vezmu v potaz všechny ostatní okolnosti případu a osoby „pachatele“ (vrozená duševní porucha se závažnou poruchou chování bez předpokladu vyléčení, doporučení v pokračování v ambulantním léčení, neschopnost účasti v trestním řízení, pokus o zaplacení služby za 220,- Kč platební kartou, ačkoliv v peněžence, z níž byla karta odcizena, se v té době nacházela násobně vyšší hotovost, a další). V žádném případě nezpochybnuji, že v trestním řízení je třeba postupovat důsledně a netvrdím, že by bylo možné utvořit závěr o neexistenci trestní odpovědnosti pro nepřičetnost bez zadání zpracování znaleckého posudku. Na druhou stranu tohoto jsme se dovolávali bezprostředně poté, co jsem byla ustanovena obhájcem klientky a na její duševní stav rodina klientky upozorňovala policejní orgán bezprostředně poté, co bylo zahájeno šetření v této věci. Zároveň je podle mého zajisté nezbytné v rámci posuzování bagatelních případů mít důsledně na paměti, jak praví komentářová i učebnicová literatura, že trestní právo je nejzazším prostředkem ochrany právního řádu, a tomuto by měl postup v rámci trestního řízení přizpůsobit již policejní orgán od počátků šetření věci. Jak jsem v práci (v oddíle 3.1.2 pojednávajícím o

subsidiaritě trestní represe zakotvené v trestním zákoníku) zmiňovala, trestní právo disponuje těmi nejcitelnějšími prostředky státního donucení, které notně zasahují do práv a svobod občanů, jakož i jejich blízkých a mohou vyvolat i řadu vedlejších negativních účinků jak u pachatele, tak 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 s tím, že neexistuje jiné řešení než trestněprávní a že pasivita státu by mohla vést ke svémoci či svépomoci občanů a k chaosu.⁸³ Lze proto polemizovat nad tím, zda téměř rok trvajícím vyšetřováním a trestním stíháním, které bylo pro klientku a ve značné míře pro její rodinu, která o ní pečuje, extrémně psychicky náročné, bylo v této věci skutečně namístě, a zda by takový postup bylo možné označit za souladný se zásadou subsidiarity trestní represe a principem ultima ratio.

Dalo by se tak uzavřít, že policejní orgán zakotvení zásady subsidiarity trestní represe do ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku odpovídajícím způsobem nereflekoval. Jenom pro zajímavost doplním vlastní zkušenosti z praxe, kdy jsem se v době výkonu advokacie a poskytování právních služeb v trestních věcech v podstatě nesečkala s jediným případem, v němž by policejní orgán společenskou škodlivost činu posuzoval, což ovšem neznamená, že by žádná z řešených trestních kauz takové posouzení nevyžadovala. Takový přístup se mi spíše jeví jako reflektování ryze formálního pojetí trestného činu, na kterém ovšem trestní zákoník vystavěn není. Bez ohledu na rozdílnost názorů na interpretaci a aplikaci avizovaného ustanovení nelze při posuzování trestní odpovědnosti pachatele vycházet čistě z toho, zda byly či nebyly naplněny všechny formální znaky skutkové podstaty trestného činu, a otázku společenské škodlivosti činu ignorovat. Taková zkušenost ovšem, věřím, může být jen mou osobní zkušeností a není určující pro komplexní posouzení přístupu policejního orgánu k interpretaci a aplikaci ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku. Pokud jde o doporučení vhodného postupu při „nakládání“ se zásadou subsidiarity trestní represe ze strany policejního orgánu, dovoluji si odkázat na podkapitulu 5.2 této práce a úvahy de lege ferenda, které tam blíže rozvádím.

⁸³ ŠÁMAL, Pavel. § 12. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník: komentář. I. díl.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 116. ISBN 978-80-7400-428-5. Převzato z: Novotný, O., Vanduchová, M. a kol. *Trestní právo hmotné I. Obecná část.* 5. vydání. Praha: ASPI, 2007, s. 45.

3.1.4 Subsidiarita trestní represe z pohledu státního zástupce

Jak jsem v předchozím oddíle naznačila, ze strany policejního orgánu nebylo přijetí nové kodifikace trestního práva, pokud jde změnu pojetí trestného činu a zakotvení ust. § 12 odst. 2 do trestního zákoníku, vnímáno s přílišným nadšením (hodnoceno z vlastních zkušeností při postupu policejního orgánu v rámci řešení trestních věcí), popřípadě byla zakotvená zásada subsidiarity trestní represe a společenská škodlivost vnímána jako jakási „převlečená“ společenská nebezpečnost toliko jinak pojmenovaná. Když jsem se dala do zjišťování postoje k diskutované materii z pohledu státního zástupce, narazila jsem na příspěvek ředitele analytického a legislativního odboru Nejvyššího státního zastupitelství v Brně, který byl publikován ještě před přijetím stanoviska NSTZ k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku) ze dne 21. 11. 2011. K mému překvapení se k novému pojetí stavěl pozitivně a vstřícněji, než jsem očekávala. Jak se však později ukázalo, ani státní zástupce v praktické aplikaci ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku neměl tak jasno, jak se mohlo jevit na začátku, neboť v opačném případě by nemuselo přinejmenším dojít k vydání sjednocujícího stanoviska NSTZ.

Avizovaný příspěvek se zamýšlí nad otázkou, zda materiální korektiv vyjádřený v ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku není jen jakousi obdobou dřívějšího materiálního pojetí trestného činu, kdy bez bližšího zdůvodnění a s odkazem na důvodovou zprávu k návrhu trestního zákoníku i Šámalovy závěry odpovídá, že tomu tak není. Neznamená to ovšem, že by materiální stránka z nové trestněprávní úpravy znenadání vymizela. Podle autora umožňuje formální pojetí s materiálním korektivem progresivní přístup k posouzení, zda určité jednání je trestným činem či nikoliv, anebo zda v konkrétním případě postačí uplatnění odpovědnosti podle jiných právních předpisů. Toto zvolené pojetí trestného činu v novém trestním zákoníku dovoluje podle autora lépe, než tomu bylo podle předchozího trestního zákona, oddělit trestné činy od činů beztrestných (včetně těch, u kterých přichází v úvahu je posoudit jako přestupky, jiné správní delikty, kázeňská či kárná provinění nebo jiná protiprávní jednání). Dodává, že předchozí materiální (materiálně – formální) pojetí trestného činu se vyznačovalo značnou mírou neurčitosti a nejednoznačnosti, v důsledku čehož nastávaly obtíže při tzv. „uvážení materiálního znaku“ trestného činu. Praxe tak byla dle autora mnohdy nejednotná a nezřídka se vyslovila tak, že se v konkrétní řešené věci po formální stránce jedná o trestný čin, ale po stránce materiální už tomu tak není. Jak se ale

v trestněprávní praxi po nabytí účinnosti trestního zákoníku ukázalo, ani nové pojetí nebylo podle mne tak určité a jednoznačné, jelikož v praxi vznikaly při aplikaci ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku četné obtíže a o jeho jednotné aplikaci se rovněž nedalo hovořit.⁸⁴

Nicméně přes výše naznačené (a podle mne předčasné) optimistické vnímání formálního pojetí trestného činu s materiálním korektivem v podobě ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku se autor pokusil o podání jakéhosi návodu, jak by měl státní zástupce postupovat v praxi při aplikaci diskutované zásady subsidiarity trestní represe při řešení konkrétní trestní věci. Tyto závěry, byť poměrně stručné, ovšem považuji vzhledem k době jejich publikace (kdy byla trestněprávní praxe značně „rozpolcená“, jak patrně z dobové rozhodovací soudní praxe a navazujícího vydávání sjednocujících stanovisek k řešenému tématu) za střízlivé a ucelené. Konkrétně byly předneseny následující závěry. Pokud jde o vymezení vztahu zásady subsidiarity trestní represe a diskrečního oprávnění státního zástupce podle trestního řádu, nelze mezi ně klást rovnítko. V případě, kdy státní zástupce využije diskreční pravomoci (dle ust. § 172 odst. 2 písm. c), § 159a odst. 4 trestního řádu; § 179c odst. 2 písm. h) ve spojení s § 159a odst. 4 trestního řádu per analogiam), je činěn závěr, že jednání pachatele je možno kvalifikovat jako trestný čin, ale z důvodů zmíněných v trestním řádu se trestní stíhání může zastavit nebo se věc může odložit, kdežto rozhodne-li státní zástupce o aplikaci zásady subsidiarity trestní represe, činí závěr, že o trestný čin nejde (může též dospět k posouzení činu jako přestupku, jiného správního deliktu, kárného nebo kázeňského provinění). *„Naznačuje se tedy jistá hierarchie mezi oběma skupinami případů, které spočívají v tom, že nejprve musí být věc zhodnocena z pohledu zásady subsidiarity trestní represe a principu ultima ratio (samozřejmě – jak je nutno zvláště zdůraznit – až poté, co budou dovozeny všechny zákonné znaky skutkové podstaty daného trestného činu – takový závěr musí nutně předcházet posouzení z pohledu zásady subsidiarity trestní represe a principu ultima ratio), a teprve po kladné odpovědi v tom smyslu, že je namístě posouzení jednání jako trestného činu, může následovat eventualita využití diskreční pravomoci. Případy ze druhé skupiny vykazují obecně (typově) vyšší stupeň společenské škodlivosti.“* Uvažovat o tom, zda je čin za použití zásady subsidiarity trestní represe trestným činem, bude lze jen v případech spodní hranice trestní odpovědnosti. Naproti

⁸⁴ RŮŽIČKA, Miroslav. K formálnímu pojetí trestného činu s materiálním korektivem z pohledu státního zástupce. *Trestněprávní revue*, 2011, č. 6, s. 159-165.

tomu takové posouzení nebude možné tehdy, bude-li přicházet v úvahu použití kvalifikované skutkové podstaty trestného činu a okolnosti zvláště přitěžující. Státní zástupce bude moci zvažovat aplikaci zásady subsidiarity trestní represe a z ní plynoucího principu ultima ratio toliko v jednotlivých tzv. „hraničních“ případech, a právě v těchto případech by neměl dozor v přípravném řízení vykonávat jen formálně. Zvláštní pozornost pak doporučuje zaměřit meritorním rozhodnutím policejních orgánů, budou-li aplikovat ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku, stejně jako návrhům policejních orgánů na použití ust. § 159a odst. 4 nebo ust. § 172 odst. 2 trestního řádu státním zástupcem.⁸⁵

Když jsem při zpracování této práce vyhledávala informace k tomu, jak státní zástupce nahlíží na zakotvené pojetí trestného činu s ohledem na ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku, narazila jsem na další příspěvek M. Růžičky zabírajícím se tímto tématem, který byl „věnován“ do kolektivní monografie Deset let od přijetí českého trestního zákoníku připomínající logicky desáté výročí přijetí trestního zákoníku. Růžička v něm nejprve poukazuje na skutečnost, že problematika materiálního korektivu je i po letech stále velmi aktuální a aplikační praxe i právní teorie jsou v případech méně závažných trestných činů (a otázky, jak chápat materiální korektiv v ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku) nadále nejednotné, což vyústilo k vydání výkladových stanovisek (nejprve stanovisko NSTZ a posléze stanovisko NSČR, o nichž pojednávám v samostatných oddílech podkapitoly 3.3). Poukazuje na obsáhlou odbornou diskuzi reagující na stanoviska (především pak stanovisko NSČR) a dalo by se říci na „volání“ po novelizaci a úpravách zvoleného řešení, a to především ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku. Zároveň poukazuje na navazující judikaturní rozhodnutí opakovaně se vyjadřující k tomuto tématu. S ohledem na to, že zevrubněji všechny zmíněné oblasti reflektuje i tato práce, bylo by nadbytečné tyto jednotlivé reakce či judikaturní rozhodnutí zmiňovat a opakovat. Zacílím tedy konkrétně na autorovy úvahy, jak má nyní přistupovat k úpravě ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku aplikační praxe. Ta má činit v první řadě tak, aby byl naplněn účel sledovaný zákonodárcem. Trestní postih má být v každém ohledu postihem spravedlivým a má vyjadřovat povahu trestního práva coby krajního prostředku. V každém případě je nutné řešit vztah trestního práva a ostatních (mimotrestních) právních odvětví a dbát vzájemnou hierarchii. Méně závažné (bagatelní) případy mají být řešeny v první řadě mimotrestními právními normami. Zakotvení zásady do ust. § 12 odst. 2

⁸⁵ Tamtéž.

trestního zákoníku nepovažuje autor za nadbytečné, třebaže by avizovaná zásada existovala i bez přímého zákonného zakotvení, ani za zbytečné. Poukazuje, že se i po roce 1989 děje, že společenské problémy jsou řešeny v rámci práva trestního, což je v demokratické společnosti nepřijatelné a zákonodárce se zvolenou úpravou takové počínání snaží eliminovat. Podle jeho mínění by ani legislativní změny, po nichž volá část odborné teorie, nemusely problém účinně vyřešit.⁸⁶

Pokud se Růžička vyjadřuje k praktické aplikaci a postupu státního zástupce (a potažmo též policejního orgánu) v situaci, kdy zvažují (ne)naplnění zásady subsidiarity trestní represe, setrvává na již dříve učiněném závěru, že stávající právní úprava umožňuje lépe oddělit trestné činy od těch, které jsou „pouhými“ přestupky, kázeňskými či kárnými proviněními nebo jinými protiprávními jednáními. Policejní orgány se nejprve musí vypořádat s otázkou, existuje-li mimotrestní (mimoprávní) řešení, které je možné na danou věc aplikovat, či nikoliv, a v souladu s tím posléze učinit příslušná rozhodnutí (odložení věci, odevzdání věci, zahájení trestního stíhání). Státní zástupce má povinnost vzhledem k ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku tyto postupy policejního orgánu sledovat a bude-li trestní stíhání v oněch hraničních případech zahájeno, pak při jejich přezkoumávání zjišťovat hlediska v ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku z tzv. negativního pohledu (nejsou-li naplněna, pak lze trestně stíhat, v opačném případě nikoliv). Lze v podstatě uzavřít, že Růžička i po deseti letech účinnosti trestního zákoníku obhajuje zákonodárcem zvolené pojetí trestného činu i zakotvení zásady subsidiarity do trestního zákoníku, resp. vnímá jejich pozitivní dopady pro praxi. Jím doporučený postup, jaký má státní zástupce (a policejní orgán) dodržovat při posuzování „hraničních případů“ a zvažování (ne)užití zásady subsidiarity trestní represe, zůstává také totožný. Uvažovat o tom, zda je čin za použití zásady subsidiarity trestní represe trestným činem, bude nadále možné jen v případech spodní hranice trestní odpovědnosti, přičemž poukazuje na změnu plynoucí z judikaturního vývoje (rozh. č. 31/2017 Sb. rozh. Tr.) ve vztahu ke kvalifikovaným skutkovým podstatám trestného činu, která je tedy odlišná i od jeho dřívějšího názoru, a sice že aplikovat ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku v případech kvalifikovaných skutkových podstat nebude možné.⁸⁷

⁸⁶ RŮŽIČKA, Miroslav. K některým otázkám materiálního korektivu zakotveného trestním zákoníkem z pohledu státního zástupce. In: JELÍNEK, Jiří. *Deset let od přijetí českého trestního zákoníku*. Praha: Leges, 2019, s. 48-67. ISBN 978-80-7502-354-4.

⁸⁷ Tamtéž.

I zde si dovolím, pokud jde o vlastní doporučení vhodného postupu při „nakládání“ se zásadou subsidiarity trestní represe ze strany státního zastupitelství, odkázat na podkapitolu 5.2 této práce a úvahy de lege ferenda, které v ní navrhuji.

3.1.5 Subsidiarita trestní represe z pohledu Ščerbova komentáře

Vzhledem k tomu, že v průběhu psaní této práce byl v roce 2020 vydán komentář k trestnímu zákoníku⁸⁸, který reflektuje právní úpravu účinnou k 1. 1. 2021 a jedná se tak o nejaktuálnější komentář k němu, zároveň pak reflektuje více než desetiletou účinnost trestního zákoníku, vývoj judikatury i doktríny, pokládám jej za pramen, který je nezbytný do této práce zapracovat. Byť autoři v úvodu akcentují, že v něm čtenář nenalezne vývoj historických souvislostí, komparativní část, úvahy de lege ferenda, ani podrobný teoretický rozbor jednotlivých institutů, neb důraz je kladen především na praktickou stránku jeho využití, nalzáme v něm podrobnější výklad právě kupříkladu k zásadě subsidiarity trestní represe podle ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku, jelikož souvisí se základními a obecnými podmínkami trestní odpovědnosti, jimž je třeba věnovat náležitou pozornost.

Ščerbuův komentář přikládá zásadě subsidiarity trestní represe pozici jednoho z nejdůležitějších principů moderního trestního práva a připouští, že v moderním demokratickém právním státě hraje trestní právo vždy roli podpůrnou (ochrana primární má být svěřována ostatním – mimotrestním právním odvětvím a jejich mechanismům ochrany, jíž nabízejí). Až v situaci, kdy ony jiné mimotrestní mechanismy nedostačují k ochraně zájmů, přichází prostředky práva trestního jakožto prostředky ultima ratio. Výslovně však upozorňuje na to, že formulace „pokud nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu“ neznamená, že by si tato jiná právní odvětví nevystačila vůbec, nýbrž že uplatněním jejich mechanismů by nebyla vystižena úplná protispolečenská závadnost dané situace. Vztah trestního práva k jiným právním odvětvím (v rámci plnění jeho subsidiární role) je dvojí, a sice vztah komplementarity, kdy vedle sebe obtojí uplatnění obou odvětví (příkladem uvádí občanskoprávní odpovědnost k náhradě škody poškozenému a trestní odpovědnost, v jejímž rámci pachatel bude muset strpět uložený trest) a vztah konzumpce, kdy se bude moci

⁸⁸ ŠČERBA, F. a kol. *Trestní zákoník: komentář. Svazek 1, § 1 až 204*. Praha: C. H. Beck, 2020, 1642 s. ISBN 978-80-7400-807-8.

uplatnit toliko právo a odpovědnost trestní (typicky jde o vztah práva trestního a správního, kdy jednání je do určité intenzity ještě přestupkem/jiným správním deliktem a při jejím překročení již trestním činem), neboť souběžné uplatňování odpovědností by porušovalo zásadu *ne bis in idem*.⁸⁹

Ščerbův komentář řadí zásadu subsidiarity trestní represe mezi ústavní principy veřejné moci, který byť není v ústavním pořádku zakotven výslovně, je dovozován ze spojení čl. 2 odst. 3 Ústavy⁹⁰, respektive z čl. 2 odst. 2 LZPS, čl. 4 odst. 4 LZPS a čl. 39 LZPS⁹¹. Veřejná moc uplatňuje prostřednictvím práva trestního ty nejcitelnější zásahy do základních práv a svobod jednotlivců. Z toho důvodu ji lze uplatňovat jen při šetření jejich podstaty a smyslu a v míře potřebné k dosažení legitimního účelu, nelze-li ho dosáhnout jiným (mimotrestním) způsobem, a to již při všech aspektech tvorby a následné aplikace trestního práva, aby v každém jednotlivém (i obecném) případě byla použita jen ta nejméně intenzivní trestněprávní reakce.⁹²

Bez bližšího teoretického zkoumání podstaty a souvislostí zásady subsidiarity trestní represe, komentář shrnuje, že otázka subsidiarity trestní represe je vždy spojena s řešením případů, v nichž konkrétním jednáním pachatele sice dojde k naplnění všech znaků skutkové podstaty trestného činu, avšak jeho negativní dopad na zájem chráněný trestním zákonem je natolik nízký, že je v první řadě nepřiměřené uplatnit vůči pachateli trestní odpovědnost a zároveň je pro orgány veřejné moci neúčelné, aby na jeho postih vynakládali jak prostředky, tak energii. Následně rozlišuje tři teoretické přístupy k zásadě subsidiarity trestní represe, a sice hmotněprávní, procesní a kombinovaný. Jádrem hmotněprávního přístupu je pochopitelně existence materiálního znaku trestného činu, který je zpravidla součástí zákonné definice trestného činu. Proto aby bylo možné čin posoudit jako

⁸⁹ PROVAZNÍK, Jan. § 12. In: ŠČERBA, F. a kol. *Trestní zákoník: komentář. Svazek 1, § 1 až 204*. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 150-152. ISBN 978-80-7400-807-8.

⁹⁰ „Státní moc slouží všem občanům a lze ji uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon.“ (Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, Čl. 2 odst. 3).

⁹¹ „Státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví.“ (Usnesení č. 2/1993 Sb., předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, Čl. 2 odst. 2)

„Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.“ (Usnesení č. 2/1993 Sb., předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, Čl. 4 odst. 4)

„Jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit.“ (Usnesení č. 2/1993 Sb., předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, Čl. 39)

⁹² Op. cit. sub 89, s. 152-153.

trestný, nepostačí, že jednání naplnilo všechny formální znaky činu, nýbrž současně musí naplňovat v určité míře (kvalitě či kvantitě) podmínku negativního dopadu na zájem chráněný trestním zákonem. Typickým příkladem diskutovaného hmotněprávního přístupu tak byl § 3 odst. 1 a 2 trestního zákona č. 140/1961 Sb. zakotvující kvalitativní (společenská nebezpečnost činu) i kvantitativní (stupeň nebezpečnosti činu pro společnost musel být vyšší než nepatrný a u mladistvých vyšší než malý) podmínku. Jak autor ovšem trefně doplňuje, nezáleží na tom, jak je onen materiální znak zakotven, nýbrž na tom, zda vytváří právní podmínku pro vyvození trestní odpovědnosti. Tedy bez ohledu na své právní zakotvení tvoří materiální znak vždy součást pojmu trestný čin, jinak by se nejednalo o hmotněprávní přístup. Za výhodu tohoto pojetí je označována existence zastřešujícího a jednotně vykládaného pojmu, jehož prostřednictvím lze usměrňovat tvrdost zákona neodmyslitelně spjatou s ryze formálním pojetím. Nevýhoda je spatřována ve volné možnosti posuzování materiálního znaku ze strany orgánů činných v trestním řízení.⁹³

Procesní přístup naopak s materiálním znakem neoperuje a je založený výhradně na formálním pojetí trestného činu. Okolnosti, které by v rámci hmotněprávního přístupu byly posuzovány právě v souvislosti s materiálním znakem, jsou v procesním přístupu posuzovány čistě v rovině procesní prostřednictvím zastavení trestního stíhání či obdobným způsobem vyřízení věci. Namísto hodnocení nedostatku materiálního znaku trestného činu procesní přístup „pracuje“ s nedostatkem veřejného zájmu na trestním stíhání. Za výhodu procesního přístupu je považována jednoduchost právní úpravy, kdy naplnění formálních zákonných znaků znamená bez dalšího, že se jedná o trestný čin. Nevýhoda je spatřována především v přísnosti právní úpravy a v kladení vysokých nároků na veřejnou žalobu (v otázce posuzování naplnění kritérií odůvodňujících upuštění od trestněprávní reakce). Pokud jde o poslední, kombinovaný přístup k zásadě subsidiarity trestní represe, pak jak z jeho pojmenování plyne, kombinuje v sobě tento oba výše zmiňované přístupy. Komentář jej označuje za přístup ne zcela žádoucí, neboť kombinace materiálního znaku v hmotněprávní rovině a veřejného zájmu v procesní rovině vyvolávají otázky, čím se oba instituty liší a jaké případy by měly řešit. Je evidentní, že komentář podává další kritický pohled, byť velmi stručný, na duplicitní korekci

⁹³ Op. cit. sub 89, s. 154-155.

trestního bezpráví, na jejíž existenci v této práci rovněž na několika místech odkazují.⁹⁴

Komentář uvádí, že ústavnímu zakotvení zásady subsidiarity nejlépe vyhovuje přístup hmotněprávní, a to z důvodu jeho větší shody s pojetím moderního demokratického právního státu, ve kterém spáchá-li jednotlivec čin, který nutně nevyžaduje trestněprávní reakci, není pokládán za pachatele. Na rozdíl od situace, kdy by za užití aplikace přístupu procesního a naplnění formálních znaků činu, byť sebebagatelnějších, za pachatele pokládán musel být, ale stát by nad jeho potrestáním tzv. blahosklonně mávnul rukou. Na základě vyřčeného autor dodává, že nepovažuje za přiměřený protiargument, že vyspělé západní země stále více inklinují k procesní depenalizaci, jakož ani na protější straně stojící argument „delikventní mládeží“, u které by zase absence primární trestní odpovědnosti měla vést k destrukci právního vědomí. Právě přepínání trestní represe ve vztahu k mladistvým neodpovídá základním zásadám, na nichž stojí trestní právo (a trestání) mladistvých vystavěno (minimalizace negativních dopadů trestního práva a maximalizace reformativního resocializačního působení).⁹⁵

Z výše popsaného se nabízí závěr, že **současná právní úprava vychází z hmotněprávního přístupu, což plyne z existence ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku.** Otázka, jak v praxi zmíněné ustanovení aplikovat, zůstává kontroverzní i v současné době, byť komentář připouští určitý posun kupředu, především co se týče existence alespoň nějakých zobecňujících kritérií. Stranou nezůstává kritika absentujících kritérií společenské škodlivosti a jejich analogický výklad prostřednictvím ust. § 39 odst. 2 trestního zákoníku nabízený důvodovou zprávou. Taková analogie podle komentáře možná není, a to hned ze dvou důvodů. Za prvé by totiž bylo možné uvažovat pouze o analogii ve prospěch pachatele. V daném případě ovšem jde o otázku interpretace určitého pojmu, který nemůže být závislý na tom, zda má být vyvozen závěr ve prospěch pachatele, ale ani závěr jemu přitěžující, neboť obsah určitého pojmu musí být ve všech případech identický. Za druhé ust. § 39 odst. 2 trestního zákoníku pojednává o kritériích pro výměru trestu (uložení trestní sankce), které nelze bez dalšího aplikovat na otázku viny a posouzení trestní odpovědnosti. S obdobnou kritikou tohoto „druhého důvodu nepřipadné analogie“ se setkáváme i u řady dalších autorů a teoretiků, jak v práci na příslušných místech zmiňuji. Komentář zmiňuje i

⁹⁴ Op. cit. sub 89, s. 156.

⁹⁵ Op. cit. sub 89, s. 155-156.

další obtíž v podobě téměř shodných kritérií v soudobém ust. § 39 odst. 2 trestního zákoníku a někdejším katalogem kritérií nebezpečnosti pro společnost dle § 3 odst. 4 trestního zákona č. 140/1961 Sb. (k těm přidává toliko záměr a cíl pachatele). Autor nicméně dospívá k závěru, že jiná kritéria pro výklad pojmu společenské škodlivosti by bylo možné vymyslet stěží, proto připouští, že kritéria uvedená v § 39 odst. 2 trestního zákoníku jsou i kritérii výkladu společenské škodlivosti případu podle § 12 odst. 2 trestního zákoníku, nicméně jsou jimi samy o sobě, nikoliv v podobě pochybného odkazu obsaženého v důvodové zprávě.⁹⁶

Následuje diskuze, jak komentář sám označuje, té nejkardinálnější otázky spojené s § 12 odst. 2 trestního zákoníku, a sice jak se subsidiaritou trestní represe zacházet v praxi. Za východisko k jejímu zodpovězení považuje Stanovisko NSČR, kterému věnuji pro jeho nezpochybnitelný význam samostatný oddíl v podkapitole 3.3, a které stanovuje tři rozměry diskutované zásady pro pozitivní právo – legislativní, interpretační a aplikační. **Legislativní** rozměr představující východisko pro tvorbu předpisů trestního práva hmotného spočívá v povinnosti zákonodárce kriminalizovat toliko ta jednání, která nelze účelně potírat ani jim předcházet jinak než prostřednictvím práva trestního. Ačkoliv by se mohlo zdát, že zásada subsidiarity aplikační praxi nabádá ke zdrženlivosti, legislativní rozměr má důsledky opačné. Pokud totiž zákonodárce jednou určitý čin jako trestný kriminalizoval, pak za situace, že při této kriminalizaci ze zásady subsidiarity sám vycházel, jsou-li naplněny formální znaky skutkové podstaty, pak se o trestný čin jedná. Komentář podotýká, že nelze pominout ani fakt, že pakliže trestní odpovědnost v konkrétním případě uplatněna není, ač měla být, zůstává nepotrestáno zasažení zájmu trestním zákoníkem chráněného, jehož společenskou škodlivost vlastně zákonodárce již v legislativním zakotvení deklaroval. Proto je dle autora neakceptovatelná praxe některých orgánů činných v trestním řízení, které takřka automaticky odmítají prověřovat trestní oznámení pro podezření ze spáchání trestných činů, došlo-li k jednáním v souvislosti s realizací soukromoprávních vztahů, a to se strohým odkazem na jejich soukromoprávní základ, který má být řešen cestou soukromoprávní. Je nezbytné pamatovat, že civilněprávní a trestněprávní odpovědnost obvykle bývají ve vztahu komplementarity, a proto v situaci, kdy určité soukromoprávní jednání vykazuje znaky trestného činu a zároveň nejsou dány důvody pro aplikaci zásady subsidiarity trestní represe (ať již přímou nebo pro její interpretační využití), nelze

⁹⁶ Op. cit. sub 89, s. 156-158.

postupovat tímto zjednodušujícím způsobem a trestní odpovědnost nevyvodit. Druhý **interpretační** rozměr diskutované zásady spočívá v omezování extenzivního výkladu pojmů trestního práva (těch, které interpretaci připouští⁹⁷) a prostřednictvím tohoto tak omezuje přepínání trestní represe na případy jednání, kdy nedošlo k zásahům do zájmů chráněných trestním zákonem a s nimiž se lze důsledně vypořádat mimotrestními prostředky. Limitem výkladu takových pojmů trestního práva má být vždy úmysl zákonodárce, jehož cílem není (v souladu s výše popsáním legislativním rozměrem zásady) kriminalizovat jednání, není-li to nezbytně nutné. Pokud jde o **aplikační** rozměr zásady subsidiarity trestní represe, cituje komentář ze Stanoviska NSČR - část jeho právní věty pod bodem II. *„Společenskou škodlivost nelze řešit v obecné poloze, ale je ji třeba zvažovat v konkrétním posuzovaném případě u každého spáchaného méně závažného trestného činu, u něhož je nutné ji zhodnotit s ohledem na intenzitu naplnění kritérií vymezených v § 39 odst. 2 tr. zákoníku, a to ve vztahu ke všem znakům zvažované skutkové podstaty trestného činu a dalším okolnostem případu. Úvaha o tom, zda jde o čin, který s ohledem na zásadu subsidiarity trestní represe není trestným činem z důvodu nedostatečné společenské škodlivosti případu, se uplatní za předpokladu, že posuzovaný skutek z hlediska spodní hranice trestnosti neodpovídá běžně se vyskytujícím trestným činům dané skutkové podstaty.“* Vzápětí shrnuje, že z takového vymezení musí být učiněn závěr, podle kterého není-li určitý skutek společensky škodlivý, o trestný čin se nejedná a trestní odpovědnost tedy dovodit nelze. A právě tímto se přímá aplikace zásady subsidiarity trestní represe blíží materiálnímu znaku trestného činu. Nicméně dále upozorňuje na problematické aspekty přímé aplikace zásady tak, jak je vymezuje Stanovisko. Prvým z nich je již (výše v této podkapitole) diskutovaná problematičnost analogického výkladu kritérií společenské škodlivosti prostřednictvím ust. § 39 odst. 2 trestního zákoníku. Na druhém místě je pak problematickou ona podmínka *„skutek z hlediska spodní hranice trestnosti neodpovídá běžně se vyskytujícím trestným činům dané skutkové podstaty“* pro její možnost kolize se zásadou nullum crimen sine lege scripta, jelikož činí trestní odpovědnost závislou na tom, jaké skutky se běžně vyskytují na spodní hranici trestnosti příslušné skutkové podstaty, tedy na statistickém, nikoliv normativním,

⁹⁷ Vyloučeno je interpretovat pojmy s jednoznačnou definicí, pojmy dlouhodobě vykládané určitým způsobem, pojmy upravující výši škody, jež upravuje § 138 odst. 1 trestního zákoníku. Pojmy, jež jsou definovány jinými právními předpisy, a na které trestní zákony odkazují, naopak interpretační rozměr zásady subsidiarity připouští.

znaku. Tato druhá podmínka má charakter obyčejje, jenž pramenem trestního práva hmotného být nesmí. Zároveň upozorňuje na problematické „subjektivní“ posuzování hlediska spodní hranice trestnosti jednotlivými orgány činnými v trestním řízení, kdy si tyto budou klást otázku, zda ony běžně podobné činy za trestné považují či nikoliv.⁹⁸

V poslední řadě (co se týče zásady subsidiarity trestní represe) se komentář zaobírá aktuální rozhodovací praxí soudů České republiky k tématu, kdy jednotlivá rozhodnutí zde nebudu jmenovat a rozebírat, neboť se judikatuře (jak postupnému vývoji judikatury k tématu práce, tak aktuální judikaturou) věnuji v navazující podkapitole. Nelze ovšem neocenit i v tomto ohledu přínos komentáře, jelikož nabízí soudobou judikaturu k jednotlivým diskutovaným teoretickým aspektům a problematickým oblastem souvisejícím se zásadou subsidiarity, který právní praxe dozajista ocení. Komentář v závěru nabízí alespoň částečně pozitivní pohled, že i přes názorovou rozpolcenost v souvislosti s diskutovaným tématem zásady subsidiarity trestní represe nadále přetrvávající, si aplikační praxe dokáže s její přímou aplikací poradit. Dodává, že z části rozhodnutí (vydaných za účinnosti trestního zákoníku) je zjevný příklon k formálnímu pojetí trestného činu s materiálním korektivem (shodně se Stanoviskem NSČR), další část pak vychází z pojetí formálně-materiálního. Jednotu v rozhodovací praxi, pokud jde o pojetí trestného činu trestním zákoníkem zastávané, tedy nenalezneme ani po více než jeho desetileté účinnosti.

3.2 Subsidiarita trestní represe v judikatuře

3.2.1 Judikaturní „pilíře“ v důvodové zprávě

Již důvodová zpráva k trestnímu zákoníku vyzdvihovala, že ze strany Ústavního soudu je v poslední době (míněno dobu ještě před účinností trestního zákoníku, kdy byla důvodová zpráva pořizována) významně vyzdvihován princip ultima ratio ze zásady subsidiarity trestní represe plynoucí, a přímo odkazovala na nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 4/04, sp. zn. I. ÚS 558/01, a sp. zn. II. ÚS 413/04, které následně přiblížím, pakliže jim důvodová zpráva přikládá takový význam.⁹⁹

⁹⁸ Op. cit. sub 89, s. 158-161.

⁹⁹ Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb. trestní zákoník, č. 40/2009 Dz., s. 195. Pramen: Poslanecká sněmovna Parlamentu [online]. [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=5&ct=410&ct1=0>.

V prvně jmenovaném nálezu I. ÚS 4/04 Ústavní soud přisvědčil námitkám stěžovatelky, pokud šlo o (ne)zohlednění mimotrestních právních norem a chybějící komplexní posouzení jejího jednání z hlediska stanovení trestní odpovědnosti, když za zásah do jejích ústavně zaručených základních práv a svobod považoval skutečnost, že obecné soudy se soustředily výhradně na otázku subjektivní stránky souzených trestných činů (podvodu a zpronevěry) a došly k závěru o úmyslném jednání stěžovatelky, ačkoliv tak činily zcela izolovaně od soukromoprávní úpravy a povahy závazkových vztahů, které stěžovatelka při tomto svém jednání s poškozenými uzavírala, a k nimž v žádném ohledu nepřihlédly a nezohlednily je (uzavření příkazní smlouvy, nárok příkazce na náhradu potřebných a užitečných nákladů, zápočet pohledávek, apod.), byť na tyto stěžovatelka opakovaně poukazovala a dovolávala se jich. Ústavní soud považoval proto za potřebné vyjádřit následující závěr ke zdůraznění trestního práva, jakožto prostředku ultima ratio, jelikož je evidentní, že soudy tento princip nejenže nerespektovaly, ale zcela záměrně jej pominuly. *„Trestní právo a trestněprávní kvalifikaci určitého jednání, které má soukromoprávní základ, jako trestného činu je třeba považovat za ultima ratio, tedy za krajní právní prostředek, který má význam především celospolečenský, tj. z hlediska ochrany základních společenských hodnot. V zásadě však **nemůže sloužit jako prostředek nahrazující ochranu práv a právních zájmů jednotlivce v oblasti soukromoprávních vztahů, kde závisí především na individuální aktivitě jednotlivce, aby střežil svá práva, jimž má soudní moc poskytovat ochranu. Je však nepřijatelné, aby tuto ochranu aktivně přebíraly orgány činné v trestním řízení, jejichž úkolem je ochrana převážně celospolečenských hodnot, nikoliv přímo konkrétních subjektivních práv jednotlivce, jež svou povahou spočívají v soukromoprávní sféře. Ústavní soud k tomu dodává, že je v právním státě nepřípustné, aby prostředky trestní represe sloužily k uspokojování subjektivních práv soukromoprávní povahy, nejsou-li vedle toho splněny všechny předpoklady vzniku trestněprávní odpovědnosti, resp. nejsou-li tyto předpoklady zcela nezpochybnitelně zjištěny.**“* V popsaném případě ani tak dle mého nelze hovořit o vyzdvihování avizovaného principu Ústavním soudem, jako spíše o zdůraznění nepřijatelnosti jeho frapantního porušování.¹⁰⁰

V dalším důvodovou zprávou jmenovaném nálezu sp. zn. I. ÚS 558/01 bylo klíčovou otázkou především posouzení stěžovatelovy námitky stran porušení principu nullum crimen sine lege ze strany obecných soudů a subsidiarita trestní

¹⁰⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 23. 3. 2004, sp. zn. I. ÚS 4/04 (N 42/32 SbNU 405).

represe se projevila skrze zásadu zákonnosti. Ústavní soud dospěl v souzené věci k závěru, že v řízeních před obecnými soudy nebylo prakticky vůbec zohledněno, že posuzovaný případ se dotýká smluvních vztahů mezi subjekty práva soukromého, konkrétně jejich obchodněprávního vztahu. Ústavní soud proto zdůraznil, že pokud jde o naplnění objektivních znaků trestného činu, pak **při promítnutí trestněprávní represe jako prostředku ultima ratio nemůže být ignorována obchodněprávní stránka věci**, neboť právní řád, byť vnitřně diferencovaný, tvoří jednotu, a jako s takovým je třeba s ním zacházet při aplikaci jednotlivých ustanovení a institutů. Stěžovatel byl souzen a uznán vinným ze spáchání trestného činu podvodu spáchaného vylákáním úvěru od banky podle § 250 odst. 1 a 4 trestního zákona, ve znění účinném do 31. 12. 1997, dle kterého bylo na rozdíl od stávající úpravy trestného činu úvěrového podvodu nutné prokázat, že pachatel již v době uzavření smlouvy o úvěru nejenže jednal klamavě, ale že současně jednal v úmyslu peníze buď vůbec nevrátit nebo je nevrátit ve smluvené době, popřípadě jednal alespoň s vědomím, že peníze ve smluvené době nebude moci vrátit a že tím uvádí banku v omyl, aby se ke škodě jejího majetku obohatil. Jestliže by teprve po uzavření smlouvy o úvěru vznikly překážky, které bránily dlužníkovi splnit závazek z úvěru a které nemohl v době uzavření smlouvy ani předvídat, když jinak byl schopen tehdy závazek splnit, nebo pokud by až dodatečně pojal úmysl peníze nevrátit, pak jeho jednání nebylo možno považovat za trestný čin podvodu podle § 250 trestního zákona. Přes výše uvedené byl stěžovatel uznán vinným ze spáchání avizovaného trestného činu, a to v situaci, kdy obecné soudy nezjistily (jak se ukázalo ani nevedly za účelem takového zjištění spolehlivé dokazování) výši škody, která měla být bance způsobena, navíc ani neměly za prokázané, že stěžovatel banku tzv. uvedl v omyl, ač se jedná o znaky skutkové podstaty daného trestného činu. V řízeních před obecnými soudy nebylo k prokázání „omylu“ nijak objasněno, co vlastně vedlo banku (jakožto druhou stranu smluvního vztahu založeného smlouvou o úvěru mezi dvěma subjekty soukromého práva) k unáhlenému uvolnění podmínek úvěru po předchozím zdlouhavém bezcílém řešení úvěrové smlouvy mezi bankou a stěžovatelem, tedy okolnosti poskytnutí úvěru, které však bylo nutné zjistit k posouzení otázky „omylu“ na straně oklamaneho. V případě tohoto nálezu lze nepochybně ocenit jeho přínos právě při zdůraznění jeho významu v rámci důvodové zprávy, neboť je typickým příkladem, kdy by se na první pohled mohlo zdát, že trestní odpovědnost pachatele je namístě, nicméně k takovému

„povrchnímu“ zhodnocení by došlo za situace nepřipustného upozadění, ev. spíše až ignorování smluvního vztahu mezi subjekty práva soukromého (obchodního).¹⁰¹

V nálezu sp. zn. II. ÚS 413/04 se soud zabíral případem stěžovatelky, která byla trestně stíhána (a následně odsouzena) pro spáchání trestného činu neoprávněného zásahu do práva k domu, bytu nebo k nebytovému prostoru podle § 249a trestního zákona. Trestného činu se měla dopustit tím, že v době po skončení doby nájmu užívala protiprávně byt v majetku bývalého zaměstnavatele, ačkoliv jej měla vyklidit do 31. 12. 2001, což neučinila. Byt vyklidila až 5. 5. 2003, kdy ji taková povinnost byla uložena na základě rozhodnutí soudu v rámci souběžně vedeného občanskoprávního řízení o žalobě na vyklizení. Stěžovatelka v tomto občanskoprávním řízení a též v rámci řízení trestního namítala dlouhodobé trvání předmětného nájmu, namítala, že má nárok na zajištění náhradního bytu, že jednání pronajímatele ohledně prodlužování nájemní smlouvy bylo v rozporu s dobrými mravy, a další. Tvrdila, že ze samotné obrany v rámci vedeného řízení o žalobě na vyklizení plyne, že se nechtěla dopouštět protiprávního jednání ani byt protiprávně užívat, proto jej po konečném rozhodnutí v občanskoprávním řízení vyklidila. Nicméně v rámci trestního řízení její obrana nebyla vyslyšena a stěžovatelka byla ze spáchání předmětného činu odsouzena a byl jí uložen peněžitý trest. Ústavní soud opět rozsudek prvostupňového soudu i soudu odvolacího zrušil. Tím, že obecné soudy nepřipustným způsobem vyložily formální stránku předmětného trestného činu, porušily čl. 8 odst. 2 a 39 LZPS. Materiální stránku již pro nadbytečnost neposuzoval. Vyjádřil závěr, že posouzení otázky „*zda, kdy a za jakých okolností je bývalý nájemce povinen vyklidit byt*“, je výsostně věcí občanskoprávní a není nutné ani vhodné, aby do uplynutí lhůty stanovené rozhodnutím civilního soudu k vyklizení bytu, ve věci zasahovaly orgány činné v trestním řízení. Uvedl, že pokud je vedeno civilní řízení o žalobě pronajímatele na vyklizení bývalého nájemce, pak do uplynutí lhůty stanovené soudem k vyklizení bytu, nelze připustit, že by se bývalý nájemce (či jinak dříve k užívání bytu legitimovaná osoba) setrváváním v předmětném bytě dopouštěl(a) trestného činu neoprávněného zásahu k domu, bytu či nebytovému prostoru (podle § 249a tehdy platného a účinného trestního zákona). **Trestní právo tak má dle Ústavního soudu z podstaty práva ultima ratio místo pouze tam, kde jiné prostředky**

¹⁰¹ Nález Ústavního soudu ze dne 25. 11. 2003, sp. zn. I. ÚS 558/01 (N 136/31 SbNU 205).

ochrany práv fyzických a právnických osob jsou vyčerpáné, neúčinné nebo nevhodné. Přínosem tohoto nálezu je nesporně i skutečnost, že pronajímatelé, kteří by se chtěli nepřipustným „zneužíváním“ trestního práva vyhnout vedení (často zdlouhavých a pro ně nákladnějších) občanskoprávních řízení o vyklizení již tuto formu volit nebudou (často právě na doporučení svých právních zástupců), popřípadě pokud ano, pak ne v takové míře jako kdyby nebyla rozhodnutí obecných soudů v této věci Ústavním soudem zrušena. Dále pak ponechání takových rozhodnutí „v platnosti“ by mohlo založit rozmach nepřipustného zneužívání prostředků trestního práva na úkor práva civilního v oblasti nájemního bydlení.¹⁰²

3.2.2 Vybraná judikatura Ústavního soudu

Jak se dalo očekávat, objevující se početnější judikatura týkající se zásady subsidiarity a principu ultima ratio zdůrazňující jejich význam a postavení v rámci posuzování trestněprávní odpovědnosti, otevřela (spolu s ustanovením § 12 odst. 2 trestního zákoníku po nabytí účinnosti TZ ještě větší měrou), jakousi „novou či další“ možnou cestu pro stranu obhajoby. Soudy (včetně Ústavního soudu) tak začaly řešit narůstající námitky týkající se uplatnění trestního postihu jako prostředku ultima ratio i ve zjevně neopodstatněných případech. S tím si však podle mého dokázaly poradit, respektive z dalšího nálezu Ústavního soudu, sp. zn. III. ÚS 1148/09, o kterém níže diskutuji, se tak podává. Jednalo se o případ, kdy byl stěžovatel podle trestního zákona č. 140/1961 Sb. odsouzen za trestný čin zpronevěry a pokus trestného činu poškozování věřitele (oba činy byly navíc kvalifikovány jako vysoce škodlivé vzhledem k výši škody - trestný čin zpronevěry podle ustanovení § 248 odst. 1, odst. 3, písm. c) a pokus trestného činu poškozování věřitele podle ustanovení § 256 odst. 1 písm. c), odst. 4 tehdy platného trestního zákona č. 140/1961 Sb.), přičemž v ústavní stížnosti ze dne 5. 5. 2009 namítal právě porušení ústavního principu subsidiarity trestní represe, které spatřoval v tom, že obecné soudy nerespektovaly povahu trestní represe jako prostředku ultima ratio, ačkoliv podle tohoto má být ochrana majetkových vztahů v prvé řadě uplatňována prostředky práva občanského a obchodního. Stěžovatel v duchu jím připomínané judikatury namítal, že teprve tam, kde je ochrana mimotrestními prostředky neúčinná a kde porušení občanskoprávních povinností dosahuje svou intenzitou zákonem požadovaného stupně společenské

¹⁰² Nález Ústavního soudu ze dne 3. 3. 2005, sp. zn. II. ÚS 413/04 (N 40/36 SbNU 433).

nebezpečnosti, je namíste uvažovat o trestní odpovědnosti. Ústavní soud ovšem důrazně upozornil, že v posuzovaném případě nebyly splněny podmínky pro nahrazení trestní odpovědnosti toliko odpovědností občanskoprávní, a to pro vysoký „stupeň škodlivosti“ inkriminovaného jednání (náleží obsahuje v tomto místě týkajícím se „stupně škodlivosti“ pro poměry této práce zajímavou poznámku v závorce, a sice že v terminologii předchozího trestního zákona se jednalo o „stupeň nebezpečnosti činu pro společnost“ viz § 3 odst. 1 avizovaného trestního zákona, z níž je evidentní, že Ústavní soud nevnímal rozdíl mezi obsahem těchto pojmů), daný zejména způsobením značné škody, resp. škody velkého rozsahu, v souzené věci plně odůvodňuje vyvození trestní odpovědnosti. Ústavní soud také akcentoval, že *„Princip subsidiarity trestní represe... nelze chápat tak, že trestní odpovědnost je vyloučena vždy, kdy existuje paralelně nějaký jiný druh odpovědnosti za protiprávní jednání, např. odpovědnost občanskoprávní. Jinými slovy řečeno: Není vyloučeno souběžné uplatnění trestní odpovědnosti spolu s jiným druhem odpovědnosti. Trestní odpovědnost je vyloučena pouze v situacích, kdy uplatněním jiného druhu odpovědnosti lze dosáhnout splnění všech funkcí vyvození odpovědnosti, tj. splnění cíle reparačního a preventivního, a přitom funkce represivní není v daném případě nezbytná.“*¹⁰³

Na tomto místě jen doplním názor z jednoho aktuálnějšího rozhodnutí Ústavního soudu, na který mne navedl Ščerbův komentář, kde byl náleží uváděn na podporu názoru, že civilněprávní odpovědnost a trestněprávní odpovědnost jsou zpravidla ve vztahu komplementarity¹⁰⁴, což nelze v žádném případě opomínat. V náleží I. ÚS 3724/16 Ústavní soud zdůrazňuje, že *„ani zásada subsidiarity trestní represe nevylučuje spáchání trestného činu a uložení trestu v případě závažného porušení smluvních povinností, které lze sankcionovat i mimotrestními prostředky, protože trestní právo chrání též soukromé zájmy fyzických a právnických osob. Jednání popsané ve výroku o vině v posuzované věci přesáhlo svou intenzitou stupně společenské škodlivosti předvídané trestněprávními předpisy“*.¹⁰⁵

Na jednu stranu nelze využívat trestní právo jako prostředek nahrazující ochranu práv a právních zájmů jednotlivce v oblasti soukromoprávních vztahů,

¹⁰³ Náleží Ústavního soudu ze dne 26. 7. 2012, sp. zn. III. ÚS 1148/09 (N 133/66 SbNU 77).

¹⁰⁴ Op. cit. sub 89, s. 159.

¹⁰⁵ Náleží Ústavního soudu ze dne 17. 2. 2017, sp. zn. I. ÚS 3724/16.

stejně tak ale ani nelze při promítnutí trestněprávní represe jako prostředku ultima ratio ignorovat soukromoprávní charakter jednání (vztahů). Je ale třeba vyhnout se i situaci, v níž bude-li civilní jednání vykazovat znaky trestného činu (a není důvod pro využití zásady subsidiarity trestní represe), nebude trestněprávní odpovědnost vyvozena v důsledku pouhého odkazu na soukromoprávní charakter jednání (vztahů) a existenci soukromoprávních prostředků ochrany.

V kontextu výše zmíněných nálezů Ústavního soudu a jeho závěrů v souvislosti s principem ultima ratio a zásadou subsidiarity trestní represe mi přijde příhodné zmínit se blíže o nálezu Ústavního soudu vydaném dalo by se říci již v době „zaběhnuté“ praxe (za doby více než pět let trvající účinnosti trestního zákoníku), kdy stěžovatel ve své ústavní stížnosti rovněž namítal, že v jeho věci bylo žádoucí přikročit k ochraně práv poškozeného prostředky mimotrestními a obecné soudy měly aplikovat zásadu subsidiarity trestní represe, což neučinily. Jednalo se o rozhodování poměrně kontroverzního případu *squattingu*, kdy stěžovatel byl odsouzen za spáchání přečinu neoprávněného zásahu do práva k domu, bytu nebo k nebytovému prostoru dle § 208 odst. 1 trestního zákoníku za jeho squatterské jednání spočívající v protiprávním užívání usedlosti (trvajícím 36 dní), kterou stěžovatel předtím několik let po právu užíval na základě soukromoprávní dohody uzavřené s vlastníkem usedlosti. Ústavní soud vyjádřil k rozhodování a přístupu obecných soudů k věci notné množství výhrad, které se přímo dotýkají zásady subsidiarity trestní represe a otázky jejího (ne)aplikování v posuzované kauze obecnými soudy. Za zmínku stojí názor, že k principu¹⁰⁶ subsidiarity trestní represe nelze přistupovat s argumentem (tak, jak to učinily obvodní soud a městský soud), že pokud je daný přečin upraven v trestním zákoníku, pak až na výjimečné případy není pro použití principu subsidiarity trestní represe místo, a/nebo že zásadně každý protiprávní čin, který vykazuje znaky uvedené v trestním zákoníku, považovat za trestný čin a opačný názor lze zastávat jen ve výjimečných případech. Tyto přístupy dle Ústavního soudu opomíjí koncept legitimacy v trestním právu, která je založena na tom, že *„represivní prostředky mohou být použity pouze tehdy, je-li to odůvodněno především v rámci úcty k základním právům a jejich ochraně. Trestní právo musí*

¹⁰⁶ Ústavní soud ve svých nálezech (alespoň tedy v těch v práci zmiňovaných) často používá pojem „princip“ subsidiarity trestní represe namísto „zásady“ subsidiarity trestní represe a „principu“ ultima ratio, což mu bylo zpětně vytýkáno v reakcích právě na avizovaný nálezu Ústavního soudu. Použitím stejného označení toliko jeho pojmenování zachovávám, byť tuto nepřesnost považuji za vhodné zmínit.

chránit zásadní legitimní zájmy a hodnoty tam, kde není jiné pomoci. Trestněprávní postih proto může přijít jen v situacích, ve kterých je to nezbytné pro dosažení účelu aplikované normy. Princip subsidiarity trestní represe z toho důvodu nesmí být pouhou výjimkou. Ústavněprávní perspektiva naopak vede k závěru, že je možné ho omezit jen s cílem, který je legitimní, a způsobem, který je přiměřený vůči tomuto legitimnímu cíli.“ Obecné soudy se v odůvodnění svých rozhodnutí podle Ústavního soudu navíc nedostatečně zabývaly možnostmi vyřešení věci jinými právními prostředky, když v jejich rozhodnutích (včetně rozhodnutí Nejvyššího soudu o dovolání stěžovatele) absentují konkrétní úvahy, proč ve vazbě na skutkové okolnosti věci nebylo reálně možné věc řešit jinými právními prostředky než prostředky práva trestního. Ústavní soud na tomto místě upozornil, že „*čl. 1 odst. 1 Ústavy spolu s čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod a čl. 39 Listiny základních práv a svobod představují základ pro ústavněprávní chápání trestního práva jako krajního prostředku, který by neměl být použit tam, kde je věc možné řešit například soukromoprávně. Lze z nich proto dovozovat základní právo každého nebýt trestán, pokud lze účinně využít dostupných prostředků jiných právních odvětví. Při zvažování, zda aplikovat princip subsidiarity trestní represe, se obecné soudy musí zaměřit na existenci a možnost efektivního použití jiných prostředků k dosažení sledovaného legitimního cíle. Pokud princip subsidiarity trestní represe neaplikují a shledají, že je již nutný trestní postih, musí konkrétně odůvodnit, proč podle jejich názoru takové prostředky k dispozici nebyly, a proč neexistovala jiná možnost než trestní postih stěžovatele.“* Pro ústavněprávní posouzení věci má dále relevanci, jak obecný soud konkrétně aplikuje skutkovou podstatu přečinu neoprávněného zásahu do práva k domu, bytu nebo k nebytovému prostoru, která rozlišuje „protiprávní obsazení“ nemovitosti jako formu intenzivnějšího zásahu a „protiprávní užívání“ jako méně intenzivní formu zásahu do objektu chráněného trestním zákoníkem. V tomto ohledu Ústavní soud v nálezu poukazuje i na komentářovou literaturu¹⁰⁷, jež uvádí: „*Protiprávní užívání domu, bytu nebo nebytového prostoru jiného, byť to zákon nezdůrazňuje, není tak závažné jako protiprávní obsazení takových objektů. Proto bude zapotřebí v případech neoprávněného užívání uvedených prostorů, jichž občan předtím užíval po právu, pečlivě vážit okolnosti případu z hlediska náležitého posouzení povahy a závažnosti trestného činu podle § 39 odst.*

¹⁰⁷ ŠÁMAL, Pavel. § 208. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník: komentář. II. díl.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2041. ISBN 978-80-7400-428-5.

*1, 2 trestního zákoníku při stanovení druhu trestu a jeho výměry a v odůvodněných případech i z hlediska zásady subsidiarity trestní represe stanovené v § 12 odst. 2 trestního zákoníku a z ní vyplývajícího principu ultima ratio. Nebude-li trvat takové užívání dlouho a nebyla-li způsobena jednáním neoprávněného uživatele škoda nebo jiný závažný následek, resp. účinek, zpravidla nepůjde o trestný čin, byť jednáním neoprávněného uživatele byly formální znaky trestného činu podle § 208 odst. 1 naplněny.*¹⁰⁸

Na prvý pohled by se po seznámení se s posledně jmenovaným nálezem dalo říci, že Ústavní soud podal skutečně zevrubný návod k otázce správné interpretace podmínek trestnosti činu - nejen ve vztahu k trestnému činu podle § 208 odst. 1 trestního zákoníku a trestněprávnímu postihu squattingu, nýbrž že jeho závěry bude možno aplikovat i na případy jiných jednání, která budou formálně vykazovat naplnění znaků skutkové podstaty některého trestného činu dle trestního zákoníku, avšak bude možno je postihovat jinými soukromoprávními prostředky, které český právní řád nabízí. Pozitivní ohlasy, co se týče diskutovaného nálezu Ústavního soudu, vyjádřil i Šámal, přičemž k tomu zdůraznil, že princip (zásada) subsidiarity trestní represe nesmí být aplikován jako pouhá výjimka v případech, kdy ze závažných důvodů nelze uplatnit trestní represi, jak tvrdily soudy obecné, které danou věc rozhodovaly. Takový přístup obecných soudů podle něho opomíjí koncept legitimacy v trestním právu založený na užití trestněprávních represivních prostředků a ochraně legitimních zájmů a hodnot tam, kde není jiné účelné pomoci.¹⁰⁹

S výše tlumočeným Šámalovým závěrem se však podle mne nelze „spokojit“, neboť je do jisté míry zjednodušující a neúplný. Odlišný pohled na posuzovanou kauzu podala kupříkladu také Kandová, která jako autorka článku zevrubně reagujícího na avizované rozhodnutí Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 3080/16 poukázala na dvě nesprávné roviny, jichž se Ústavní soud při interpretaci a aplikaci zásady subsidiarity trestní represe dopustil. Jednalo se v první řadě o úvahu ve vztahu k zásadě subsidiarity trestní represe, podle níž by prostředky trestního práva neměly být použity tam, kde je věc možné řešit kupříkladu soukromoprávně, kterou Kandová označila doslova za alarmující. Poukazovala, že

¹⁰⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 23. 5. 2017, sp. zn. II. ÚS 3080/16 (N 86/85 SbNU 475).

¹⁰⁹ Šámal, P. K diskuzi o subsidiaritě trestní represe. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo (stále) v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvílovi*. [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 437-438. ISBN 978-210-8921-1. Dostupné z: https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Kalvodova_TP_v_pohybu.pdf.

takový kategorický závěr ze zásady subsidiarity trestní represe ani z principu ultima ratio (či principu proporcionality) nevyplývá, když jeho přijetí by podle ní bylo v podstatě rezignací státu na stíhání všech zjištěných trestných činů, a tudíž popřením zásady oficiality a legality trestního stíhání, neboť bezvýhradné přijetí této úvahy by mohlo v případě trestné činnosti vést (ad absurdum) až k popření trestněprávní ochrany některých subjektivních práv fyzických a právnických osob mající soukromoprávní základ. V reakci na rozebíranou úvahu autorka vyslovila přání, aby orgány činné v trestním řízení respektovaly vůli zákonodárce vyjádřenou formulací zákonných skutkových podstat a přistupovaly k závěrům diskutovaného nálezu zdrženlivě. Kandová nesouhlasila ani se závěrem Ústavního soudu, podle kterého by obecné soudy měly při posuzování naplnění skutkové podstaty trestného činu podle § 208 odst. 1 trestního zákoníku přihlížet ke vzniku škody (byť tento závěr nepovažovala jejími slovy za alarmující jako předchozí jmenovaný), protože škoda není zákonným znakem dané skutkové podstaty, čímž to pádem by neměla mít ani na posouzení otázky viny v případě spáchání daného trestného činu žádný vliv, naopak by eventuelní existence či naopak absence škody způsobené v důsledku neoprávněného zásahu do práva k nemovitosti mohla být zohledněna až při ukládání sankce (či při zvažování jiné trestněprávní reakce na spáchaný trestný čin).¹¹⁰

Vezmeme-li v potaz výše zmíněné argumenty Ústavního soudu a jejich hodnocení ze strany odborné veřejnosti, zdá se mi, že se Ústavní soud v rozhodnutí sp. zn. II. ÚS 3080/16 ve snaze důrazně vytknout obecným soudům exemplární potrestání stěžovatele a nesprávnou interpretaci a aplikaci zásady subsidiarity trestní represe (což podotýkám hodnotím jedinečně pozitivně) sám poněkud **nedůsledně odklonil od svých dříve vyslovených závěrů**, podle nichž trestní odpovědnost je vyloučena pouze v těch situacích, kdy uplatněním soukromoprávní odpovědnosti lze dosáhnout splnění všech funkcí vyvození odpovědnosti, tedy cíle reparačního a preventivního, a přitom funkce represivní není v daném případě nezbytná a ochrana poskytovaná mimotrestními prostředky nesmí být neúčinná. Na druhou stranu nelze nezmínit, že v době rozhodování obecných soudů byl trestní zákoník v účinnosti již více než 5 let a přístup k aplikaci zásady subsidiarity trestní represe z jejich strany byl i přes opakované

¹¹⁰ KANDOVÁ, Katarína. Nad zásadou subsidiarity trestní represe (nejen) u majetkových trestných činů ve světle recentního rozhodnutí Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, roč. 2017, č. 17, s. 581-589.

připomínky stěžovatele (namítané jak v řízení před obvodním soudem, tak v dalších navazujících řízeních) žalostný, jestliže kupříkladu obvodním soudem vyřčený argument (v reakci na namítanou nezbytnost aplikovat princip subsidiarity trestní represe), že s ohledem na předchozí jednání vlastníka nebyli squatteři „vděční“ ani za tu možnost, že mohli objekt legálně užívat několik let, je dosti zlehčující, nepřiměřený a neobjektivní. Lze proto jen doufat, že posledně jmenovaný nález Ústavního soudu bude obecné soudy přinejmenším motivovat k tomu, aby interpretaci a aplikaci diskutované zásady subsidiarity trestní represe skutečně přisuzovaly váhu, jakou si zaslouží. Stejně tak by měl ovšem Ústavní soud pamatovat na své dříve vyslovené závěry a tyto neopomíjet ani v obdobných exemplárních případech, jelikož jak jsem na více místech zmiňovala, právní teorie i soudní praxe se shodují v tom, že civilněprávní odpovědnost a trestněprávní odpovědnost se vzájemně nevylučují.

Připomenu také nález I. ÚS 3113/13, v němž Ústavní soud rozhodoval v otázce narušených rodinných vztahů a dospěl k závěru, že tím, že obecné soudy neaplikovaly zásadu subsidiarity trestní represe, porušily ústavní princip „nullum crimen, nulla poena sine lege“ zakotvený v čl. 39 LZPS. Tento nález shledávám zajímavým nejen jakožto interpretační a aplikační vodítko v otázce posuzování přečinu porušování domovní svobody dle § 178 odst. 1, 2 trestního zákoníku, ale především pro posuzování případů, kdy jedinec sice formálně svým jednáním naplní skutkovou podstatu některého trestného činu, ovšem takovým jednáním bude sledovat dosažení určitého legitimního cíle souladného s právem. Ústavní soud tuto okolnost „sledování legitimního cíle“, jak bude dále patrné, hodnotil překvapivě široce. Stěžovatel byl uznán vinným pokračujícím přečinem porušování domovní svobody, přičemž jeho jednání spočívalo v tom, že v rodinném domě, jehož byl se svou manželkou spoluvlastníkem a jehož část užívala (původně s jeho souhlasem, posléze již proti jeho vůli) jeho dcera (v trestním řízení coby poškozená) s rodinou, v době nepřítomnosti své dcery nejméně šestkrát vnikl do jí obývané části domu, nastěhoval si do ní své věci a jiné věci z ní vystěhoval ven a přemístil do jiných částí domu, a posléze stěžovatel výměnou zámků znemožnil poškozené přístup do jednotlivých pokojů. Stěžovatel takto popsané jednání v zásadě nepopíral, byl však toho názoru, že jej nelze hodnotit jako trestnou činnost. Obecné soudy nepovažovaly za vyvrácený stěžovatelův poukaz na jeho vlastnictví předmětné nemovitosti v tom směru, že se mohl úspěšně domoci vůči poškozené dceři vyklizení jí užívaných prostor cestou

občanskoprávní žaloby a následné exekuce (patrně v horizontu několika let). Toto hledisko věci soudy považovaly za irelevantní a odkazovaly, že svépomoc je v tomto případě nepřipustná a že skutková podstata avizovaného přečinu chrání nedotknutelnost obydlí vůči komukoliv (včetně jeho vlastníka). Ústavní soud ale o naprosté irelevantnosti přesvědčen nebyl, když argumentoval tím, že český právní řád sice nedovoluje vlastníkům nemovitostí nahrazovat nutnost podání občanskoprávní žaloby na vyklizení a navazujícího návrhu na výkon rozhodnutí svépomocí, nelze ovšem ani klást rovnítko mezi takovou nedovolenou svépomocí a závěrem o spáchání trestného činu. Pokud podle něho osoba užívá nedovolenou svépomoc, čímž přinejmenším sleduje legitimní cíl souladný s právem, postupuje sice protiprávně, avšak její jednání bude zpravidla stále podstatně méně společensky škodlivé než jednání té osoby, která protiprávně jak postupuje, tak je protiprávní i stav, který se snaží nastolit (dcera stěžovatele odmítající se vystěhovat z nemovitosti ve vlastnictví stěžovatele i přes jeho opakované výzvy, provádění nepovolených stavebních úprav v domě, excesivní rozsah užívání domu, hrubé jednání vůči stěžovateli, a další). Ústavní soud vědom si skutečnosti, že věc souvisela s vzájemnými rodinnými vztahy a měla silný mravní akcent, připomněl, že soudy musí být při užití prostředků práva trestního zvláště citlivé, neb vzájemné podávání trestních oznámení a následný trestní postih jednotlivých rodinných příslušníků zpravidla zlepšení vztahů v rodině nepřispěje, ba naopak. Ústavní soud považuje za nemravné, vykazuje-li potomek (či jeho rodina) svého rodiče z obydlí rodičem vybudovaného, a podporu, které se dceři stěžovatele formalistickým přístupem obecných soudů dostalo, za neakceptovatelnou. **Je-li podle Ústavního soudu vyslovení viny nad stěžovatelem protikladné k celkovému morálnímu a spravedlivému rozměru věci, nadto v prostředí rodinných vztahů, jedná se o další skutečnost svědčící ve prospěch závěru o absenci trestnosti činu s ohledem na zásadu subsidiarity trestní represe.** Co je ovšem pro účely této práce nepominutelné, je závěr Ústavního soudu ohledně pojetí, na němž je trestní zákoník vystavěn, který je v nálezu obsažen. V tomto směru ÚS uzavírá: *„Za účinnosti dřívějšího trestněprávního kodexu Ústavní soud na těchto základech již judikoval, že princip ultima ratio je principem, v jehož světle je třeba interpretovat podmínky trestnosti činu dle tehdejšího trestního zákona [viz nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 69/06 ze dne 12. 10. 2006 (N 186/43 SbNU 129)]. Nový trestní zákoník ve své podstatě zachoval formálně-materiální pojetí trestného činu, přičemž ovšem do*

*formulace aspektu materiálního výslovně začlenil zásadu subsidiarity ve shora naznačeném směru. Výše uvedené teze tak v novém trestním zákoníku v rovině práva podústavního krystalizovaly, zejména pak v jeho § 12 odst. 2, dle kterého 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. Toto ustanovení je nutno chápat jako součást definice trestného činu, byť její prvotní část byla včleněna do § 13 odst. 1 trestního zákoníku...“.*¹¹¹

Stejného posouzení, co se týče pojetí, na němž je trestní zákoník vystavěn, se ze strany Ústavního soudu dostalo stěžovateli v rámci nálezu II. ÚS 1152/17 vydaného o pár let později, kde Ústavní soud musel napravovat závadný stav vyvolaný rozhodnutími obecných soudů, který byl navíc bohužel „posvěcen“ rozhodnutím Nejvyššího soudu o odmítnutí dovolání obviněného (odsouzeného, později stěžovatele). I v něm totiž tlumočil názor, že **trestní zákoník stojí na formálně-materiálním pojetí trestného činu, kde do formulace aspektu materiálního výslovně začlenil zásadu subsidiarity.** „*Princip subsidiarity trestní represe tak nalézá své uplatnění v aplikační praxi orgánů činných v trestním řízení při projednávání jednotlivých trestních kauz - zde je chápán jako korektiv, zabráňující kvalifikaci konkrétního protiprávního jednání jako trestného činu. Je vyjádřen v § 12 odst. 2 trestního zákoníku...“.* Je podstatné alespoň krátce zrekapitulovat skutkový stav věci, aby mohl čtenář pochopit mé překvapení z předchozích rozhodnutí (a především pak z rozhodnutí Nejvyššího soudu o dovolání) v této věci a utříbit si argumenty k aplikaci zásady subsidiarity trestní represe. Stěžovatel byl soudem prvního stupně uznán vinným ze spáchání přečinu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázaní podle § 337 odst. 1 písm. a) trestního zákoníku a odsouzen k nepodmíněnému trestu odnětí svobody v délce 8 měsíců za jednání páchané v době od 21. 12. 2015 do 9. 3. 2016 a spočívající v řízení různých motorových vozidel po pozemní komunikaci v blízkosti místa svého bydliště řídil celkem v 28 případech, ačkoli věděl, že mu byl rozsudkem Obvodního soudu pro Prahu 5, který nabyl právní moci dne 24. 11. 2015, uložen mimo jiné trest zákazu činnosti spočívající v zákazu řízení motorových vozidel všeho druhu v trvání 18 měsíců. Odvolací soud rozsudek soudu, pokud jde o výrok o vině, tento nezměnil, a Nejvyšší soud posléze odmítnul dovolání stěžovatele jako zjevně neopodstatněné. Souzené jednání spočívalo v tom, že jako

¹¹¹ Nález Ústavního soudu ze dne 29. 4. 2014, sp. zn. I. ÚS 3113/13 (N 72/73 SbNU 315).

stěžovatel vykonávající živnost automechanika a provozující autoservis v areálu garáží, kam není umožněn vjezd motorovým vozidlům (umístěním zákazové značky), opravoval automobily, které mu do areálu dovážel jeho kolega, jenž měl v tomtéž areálu také svou dílnu. Stěžovatel posléze tyto automobily pouze přemísťoval v rámci areálu výhradně za účelem jejich opravy, a to toliko z místa na místo ve vzdálenosti cca 10 až 15 metrů. Ústavní soud ve svém zrušujícím nálezu posuzoval, zda stěžovatel skutečně vykonával činnost jemu zakázanou (ve smyslu ust. § 337 odst. 1 písm. a) TZ) a vyjádřil se tak, že ačkoliv je možno konstatovat, že k této činnosti potřeboval schopnosti, aby vozidla (jejich pohonné jednotky) mohly být uvedeny do pohybu s využitím znalostí a schopností ovládat jejich motorické schopnosti, další schopnosti, pro které je vydáváno řidičské oprávnění, tedy znalost pravidel silničního provozu, k této činnosti v podstatě nepotřeboval. Přitom tyto znalosti jsou klíčové pro bezpečnost silničního provozu a jejich porušení či porušování bývá v podstatné míře důvodem pro zákaz činnosti spočívající v řízení motorových vozidel. Stěžovatel tedy nepoužíval předmětná vozidla pro svou potřebu ani pro potřebu někoho jiného (nebo něco) někde přemístit, nýbrž pouze vykonával činnost automechanika, kterou zakázanou neměl. Zároveň Ústavní soud poněkud nadbytečně zdůraznil, že k předmětu svého živnostenského podnikání stěžovatel ani řidičské oprávnění nepotřeboval. Ústavní soud byl přesvědčen, že vzhledem k těmto výše popsaným specifickým okolnostem nedosahuje jednání stěžovatele ani dolní hranice společenské škodlivosti, aby jej vůbec bylo možno považovat za trestný čin, natož za trestný čin, za nějž by měl být stěžovatel potrestán nepodmíněným trestem odnětí svobody. Obecné soudy podle Ústavního soudu neaplikovaly zásadu subsidiarity trestní represe, ačkoliv skutkové okolnosti svědčí o tom, že k tomu byly splněny podmínky, a tím došlo k porušení ústavního principu nullum crimen, nulla poena sine lege zakotveného v čl. 39 LZPS. Při posouzení otázky, zda stěžovatel mařil výkon úředního rozhodnutí spočívajícího v zákazu činnosti, vlastně vůbec nepřihlédly ke specifickým daného případu, která jsou nepopíratelná, a namísto toho ve svých rozhodnutích celkem odůvodnily podle Ústavního soudu zjevnou nespravedlnost, čímž porušily i čl. 36 odst. 1 LZPS. Vzhledem k uvedenému tedy Ústavní soud stížnosti vyhověl a všechna napadená rozhodnutí zrušil. Z přístupu soudů (včetně soudu dovolacího) při posuzování tohoto případu jsem byla značně udivená. Jednak z toho důvodu, že soudy rozhodovaly po více než šestileté účinnosti trestního zákoníku, ale též nelze pominout, že rozhodovaly za situace,

kdy měly k dispozici sjednocující Stanovisko NSČR, které bylo v době jejich rozhodování podrobeno zevrubné početné diskuzi právní teorie i praxe. Pominu-li problematické aspekty tohoto Stanoviska NSČR, které rozebírám (nejen) v příslušném oddíle podkapitoly 3.3 této práce, nelze si nepovšimnout, že v diskutovaném případě maření výkonu úředního rozhodnutí se jednalo z hlediska formálního posouzení o méně závažný „trestný“ čin s charakterem přečinu, především však zanedbatelné (pokud vůbec nějaké hranice dosahovala) společenské škodlivosti, který se proto na prvý pohled vymyká běžně se vyskytujícím trestným činům dané skutkové podstaty, neboť „pachatel“ nepoužíval předmětná vozidla pro potřebu sebe ani někoho (nebo něco) jiného někam přemístit, ale pouze vykonával činnost automechanika, jež byla jeho živobytím, a vozidla přemísťoval (popojížděl s nimi) po uzavřeném areálu. Troufám si proto podle mého oprávněně klást otázku „co více či jaké další nebo jiné specifické okolnosti a hraniční případy by soudy považovaly za dostačující k tomu, aby přistoupily k aplikaci zásady subsidiarity trestní represe“.¹¹²

Posledním rozhodnutím Ústavního soudu, které zde podrobně rozeberu, je nálezná pléna Ústavního soudu Pl. ÚS 46/18 vydaný v průběhu zpracovávání této rigorózní práce, jenž se primárně zabíral (v posledních letech stále častěji diskutovanou) otázkou zákonného určení škody nikoliv nepatrné¹¹³, ovšem zazněla v něm významná vyjádření ve vztahu k zásadě subsidiarity trestní represe a její aplikaci, proto jej v této práci nemohu opomenout. Na Ústavní soud se obrátil okresní soud jako navrhovatel, který ve smyslu čl. 95 odst. 2 Ústavy a ust. § 64 odst. 3 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů, vedl trestní řízení proti obviněné pro spáchání přečinu krádeže podle § 205 odst. 1 písm. a) trestního zákoníku. Okresní soud dospěl k závěru, že § 138

¹¹² Nález Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2018, sp. zn. II. ÚS 1152/17 (N 107/89 SbNU 579).

¹¹³ Ústavněprávní výbor sněmovny projednávání poslanecké novely trestního zákoníku, tisk č. 466, který navrhoval zvýšení stávajících hranic škod, dne 5. 2. 2020 přerušil; ve stejný den ústavněprávní výbor projednal vládní návrh novely trestního zákoníku, sněmovní tisk č. 453, a ve svém pozměňovacím návrhu do tohoto vládního návrhu vložil mj. i novelu § 138 odst. 1 trestního zákoníku, která hranice všech druhů škod zvýšila. Tuto novelu schválila dne 19. 6. 2020 Poslanecká sněmovna a dne 22. 7. 2020 také Senát, prezident ji podepsal dne 28. 7. 2020. Změna nabyla účinnosti dne 1. 10. 2020. Sněmovní tisk č. 453 k vládnímu návrhu novely trestního zákoníku. Pramen: Poslanecká sněmovna Parlamentu [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: https://www.psp.cz/sqw/tisky_sqw?tb1=2&utq=2&o=8&na=&tb25=453&tb26=&tqa27=on&tqa28=on&tqa29=on&tqa64=on&tqa30=on&tqa31=on&tqa32=on&tqa63=on&tqa33=on&tqa34=on&tqa62=on&tqa35=on&ra=20. Sněmovní tisk č. 466 k vládnímu návrhu novely trestního zákoníku a https://www.psp.cz/sqw/tisky_sqw?tb1=2&utq=2&o=8&na=&tb25=466&tb26=&tqa27=on&tqa28=on&tqa29=on&tqa64=on&tqa30=on&tqa31=on&tqa32=on&tqa63=on&tqa33=on&tqa34=on&tqa62=on&tqa35=on&ra=20.

odst. 1 trestního zákoníku je v rozporu s ústavním pořádkem, konkrétně s čl. 40 odst. 6 LZPS, a navrhl jeho zrušení (byť jeho argumentace směřovala toliko k hranici škody nikoli nepatrné, bylo lze ji dle něho analogicky vztáhnout i k ostatním hraničním škody obsaženým v diskutovaném ustanovení¹¹⁴). Jádrem argumentace navrhovatele v podstatě byla skutečnost, že hranice jednotlivých kategorií škody (ve výších dle právní úpravy účinné do 1. 10. 2020) byly zavedeny již novelou trestního zákona č. 140/1961 Sb., provedenou zákonem č. 265/2001 Sb., s účinností od 1. 1. 2002. Připomněl, že v důvodové zprávě k označené novele zákonodárce vyjádřil záměr průběžně novelizovat zákonné ustanovení vymezující definiční znaky výší škody rozhodné pro právní kvalifikaci skutkových podstat tak, aby tyto korespondovaly s inflačním vývojem v České republice, a zároveň konstatoval nenaplnění tohoto záměru. Rozpor § 138 odst. 1 trestního zákoníku s čl. 40 odst. 6 LZPS navrhovatel dovodil z toho, že trestnost majetkových trestných činů je postupem času a růstem průměrné mzdy (životní úrovně) fakticky posuzována podle zákona, který se plíživým způsobem a bez dalšího stává pro pachatele přísnějším. Navrhovatel byl přesvědčen, že pevně dané meze stanovené v § 138 odst. 1 trestního zákoníku nelze překlenout či prolomit aplikací zásady subsidiarity trestní represe. Ústavní soud rozpor avizované části ustanovení § 138 odst. 1 trestního zákoníku (tj. části tvořené slovy „Škodou nikoli nepatrnou se rozumí škoda dosahující částky nejméně 5 000 Kč“) s ústavním pořádkem neshledal a ústavní stížnost zamítnul. Ústavní soud v odůvodnění nálezu připomněl, že podle současné právní úpravy lze trestně postihovat i taková jednání směřující proti majetku, jimiž nebyla způsobena žádná škoda. Tím spíše dle Ústavního soudu nelze učinit závěr o protiústavnosti míry kriminalizace v případě, kdy v důsledku výše popsaného jevu postačuje k vyvození trestní odpovědnosti způsobení škody fakticky menší, než která byla předpokladem trestní odpovědnosti před deseti či patnácti lety. V kontextu s tímto argumentem Ústavní soud doplnil, že *„v některých případech, kdy škoda způsobená jednáním pachatele jen mírně převyšuje hranici škody nikoli nepatrné,*

¹¹⁴ Tento názor Ústavní soud neshledal, když v diskutovaném nálezu vyjádřil, že v navrhovatelem souzené věci jde toliko o posouzení, zda uvedená škoda vykazuje znaky škody nikoli nepatrné, a to, jakým způsobem trestní zákoník vymezuje v § 138 odst. 1 další hranice majetkových škod (škodu nikoli malou, větší škodu, značnou škodu a škodu velkého rozsahu), v této konkrétní projednávané věci nemělo žádný význam. Jelikož v tomto ohledu nešlo o část ustanovení, která by tvořila právní podklad pro rozhodování soudu, ani přímo ovlivňovala průběh řízení vedeného navrhovatelem, pak ani při extenzivním výkladu podmínky „použití zákona při řešení věci“ uvedené části § 138 odst. 1 trestního zákoníku v předmětném řízení nemá být použito. V tomto rozsahu ohledně dalších hranic majetkových škod (mimo hranice škody nepatrné) tedy navrhovatel nebyl oprávněn ústavní stížnost podat.

lze vyvození trestní odpovědnosti zabránit aplikací některého z korektivů trestní odpovědnosti, ať již jde o korektiv hmotněprávní v podobě zásady subsidiarity trestní represe podle § 12 odst. 2 trestního zákoníku, anebo o korektiv procesní v podobě možnosti zastavit trestní stíhání pro neúčelnost podle § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu, je-li to odůvodněno ostatními okolnostmi případu“. A právě toto „doplnění“ o možnost aplikace zásady subsidiarity trestní represe se jeví být značně problematickým, jak se pokusím rozebrat v navazující pasáži. Ústavní soud na závěr uzavřel, že „*zpřísnění podmínek trestní odpovědnosti, které je důsledkem dlouhodobého zakonzervování právní úpravy určující hranice škod ve spojení s ekonomickým růstem a vývojem inflace, nepředstavuje rozpor s principy vyjádřenými v čl. 40 odst. 6 Listiny. Uvedené okolnosti totiž nemají žádný vliv na to, že pachatel v době činu zná (resp. může znát) jak samotnou právní úpravu, podle níž bude jeho čin posuzován, tak i rozhodující okolnosti (tj. hodnotu věcí, jež jsou předmětem jeho činu), které mají na aplikaci této právní úpravy přímý vliv.*“¹¹⁵

Z názoru Ústavního soudu stran výše zmiňované možnosti zabránit trestněprávní represí v případech, kdy způsobená škoda jen mírně převyšuje hranici škody nikoliv nepatrné, aplikací hmotněprávního korektivu podle autora článku Subsidiarita trestní represe v nálezu Ústavního soudu ze dne 26. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 46/18 vyplývá, že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku je vyjádřením subsidiarity trestní represe, kterou lze aplikovat na trestní odpovědnost, přičemž vzhledem k použití spojení „zabránit vyvození trestní odpovědnosti aplikací hmotněprávního korektivu“, lze usoudit, že může ovlivnit i otázku viny, tedy zda je pachatel vinen či nikoliv ze spáchání trestného činu. Slovní obrat „jen mírně převyšuje hranici škody nikoli nepatrné“ pak dle Kotlána dává tušit, že trestní odpovědnost lze nevyvodit i tehdy, jsou-li naplněny všechny zákonné znaky trestného činu, a to včetně škody nikoli nepatrné. Zásada subsidiarity trestní represe se zjevně uplatní mimo zákonný rámeček vymezení trestného činu. Kotlán rovněž poukazuje na odlišné stanovisko Šámala a Šimáčkové, které dle jeho slov onen „většinový názor“ o možné aplikaci hmotněprávního korektivu v podstatě ještě dále rozvádí do nesprávných důsledků.¹¹⁶

¹¹⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 26. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 46/18 (312/2020 Sb.).

¹¹⁶ KOTLÁN, Pavel. Subsidiarita trestní represe v nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 26. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 46/18. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 2020, č. 4, s. 695-702.

Z názoru, že hmotněprávní korektiv obsažený v trestním zákoníku se přitom posuzuje až po učinění závěru, že formální znaky trestného činu byly naplněny (shodně viz Stanovisko NSČR) autor článku (správně) dovedl, že dle Šámala a Šimáčkové jest zásadu subsidiarity trestní represe nutno aplikovat mimo zákonné znaky trestného činu, tj. až poté, co je učiněn závěr o tom, že skutek je trestným činem. Důvodnost takového postupu přitom dle Šámala a Šimáčkové spočívá v tom, že zásada subsidiarity trestní represe nepodléhá absolutně stanoveným hranicím trestnosti určitého jednání. Podobně jako paralelní existence několika druhů odpovědnosti nemůže vést k vyloučení trestní odpovědnosti, tak ani jasně stanovené hranice mezi přestupkem a trestným činem nemohou vést k nemožnosti aplikovat zásadu subsidiarity trestní represe. V takovém případě by zásada subsidiarity trestní represe nebyla zásadou, ale pravidlem, což by bylo v rozporu s jejím obecně přijímaným výkladem. Zásada subsidiarity trestní represe tak zjevně nemá být vázaná právním pravidlem (zákonem), resp. může rámec pravidel překročit, s čímž autor článku nesouhlasí. Předestřené úvahy Šámala a Šimáčkové tak ústí v závěr, že určitá ekonomická situace ve společnosti (inlace, cenová hladina, zvýšení životní úrovně, atd.) a vůle zákonodárce přizpůsobovat výši hranic škod ekonomickému vývoji (byť k tomu do doby vydání nálezu Ústavního soudu nedošlo), rozšiřují možnost aplikace zásady subsidiarity trestní represe dle § 12 odst. 2 trestního zákoníku na trestní odpovědnost: *„Je-li tedy hranice škod v případě majetkových trestných činů stanovena absolutně, ekonomický růst vede přirozeně k rozšiřování prostoru pro aplikaci hmotněprávního korektivu subsidiarity trestní represe obecnými soudy z důvodu pojetí trestního práva jako nejzazšího prostředku (ultima ratio).“* Tento závěr Šámala a Šimáčkové je doplněn názorem, že pokud obecné soudy zásadu subsidiarity trestní represe neaplikují, ačkoliv skutkové okolnosti svědčí o tom, že k tomu byly splněny podmínky, je porušen ústavní princip *nullum crimen, nulla poena sine lege* zakotvený v čl. 39 LZPS. Takový přístup je dle Kotlána (podle mého zcela oprávněně) nesprávný a povede k absurdním závěrům i právní nejistotě, která není odvislá jen od změny ekonomických poměrů, nýbrž i toho, jak daný soud bude konkrétní skutek a způsobenou škodu vnímat (i s ohledem na lokaci a odlišnou životní úroveň v jednotlivých okresech). Nepříznivě by se ve svém důsledku mohla projevit i ve vztahu k samotným pachatelům trestných činů (autor zde souhlasí s názorem Fenyka vyjádřeným v jeho odlišném stanovisku k nálezu,

který dále popisují), neb ani pachatel sám by si nebyl vlastně jist, která částka v jeho případě založí trestní odpovědnost.¹¹⁷

Ve svém odlišném stanovisku Fenyk uvedl, že jeho nesouhlas ve vztahu k zamítavému nálezu směřuje toliko k možnosti relativizace dolní hranice škody nikoli nepatrné, tj. k výše diskutovanému názoru Ústavního soudu o možnosti zabránění vyvození trestní odpovědnosti aplikací některého z korektivů trestní odpovědnosti. Fenyk poměrně obsáhle diskutuje o otázce subsidiarity trestní represe a porovnává ji s materiálním korektivem společenské nebezpečnosti, kdy současný stav a názorovou rozdílnost právní teorie i praxe na společenskou škodlivost plynoucí z ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku vnímá jako důsledek příliš kritického přístupu zákonodárce k legální definici trestného činu uvedené v předchozím hmotněprávním trestním kodexu, kde byl materiální korektiv znakem skutkové podstaty trestného činu a byl označován za pozůstatek předlistopadového režimu. Jelikož společenská škodlivost v současné době součástí legální definice skutkové podstaty trestného činu není, funkci dřívějšího univerzálního materiálního korektivu (materiální oportunitý) plnit nemá a ani nemůže. Dle Fenyka nyní praxe zvyklá po téměř dvě desetiletí na materiální korektiv v podobě společenské nebezpečnosti, pociťuje její absenci tak citelně, až se to projevuje snahou orgánů činných v trestním řízení aplikovat společenskou škodlivost uvedenou v § 12 odst. 2 trestního zákoníku v podobném rozsahu jako nebezpečnost (nevyjímaje podle něj Nejvyšší soud a jím vydané Stanovisko NSČR). Nejvyšší soud, který se jeho vydáním dle Fenyka pokusil sjednotit nejednotnou praxi, v něm výslovně uvedl, že úvaha o tom, zda jde o čin, který s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe není trestným činem z důvodů nedostatečné společenské škodlivosti případu, se uplatní za předpokladu, že posuzovaný skutek z hlediska spodní hranice trestnosti neodpovídá běžně se vyskytujícím trestným činům dané skutkové podstaty. Stanovisko se přitom z hlediska kritérií společenské škodlivosti odvolává na § 39 odst. 2 trestního zákoníku, kterážto jsou totožná s kritérii bývalé společenské nebezpečnosti. Výklad Nejvyššího soudu Fenyk označuje za analogii ve prospěch pachatele, která nekoresponduje s proklamacemi důvodové zprávy o podstatně konkrétnějších a jednoznačnějších kritériích a nemůže nahradit skutečný materiální korektiv přílišné tvrdosti zákona. Do určité míry je z jeho strany pochopitelná judikatura vypomáhající si tímto takřka improvizovaným způsobem

¹¹⁷ Tamtéž.

u některých neostrých znaků trestných činů, v žádném případě však Fenyk nepřipouští použití korektivu viny v pojetí trestného činu u pojmových znaků majetkových trestných činů určených konkrétní částkou, jako je tomu právě v diskutovaném nálezu Ústavního soudu uplatněná hranice škody nikoli nepatrné 5000 Kč. *„Jestli na něčem zatím v teorii i praxi přes zmatky způsobené nejednoznačnou právní úpravou základů trestného činu panuje shoda, pak právě na tom, že při dosažení majetkové hranice (nejde jen o hranici mezi přestupkem a trestným činem, ale i o její násobky) nelze "přímo" subsidiaritu trestní represe uplatnit, neboť zde zákonodárce hranice trestnosti stanovil jednoznačným a nezpochybnitelným způsobem. I ve smyslu uvedeného stanoviska Nejvyššího soudu se škoda dosahující hranice předepsané škody coby znaku dané skutkové podstaty nemůže nikdy vymykat oné "spodní hranice trestnosti." Přímý zásah do znaků skutkové podstaty trestného činu by totiž znamenal skutečnou relativizaci viny, kterou se oslabuje ústavní zásada nullum crimen sine lege (čl. 39 Listiny). V konečném důsledku by se to otočilo proti samotným pachatelům, kteří by si nemohli být jisti, která částka v jejich případě založí trestní odpovědnost, tedy kudy přesně "spodní hranice trestnosti" vede.“*¹¹⁸

Navrátím-li se nyní ke Kotlánovu článku, pak po rekapitulaci názorů v odlišných stanoviscích k rozebíranému nálezu ÚS autor dochází ke dvěma závěrům. Prvým z nich je ten, že **pokud zákon jednoznačně vymezuje jeden ze znaků trestného činu v podobě majetkové škody (znak objektivní stránky trestného činu), je odmítnutí viny pachatele za trestný čin navzdory naplnění tohoto znaku (a přirozeně i ostatních zákonných znaků) porušením ústavního principu nullum crimen sine lege.** S tímto závěrem musím i já souhlasit, přičemž zároveň připomenu, že k němu dospívá (byť ne právě v kontextu s tímto rozhodnutím) i Ščerbův komentář v diskuzi o interpretačním rozměru zásady subsidiarity trestní represe, kde zdůrazňuje nepřipustnost interpretovat pojmy s jednoznačnou definicí, pojmy dlouhodobě vykládané určitým způsobem, a pochopitelně zároveň pojmy upravující výši škody, jež upravuje § 138 odst. 1 trestního zákoníku¹¹⁹. Kotlán ve svém článku doplňuje: *„Pokud je princip (subsidiarity trestní represe) aplikován navzdory pravidlu (škoda nikoli nepatrná jako znak trestného činu), jedná se již nikoliv o interpretaci, nýbrž dotváření práva. Toto dotváření má v tomto případě podobu teleologické redukce, kdy se —*

¹¹⁸ Odlišné stanovisko soudce Jaroslava Fenyka k odůvodnění nálezu sp. zn. Pl. ÚS 46/18.

¹¹⁹ Op. cit. sub 89, s. 160.

*byť ve prospěch pachatele trestného činu — neaplikuje § 138 odst. 1 tr. zákoníku a za škodu nepatrnou je považována i škoda vyšší než 5 000 Kč. Teleologická redukce je přitom obdobou analogie, kdy u teleologické redukce se neužije „přebytečná“ právní úprava, u analogie se neplánovaná zákonná mezera „vyplní“. Oba způsoby dotváření práva však lze realizovat jen tehdy, neposkytují-li metody interpretace dostatečnou odpověď a jsou-li mezera / „přebytečná“ úprava skutečně zákonodárcem neplánovány. Jinými slovy, neexistuje na danou trestněprávní situaci žádná výkladová varianta a nutno tak přistoupit k teleologické redukci / analogii.“ Druhý závěr se týká otázky uplatňování zásady subsidiarity trestní represe, a sice zda se tak děje prostřednictvím zákonných (formálních) znaků trestného činu, nebo mimo ně. **Posuzovat společenskou škodlivost a aplikovat zásadu subsidiarity trestní represe, lze dle Kotlána pouze prostřednictvím materiálního naplnění formálních zákonných znaků trestného činu.** Aplikace mimo tyto znaky, zohledňující např. momentální ekonomickou situaci (vzestup cenové hladiny) a jiné okolnosti případu, je nepřípustná, a naopak opět vede k narušení ústavního principu nullum crimen sine lege, a tím i k narušení právní jistoty adresátů právních norem.¹²⁰*

Kotlán tedy vzhledem k jeho v předchozím odstavci tlumočeným závěrům zjevně důsledně zastává formálně-materiální pojetí trestného činu. A právě zde se dostávám k tomu, že jedním z důvodů, proč jsem plenární nález zmiňovala, byl zároveň fakt, že by se na základě předchozích dvou jmenovaných nálezů Ústavního soudu mohlo zdát, že stejně tak Ústavní soud má takzvaně „jasno“ v otázce pojetí trestného činu zastávaného trestním zákoníkem, neboť jej opakovaně a výslovně označil za pojetí formálně-materiální. Vzhledem k takovému závěru by však, pokud jde o roli zásady subsidiarity zakotvené v § 12 odst. 2 trestního zákoníku a posuzování společenské škodlivosti, měl postupovat v intencích znaků skutkové podstaty toho kterého trestného činu, a nikoliv přihlížet k „dalším okolnostem“ nad rámec znaků skutkové podstaty trestného činu, což nečiní. Byť ani v oněch předchozích dvou nálezech nebyl Ústavní soud zcela důsledný, jelikož takové „další okolnosti“ vlastně posuzoval, v tomto plenárním nálezu svůj závěr o formálně-materiálním pojetí trestního činu, na němž je dle něho trestní zákoník založen, ovšem fakticky popřel (s výjimkou

¹²⁰ KOTLÁN, Pavel. Subsidiarita trestní represe v nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 26. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 46/18. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 2020, č. 4, s. 695-702.

citovaného a diskutovaného odlišného stanoviska soudce Fenyka, který formálně-materiální pojetí zjevně také zastává).

Jistě by bylo možné poukázat na celou řadu dalších zajímavých rozhodnutí Ústavního soudu týkajících se zásady subsidiarity trestní represe (včetně souvisejícího principu ultima ratio) a její interpretace a aplikace v praxi, nicméně smyslem této práce není „jen“ rešerše a tlumočení judikatury k tématu.

Bohužel musím zkonstatovat, že ani po více než desetileté účinnosti trestního zákoníku není samotná rozhodovací praxe Ústavního soudu při aplikaci zásady subsidiarity jednotná, a ačkoliv se v určité době mohlo zdát, že se nakonec ustálila na závěru, pokud jde o vymezení pojetí trestného činu v trestním zákoníku, jedná se o pojetí formálně-materiální, z obsahu jím později vydaných rozhodnutí (a způsobu uplatňování ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku v rozhodovaných kauzách) plynou často posouzení zcela protichůdná (viz předestřené zvažování a hodnocení okolností jdoucích zjevně nad rámec skutkových podstat zvažovaných trestných činů).

3.2.3 Vybraná judikatura Nejvyššího soudu

Do tohoto oddílu týkajícího se rozhodovací praxe Nejvyššího soudu jsem záměrně vybírala pouze aktuálnější rozhodnutí, k jejichž přijetí došlo až v návaznosti na přijetí Stanoviska NSČR. Pokusím se na nich zároveň zjistit, zda ze strany Nejvyššího soudu jsou jím vyřčené závěry ve Stanovisku zachovávány, eventuálně zda došlo k nějakému názorovému posunu ve vztahu k interpretaci a aplikaci zásady subsidiarity od doby jeho přijetí, a v neposlední řadě, zda lze hovořit o ustálení rozhodovací praxe Nejvyššího soudu (pochopitelně vztaženo čistě k tématu práce).

Jako první zde uvedu usnesení sp. zn. 8 Tdo 1362/2016, ve kterém se Nejvyšší soud zevrubně zaobíral zásadou subsidiarity trestní represe, když rozhodoval o dovolání nejvyššího státního zástupce a v předmětné kauze se jednalo mj. o posouzení, **zda lze aplikovat zásadu subsidiarity trestní represe dle ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku na případ, kdy čin po formální stránce naplňuje znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu** (zde přečinu zpronevěry podle ust. § 206 odst. 1, 3 trestního zákoníku). Důvody pro zakomponování tohoto rozhodnutí do práce mám v podstatě dva. Prvním je význam rozhodnutí z hlediska zodpovězení otázky ohledně (ne)možnosti aplikovat zásadu subsidiarity na případ kvalifikovaných skutkových podstat a

druhým je otázka uplatnění této zásady v případě, kdy došlo k naplnění kvantitativně stanoveného znaku majetkového trestného činu. Výhrady dovolatele mířily proti právním závěrům odvolacího soudu, a sice že čin obviněných není z důvodů aplikace ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku trestným činem, a vycházely z tvrzení, že v posuzované věci nebyly zjištěny takové okolnosti, jež by snižovaly společenskou škodlivost činu do té míry, aby nedosahovala ani škodlivosti těch nejlehčích, v praxi se běžně vyskytujících trestných činů zpronevěry, navíc **pokud vzhledem k výši způsobené škody došlo k naplnění kvalifikované skutkové podstaty trestného činu (přčinu zpronevěry podle ust. § 206 odst. 1, 3 trestního zákoníku), nebylo dle dovolatele přípustné přikročit k aplikaci ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku.** Ke skutkovému stavu věci přiblížím alespoň následující. Mezi společnostmi obviněných a poškozenou společností probíhala dlouholetá obchodní spolupráce, a to již od roku 1999, která tzv. bezproblémově trvala až do konce roku 2011. V průběhu této obchodní spolupráce společnost obviněných uhradila poškozené společnosti více než 80 milionů Kč za plnění, a to bez dluhů. V souzené věci byl nevrácený tahač jako předmět leasingu součástí v téže době (v roce 2012) uzavřených celkem pěti leasingových smluv na obdobné tahače návěsu, jejichž celková pořizovací hodnota činila necelé 3 miliony Kč, a z této částky společnost obviněných uhradila poškozené společnosti ve 144 postupných leasingových splátkách celkem přibližně 2,6 milionu Kč. Měsíční leasingové splátky byly smluvně rozděleny na 55 splátek rozdělených do období od 1. 3. 2012 do 1. 9. 2016, z nichž počáteční výše splátek byly co do jejich výše pro společnost obviněných značně zatěžující, zatímco od 25. splátky mělo nastat mnohonásobné snížení objemů splátek, což by nasvědčovalo tomu, že bude v silách obviněných splátky platit a že k tomu směřuje vůle obviněných. Společnost obviněných splátky hradila pravidelně do prosince 2012 a posléze již hradila nepravidelně, na což v dubnu 2014 reagovala poškozená společnost vypovězením leasingové smlouvy a obviněným vznikla povinnost vrátit předmět leasingu, což však neučinili. Po tomto jednostranném zrušení leasingových smluv ze strany poškozené společnosti společnost obviněných ještě uhradila platbu 250.000, - Kč ve snaze zajistit (byť neúspěšně) pokračování leasingu. Navíc obvinění také jeden z pěti tahačů z důvodů nedostatku volných prostředků na hrazení běžných splátek dobrovolně vrátili. Následovalo navrácení dalších tří předmětů leasingu poškozené společnosti. Z obchodní korespondence zúčastněných vyplynulo, že společnost obviněných navrhovala různá řešení předmětného problému se

splácením (např. že by sama se souhlasem poškozené společnosti zajistila výhodný prodej jednoho z tahačů a po ukončení dílčí leasingové smlouvy stávající nedoplatky zbylých tahačů uhradila z přebytku tohoto výtěžku), po zahájení trestního řízení také obvinění navrhli policejnímu orgánu, že jim zadržovaný předmětný tahač návěsu předají až do vyřešení případu či obchodního sporu. Po vyčíslení celkové finanční bilance předmětné situace odvolacím soudem bylo rekapitulováno, že to byla společnost obviněných, která v celkovém součtu utrpěla újmu, neb „poškozená“ společnost získala zpět, i přes velkou část uhrazených splátek, čtyři z pěti tahačů. Podle závěrů z dokazování provedeného odvolacím soudem ohledně výše škody, kterou obvinění měli poškozené společnosti způsobit, nečinila tato částka výši 424.599, - Kč, jak bylo uvedeno v obžalobě, ale toliko 233.349,60 Kč. Nejvyšší soud vzhledem k výše rekapitulovanému s názory dovolatele nesouhlasil. Připomněl, že trestní represe se uplatní, je-li konkrétní spáchaný trestný čin natolik společensky škodlivý, že je uplatnění trestního postihu nezbytné. **Pro aplikaci ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku není rozhodné pouze to, naplňuje-li čin po formální stránce znaky kvalifikované skutkové podstaty. Při aplikaci zásady subsidiarity trestní represe je třeba zvažovat celkovou společenskou škodlivost činu (význam chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsob provedení činu a jeho následky, okolnosti, za kterých byl čin spáchán, osobu pachatele, míru jeho zavinění a jeho pohnutku, záměr nebo cíl), a je nezbytné zvažovat souhrn všech těchto okolností určujících společenskou škodlivost činu bez ohledu na to, o jakou právní kvalifikaci se jedná.** Přestože se tedy jednalo o kvalifikovaný trestný čin, Nejvyšší soud vyslovil názor (shodně s odvolacím soudem), že se od jiných obdobných trestných činů významně liší, a že svými okolnostmi, na jejichž základě k němu došlo, nedosahuje ani základní skutkové podstaty obdobných trestných činů zpronevěry podle § 206 odst. 1 trestního zákoníku vzniklých v rámci leasingových smluv, které pachatel po čase přestane plnit a předmět leasingu nevrátí, přestože mu tato povinnost vyvstala. Citováno z rozhodnutí Nejvyššího soudu je patrné, že se tento při posouzení míry společenské škodlivosti zaobíral okolnostmi jdoucími mimo rovinu otázky viny: *„Odlišnost v této věci spočívá zejména v tom, že záměrem obviněných v jiných obdobných věcech obvykle bývá faktická snaha nevrátit předmět leasingu z důvodů jeho prodeje nebo převedení na jinou osobu, což v této věci zjištěno nebylo. Tím tento čin ztrácí kriminální povahu, a naopak zde převládá obchodněprávní aspekt. Liší*

se i tím, že obvinění s poškozenou společností jednali, svou dočasnou špatnou finanční situaci neskryvali a hledali vhodné řešení směřující k pozdějšímu splnění závazku. Jejich jednání bylo tedy primárně vedeno nutností udržet svou společnost v provozu, nechtěli se obohatit na úkor poškozené společnosti.“ V posuzované věci proto podle Nejvyššího soudu zcela dostačovalo uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu, navíc občanskoprávní soudní řízení již poškozená proti obviněným vedla. „Kriminalizace předmětného jednání by byla přepjatě formální a došlo by k přepínání trestní represe, která by byla v rozporu se zásadou ultima ratio.“¹²¹

Je tedy evidentní a považuji to za správné, že Nejvyšší soud tímto rozhodnutím výslovně připustil možnost aplikovat zásadu subsidiarity trestní represe podle ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku na trestný čin, který sice formálně naplnil znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu. Tento závěr považuji v jeho obecnosti za správný (již jsem v této práci na více místech vyjádřila svůj nesouhlas s limitováním zásady subsidiarity). Nicméně, byť nespoujím existenci jistých výjimečných okolností případu (určovaných především letitou obchodní minulostí poškozené společnosti a společností obviněných), za kterých k souzenému jednání obviněných došlo, a pravděpodobné možnosti poškozené společnosti dosáhnout vyřešení majetkové újmy cestou mimotrestní, za problematický považuji závěr Nejvyššího soudu v případě, kdy bylo obviněným prokázáno způsobení škody v částce převyšující 200.000,- Kč, tedy naplnění kvantitativního a trestním zákoníkem jasně vymezeného znaku přečinu zpronevěry podle ust. § 206 odst. 1, 3 trestního zákoníku. Nejvyšší soud přesto uzavřel, že **„Není však zcela vyloučeno, aby s poukazem na zásadu subsidiarity trestní represe nebyla trestní odpovědnost uplatněna ani v případě kvalifikovaných skutkových podstat trestných činů, jestliže i přes naplnění znaků některé okolnosti zvláště přitěžující (např. u trestných činů proti majetku při způsobení větší škody) je celková společenská škodlivost případu po důkladném vyhodnocení souhrnu všech významných kritérií natolik nízká, že nedosahuje ani dolní hranice trestnosti běžně se vyskytujících trestných činů dané základní skutkové podstaty“**. Situace tak nápadně připomíná v předchozím oddíle 3.2.2 zmiňovaný plenární nález Ústavního soudu, kdy zopakují a odkazují na názory (Kotlána, Fenyka, ale i k nim připomenuté závěry Ščerbova komentáře) ohledně nepřipustného použití zásady subsidiarity jakožto „korektivu viny“ v pojetí

¹²¹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 2016, sp. zn. 8 Tdo 1362/2016 (31/2017).

trestného činu u pojmových znaků majetkových trestných činů určených konkrétní částkou, jako je tomu podle mého i v případě přečinu zpronevěry podle ust. § 206 odst. 1, 3 trestního zákoníku¹²².

Jak se dalo předpokládat, pak ono v uvozovkách kladné rozřešení otázky, zda lze aplikovat zásadu subsidiarity trestní represe dle ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku na případ, kdy čin po formální stránce naplňuje znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu, v praxi znamenalo zároveň další příležitosti pro stranu obhajoby a zvýšila se četnost dovolávání se aplikace zásady subsidiarity trestní represe právě v případech, kdy jednání obviněných naplňuje znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu. Nutno podotknout, že snahy aplikovat diskutovanou zásadu se bohužel projevují i v případech zjevně nevhodných, které zdaleka nelze označit za „hraniční“ případy, u nichž je společenská škodlivost prakticky nulová a postihování jednání trestním právem u nich není rozporné s trestním zákoníkem. O uvedeném svědčí kupříkladu usnesení Nejvyššího soudu o odmítnutí dovolání ze dne 10. 10. 2017, jehož prostřednictvím se dovolatel, který byl uznán vinným zločinem podvodu podle § 209 odst. 1, 4 písm. d) trestního zákoníku (jeho odvolání bylo posléze odvolacím soudem zamítnuto) spočívajícího v postupných dílčích pěti jednáních, prostřednictvím kterých dovolatel postupně vylákal od poškozeného hotovost a způsobil mu celkovou škodu ve výši nejméně 4,420.539,60 Kč, přičemž již v době vystavení směnek věděl, že je nemá z čeho zaplatit, protože uvedenými finančními prostředky nedisponoval a ani disponovat nemohl, jelikož se ve skutečnosti nacházel v tíživé finanční situaci a byla proti němu vedena exekuční řízení, což poškozenému úmyslně zatajil, a tímto svým jednáním poškozeného úmyslně uvedl v omyl o skutečnostech důležitých pro uzavření výše uvedených smluv o půjčce, zejména pokud jde o posouzení, zda obviněný vůbec bude schopen požadované půjčky splácet. Za tohoto stavu se obviněný dovolával právě užití zásady subsidiarity trestní represe, ačkoliv věřím, že nebude sporu o tom, že její užití v posuzovaném případě nebylo absolutně na místě, neboť jeho jednání jsou typickými případy podvodu, na což obecné soudy a na závěr i odvolací soud správně upozornily, když navíc došlo k naplnění znaku kvalifikované skutkové

¹²² (1) Kdo si přisvojí cizí věc nebo jinou majetkovou hodnotu, která mu byla svěřena, a způsobil tak na cizím majetku škodu nikoli nepatrnou, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta, zákazem činnosti nebo propadnutím věci nebo jiné majetkové hodnoty.
(3) Odnětím svobody na jeden rok až pět let nebo peněžitým trestem bude pachatel potrestán, způsobil-li činem uvedeným v odstavci 1 větší škodu.

podstaty, aniž by zde byly dány jakékoliv zvláštní okolnosti, jež by měly odůvodnit výjimečně nižší hranici trestnosti. Obviněný se naopak dopustil úmyslného protiprávního jednání, navíc v kvalifikované skutkové podstatě, které zjevně vybočilo z rámce běžných civilních vztahů a stalo se natolik společensky škodlivým, že aplikace prostředků trestněprávní represe byla namístě. Jednání dovolatele tedy nelze hodnotit jako méně škodlivé, u kterého by postačovalo uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu, kdy ani jiné okolnosti spáchání trestného činu nevedou k závěru, že by šlo o čin při spodní hranici trestnosti obdobných činů, kde by bylo možno uplatnit princip „ultima ratio“ a vystačit s jiným než trestněprávním řešením.¹²³

O poměrně překvapivý případ aplikace zásady subsidiarity trestní represe se pro změnu jednalo ve věci pachatele souzeného (a soudem prvního stupně uznaného vinným) ze spáchání přečinů podvodu podle § 209 odst. 1, 3 trestního zákoníku tím, že bez vědomí své někdejší manželky a svých dvou dcer vyplnil, opatřil falešnými podpisy a následně předložil u příslušné stavební spořitelny „Návrhy dohody na ukončení smluv k účtům stavebního spoření“ vedenými u ní na jméno jeho bývalé manželky nebo jedné z jeho dcer, ačkoliv to byly výlučně ony, kdo mohly s prostředky na účtech stavebního spoření disponovat. V důsledku toho došlo ke zrušení příslušných stavebních spoření, z nichž si obviněný nechal převést jednotlivé částky na svůj bankovní účet. Tyto prostředky posléze užil zčásti pro vlastní potřebu a zčásti pro potřeby rodiny, když opět bez vědomí své manželky a svých dcer předkládal téže stavební spořitelně vyplněné a jejich zfalšovanými podpisy opatřené „Smlouvy o stavebním spoření a o zřízení vkladového účtu“, na základě kterých nechal zřídit účty stavebního spoření vedené na jméno své manželky nebo svých dcer a na tyto nechal ze zrušených stavebních spoření převést jednotlivé částky, čímž způsobil stavební spořitelně škodu převyšující v součtu částku 380.000,- Kč. Jak jsem již naznačila, za tyto činy byl obviněný nejprve prvostupňovým soudem odsouzen k úhrnnému trestu odnětí svobody v trvání dvou let, jehož výkon byl podmíněně odložen na tříletou zkušební dobu. K odvolání obviněného byl však odsuzující rozsudek odvolacím soudem zrušen a obviněný byl zproštěn obžaloby, a to s odkazem na aplikaci zásady subsidiarity trestní represe. V důsledku podaného dovolání nejvyššího státního zástupce se pak věcí zabíral Nejvyšší soud a ten rozhodnutí odvolacího soudu podle mého správně zrušil. Konstatoval, že obviněný se podle zjištění obou

¹²³ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 10. 10. 2017, sp. zn. 4 Tdo 1211/2017.

soudů nižších stupňů dopustil skutků, jež vykazují formální znaky kvalifikované skutkové podstaty přečinu podvodu, tedy obsahuje znaky činu pro společnost škodlivějšího, než je čin uvedený ve skutkové podstatě základní. Doplnil, že v takovém případě by musely v souzené věci existovat skutečně výjimečné konkrétní okolnosti, které zákonodárce při formulování této obecné kvalifikované skutkové podstaty nemohl předvídat, jež by odůvodnily závěr o nevhodnosti užití prostředků trestního práva, neboť by nebyla naplněna materiální stránka (jinak) formálně trestného činu. Vzhledem k tomu je nezbytné posoudit, zda intenzita naplnění společenské škodlivosti trestného činu (prostřednictvím kritérií vymezených v § 39 odst. 2 trestního zákoníku), ve vztahu ke znakům zvažované skutkové podstaty odůvodňuje závěr, že posuzovaný skutek z hlediska spodní hranice trestnosti neodpovídá ani běžně se vyskytujícím trestným činům podvodu. Nejvyšší soud pak kriticky reagoval na skutečnost, že odvolací soud dospěl k závěru o nutnosti užití zásady subsidiarity trestní represe s tím, že *„k jednání obžalovaného došlo za souběhu natolik pro něj nepříznivých okolností způsobených odchodem manželky, na jejíž stranu se přidaly dcery, že jeho kriminalizace by neodpovídala duchu zákona, ... v podobě výše citovaného ustanovení § 12 odst. 2 TrZ o subsidiaritě trestní represe“*, tedy v rámci posuzování trestní odpovědnosti obviněného **vyzdvihoval takové okolnosti spáchaných skutků, k nimž v zásadě může být přihlédnuto, ale toliko v rovině úvah o ukládané sankci, neboť tyto jdou široce mimo rámec skutkové podstaty souzeného trestného činu. Nepříznivá finanční situace, stejně tak i rodinné problémy bývají často pohnutkou ke spáchání rozličných trestných činů, přesto nemohou mít vliv na posuzování základů trestní odpovědnosti.** Shodně s dovolatelem Nejvyšší soud dále poukázal na poměrně sofistikované a promyšlené provedení souzeného jednání spočívající v opakovaném podvodném předložení listin s padělanými podpisy (za současného zneužití jeho pracovního postavení) i výši způsobené škody (násobně převyšující spodní hranici předpokládanou jak v základní, tak i v kvalifikované skutkové podstatě trestného činu podvodu). Za takových konkrétních skutkových okolností zcela zřejmě nelze uvažovat o aplikaci zásady subsidiarity trestní represe, neboť protiprávní jednání obviněného se žádným způsobem nevymyká běžně se vyskytujícím trestným činům podvodu. Nejvyšší soud tak tento nepřiléhavý případ aplikace zásady subsidiarity ze strany odvolacího soudu odstranil a jeho rozhodnutí zrušil. Zde si

tedy troufám tvrdit, že Nejvyšší soud skutečně posoudil otázku aplikace zásady subsidiarity v souladu s formálně-materiálním pojetím trestného činu.¹²⁴

Na závěr tohoto oddílu zmíním ještě jedno z aktuálnějších rozhodnutí NSČR o dovolání obviněného, v němž se tento domáhal zrušení rozhodnutí soudů prvního i druhého stupně s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe, a to ve věci, kdy byl uznán vinným pokračujícím zločinem zpronevěry podle § 206 odst. 1, 4 písm. d) trestního zákoníku. Jeho jednání spočívalo v tom, že jako jednatel obchodní společnosti uzavřel s pronajímatelem za stranu nájemce v sedmi případech nájemní smlouvu na pronájem osobních vozidel, přičemž tato vozidla posléze bez vědomí pronajímatele předal třetí osobě, která na základě jeho ústního příkazu a podle uzavřené příkazní smlouvy, podle níž měla zajišťovat dealerskou činnost v oblasti prodeje vozidel pro společnost, za niž jednal obviněný, prodal vozidla třetím osobám, ačkoli si obviněný byl vědom skutečnosti, že vlastnické právo náleží pouze pronajímateli, a že jejich případný převod do vlastnictví společnosti, za niž jednal obviněný, závisí na splnění dalších podmínek, kdy ovšem ani jednu z nich nesplnil, čímž způsobil poškozené společnosti škodu převyšující 3 miliony Kč. Obviněný se dovolával aplikace zásady subsidiarity trestní represe s tím, že otázka případného porušení nájemních smluv jím, jakožto osobou jednajícím za nájemce, má být řešena cestou soukromoprávní. S jeho argumentací se Nejvyšší soud neztotožnil a připomněl, že podle uvedené zásady lze trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu. Poměrně zevrubně objasnil, že společenská škodlivost ve smyslu ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku nepředstavuje nějakou složku skutkové podstaty trestného činu, nýbrž vyjadřuje interpretační hledisko, podle něhož se postupuje při výkladu zákonných znaků trestného činu. Zopakoval, že v zásadě každý protiprávní čin, jenž vykazuje všechny znaky uvedené v trestním zákoníku, trestným činem je, a proto ho obecně nelze považovat za čin, který není společensky škodlivý. Opačný závěr lze učinit toliko ve výjimečných případech, v nichž z určitých závažných důvodů není vhodné uplatňovat trestní represí, a to tehdy, pokud posuzovaný čin svou závažností neodpovídá ani těm nejlehčím běžně se vyskytujícím trestným činům dané právní kvalifikace. Zároveň je nutno pamatovat na to, že trestní právo nesmí nahrazovat ochranu práv a zájmů jednotlivce tehdy, jde-li o soukromoprávní

¹²⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 1. 2017, sp. zn. 6 Tdo 1750/2016.

vztahy závislé na aktivitě každého jednotlivce, který má hájit svá práva, a tuto jeho úlohu nelze přenášet na orgány činné v trestním řízení, jež mají za úkol chránit převážně hodnoty a zájmy celospolečenské. V kontextu posuzovaného případu pak doplnil, že ten nejenže nevykazuje nic, co by připouštělo možnost dojít k přesvědčivému závěru, že postačí uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu, naopak způsob provedení činu, okolnosti, za nichž byl spáchán, následek činu spočívající ve způsobení značné škody, jejíž základní výše byla nadto několikanásobně překonána, vypovídají o jednání, které se nijak nevyvíká z rámce běžně se vyskytujících případů daného trestného činu.¹²⁵

Je evidentní, že po vydání rozhodnutí Nejvyššího soudu uveřejněném pod č. 31/2017 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek obhajoba často zkouší onu pomyslnou „novou cestu“ a v praxi se objevuje o poznání více případů, kdy se obvinění dovolávají aplikace zásady subsidiarity trestní represe, a to bohužel především tehdy, kdy souzené jednání po formální stránce znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu bezesporu naplnilo. Přestože mohly vyvstat v souvislosti s vydáním avizovaného rozhodnutí obavy z ještě většího zahlcování soudů (a v podstatě orgánů činných v trestním řízení jako takových) dalšími zjevně nepřipadnými pokusy o vyvinění obviněných v těchto (na první pohled) závažnějších případech protispolečenských jednání, jakož i obavy z „ještě většího chaosu“ a dopadů takového rozhodnutí do trestněprávní praxe, pokud jde o aplikaci ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, hodnotím jeho vydání pozitivně, protože má-li orgán činný v trestním řízení za to, že konkrétní okolnosti případu nasvědčují nulové společenské škodlivosti, pak otázku uplatnění zásady subsidiarity v zájmu dosažení správné právní kvalifikace jednoduše zvažovat musí, a to bez ohledu na to, zda jde o trestný čin základní či kvalifikované skutkové podstaty. Jak jsem ukázala na některých shora předestřených soudních rozhodnutích, jeho vydání bylo potřebné, protože v praxi se bezpochyby mohou a budou vyskytovat případy jednání, jež sice formálně naplňují znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu, ale společensky škodlivé nejsou, byť takových případů bude pravděpodobně podstatně méně než případů nedostatečné společenské škodlivosti u trestných činů základní skutkové podstaty. Nelze proto akceptovat plošné odmítnutí užití zásady subsidiarity trestní represe podle ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku, k němuž bylo před vydáním tohoto rozhodnutí často soudní praxí automaticky přistupováno, ani argumentovat hrozícím zahlcením

¹²⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 7. 2018, sp. zn. 7 Tdo 132/2018.

orgánů činných v trestním řízení, neboť takový přístup by směřoval přímo proti povaze a smyslu samotné zásady, ale i proti úmyslu sledovaného zakotvením § 12 odst. 2 do trestního zákoníku samotným zákonodárcem, pokud by byly trestněprávně postihovány činy nulové či zanedbatelné společenské škodlivosti toliko z toho důvodu, že byl naplněn některý znak kvalifikované skutkové podstaty, ač ostatní okolnosti případu nasvědčují tomu, že trestněprávní řešení věci není namístě, existuje dostatečné a odpovídající řešení mimotrestní povahy, apod.. Pokud jde o pomyslnou druhou stranu mince, kdy se reálně častěji objevují před soudy případy, v nichž obviněný svým jednáním znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu naplnil a jeho jednání je zjevně společensky škodlivé, avšak obviněný se přesto aplikace zásady subsidiarity trestní represe dovolává, mám za to, že soudní praxe se s těmito případy v současné době je schopná náležitě vypořádat (a vlastně také musí být).

3.3 Nejednotný přístup k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe

3.3.1 Stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 301/2012

O tom, že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, a sice otázka interpretace a uplatňování zásady subsidiarity trestní represe, jakož i výklad pojmu společenská škodlivost činu a v neposlední řadě výklad a aplikace principu ultima ratio ze zásady plynoucího, činí od nabytí účinnosti trestního zákoníku nemalé obtíže nejen v rovině právní teorie, nýbrž i v soudní praxi, svědčí též skutečnost, že po dvouleté účinnosti trestního zákoníku zaujalo trestní kolegium Nejvyššího soudu k těmto naznačeným otázkám dne 30. 1. 2013 stanovisko pod sp. zn. Tpjn 301/2012 (v této práci též jen „*Stanovisko NSČR*“ či „*Stanovisko*“), když z jeho odůvodnění se podává, že byla shledána potřeba komplexnějšího řešení nastolených otázek též s přihlédnutím k nejednotnosti při jejich řešení (nejen) ze strany Nejvyššího soudu. Pro účely následného rozboru závěrů Stanoviska trestního kolegia nezbývá na tomto místě jiná možnost než závěry jeho právních vět doslovně citovat, aby mohly být posléze podrobeny dalšímu zkoumání a rozpravě.

„I. Trestným činem je podle trestního zákoníku takový protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v tomto zákoně (§ 13 odst. 1 tr. zákoníku). Zásadně tedy platí, že každý protiprávní čin, který

vykazuje všechny znaky uvedené v trestním zákoníku, je trestným činem a je třeba vyvodit trestní odpovědnost za jeho spáchání. Tento závěr je však v případě méně závažných trestných činů korigován použitím zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku, podle níž 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. Zvláštnost materiálního korektivu spočívajícího v použití subsidiarity trestní represe vyplývá z toho, že se jedná o zásadu, a nikoli o konkrétní normu, a proto je třeba ji aplikovat nikoli přímo, ale v zásadě jen prostřednictvím právních institutů a jednotlivých norem trestního práva.

II. Zakotvení zásady subsidiarity trestní represe a z ní vyplývajícího principu použití trestního práva jako „ultima ratio“ do trestního zákoníku má význam i interpretační, neboť znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby za trestný čin byl považován jen čin společensky škodlivý.

Společenská škodlivost není zákonným znakem trestného činu, neboť má význam jen jako jedno z hledisek pro uplatňování zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku. Společenskou škodlivost nelze řešit v obecné poloze, ale je ji třeba zvažovat v konkrétním posuzovaném případě u každého spáchaného méně závažného trestného činu, u něhož je nutné ji zhodnotit s ohledem na intenzitu naplnění kritérií vymezených v § 39 odst. 2 tr. zákoníku, a to ve vztahu ke všem znakům zvažované skutkové podstaty trestného činu a dalším okolnostem případu.

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

III. Kritérium společenské škodlivosti případu je doplněno principem „ultima ratio“, z kterého vyplývá, že trestní právo má místo pouze tam, kde jiné prostředky z hlediska ochrany práv fyzických a právnických osob jsou nedostatečné, neúčinné nebo nevhodné.

IV. Zásada subsidiarity trestní represe se uplatní při posuzování trestných činů jak pachatelů fyzických osob, tak pachatelů právnických osob.

V. Chování pachatele po spáchání skutku vykazujícího znaky trestného činu, zejména jeho snahu nahradit takovým činem způsobenou škodu nebo odstranit jiné škodlivé následky činu, není okolností, která by ve smyslu zásady subsidiarity

trestní represe dovolovala rezignovat na povinnost uplatňovat trestní odpovědnost takového pachatele, ale lze ji zohlednit zejména při úvaze o použití § 172 odst. 2 písm. c) tr. ř. (příp. § 159a odst. 4 tr. ř.) nebo některého z odklonů v trestním řízení (srov. § 179c odst. 2 písm. f/, g/, h/, § 307 a § 309 tr. ř., § 70 zákona o soudnictví ve věcech mládeže), případně při úvaze o druhu a výši sankce ukládané za takový trestný čin (srov. § 39 odst. 1, věta za středníkem, tr. zákoníku).

VI. Bezrestnost pachatele plynoucí z uplatnění zásady subsidiarity trestní represe z hlediska viny ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku má přednost před procesním řešením případu (trestného činu) ve smyslu § 172 odst. 2 písm. c) tr. ř..“¹²⁶

Nutno hned na úvod doplnit, že v rámci přípravy Stanoviska se Nejvyšší soud zaobíral jak jím vydanými rozhodnutími, tak rozhodnutími soudů nižších instancí zaobírajícími se avizovanou problematikou, jež si k tomu vyžádal, a následně zaslal návrh Stanoviska s žádostí o vyjádření ve smyslu ustanovení § 21 odst. 3 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, ve znění pozdějších předpisů, několika správním úřadům a dalším orgánům a institucím. K navrhovanému stanovisku se posléze vyjádřily Nejvyšší státní zastupitelství, Městský soud v Praze, Krajský soud v Ostravě, Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, Právnická fakulta Karlovy Univerzity a Ministerstvo spravedlnosti.

Četné diskuze vyvolala hned právní věta ad I. Stanoviska, v níž Nejvyšší soud po učinění závěru, že dle formálního pojetí trestného činu, na kterém je trestní zákoník založen, zásadně platí, že každý protiprávní čin, který vykazuje všechny znaky uvedené v trestním zákoníku, je trestným činem a je třeba vyvodit trestní odpovědnost za jeho spáchání, hned vzápětí doplňuje, že tento závěr je korigován použitím zásady subsidiarity trestní represe toliko v případě méně závažných trestných činů. Podle Nejvyššího soudu skutečnost, že zásada subsidiarity trestní represe je jednou ze základních zásad trestního práva hmotného, neznamená, že by se jí měl soud zabývat bez rozdílu v každém případě, který posuzuje, jak to vyžadoval předchůdce trestního zákoníku v podobě materiálního znaku „*nepatrného stupně nebezpečnosti trestného činu pro společnost*“ ve smyslu § 3 odst. 1, 2 zákona č. 140/1961 Sb., kde byl stupeň nebezpečnosti přímo součástí obecné definice trestného činu, v důsledku čehož se vztahovala na všechny trestné činy bez rozdílu. Naproti tomu nyní (za účinnosti

¹²⁶ Stanovisko Nejvyššího soudu ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 301/2012. In: Nejvyšší soud [online]. © 2018 Nejvyšší soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: https://nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/810926E4D8782F4CC1257B43005399B4?openDocument&Highlight=0.

trestního zákoníku) nebude zásada subsidiarity trestní represe aplikována v případech typově mimořádně závažných trestných činů, ani v případech „jen“ závažných trestných činů. Z hlediska kategorizace trestných činů ve smyslu § 14 trestního zákoníku bude aplikace zásady subsidiarity trestní represe (a současně z ní vyplývajícího principu ultima ratio) vyloučena zejména v případech zvláště závažných zločinů a zpravidla i u zločinů. Naproti tomu zvláště pečlivě bude muset být tato zásada zvažována u kategorie přečinů, zejména pokud půjde v konkrétním posuzovaném případě o přečin menší závažnosti, tedy o tzv. hraniční případ trestní odpovědnosti. Kritice je podroben zároveň závěr obsažený v odůvodnění právní věty ad I. Stanoviska, v němž Nejvyšší soud **rozlišuje dva případy užití zásady subsidiarity trestní represe** obsažené v ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, a sice užití této zásady **jako interpretačního pravidla** tam, kde je třeba vyložit některé neurčité pojmy a výkladem stanovit hranice mezi trestným činem a činem beztrestným, a dále pak mezi užitím této zásady **jako korektivu** k tomu, aby se neuplatnila trestní odpovědnost, i když byl spáchán trestný čin (menší závažnosti), ale nejde o čin společensky škodlivý, neb neodpovídá ani těm nejméně závažným běžně se vyskytujícím případům daného trestného činu.

Svůj podrobný náhled na vyloučení aplikace zásady subsidiarity toliko v případech závažných (a mimořádně závažných) trestných činů vyjádřila například Kandová, která se zásadě subsidiarity v trestním právu a jejímu vymezení v trestním zákoníku v jí vydaných člancích opakovaně věnovala. V jednom svém článku zpracovaném v rámci řešení projektu specifického výzkumu na téma „Vývojové tendence trestní politiky II“ dospěla k názoru, že zásada subsidiarity trestní represe vyjádřená v ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku se *de lege lata* ve skutečnosti nechová jako zásada, nýbrž se chová jako norma (pravidlo), kteroužto není (z podstaty věci ani být nemůže, jelikož jde o zásadu). Podkladem tohoto názoru jsou mimo jiné právě různé limitace jejího použití, jako je tomu kupříkladu v případě zvláště závažných zločinů, kde Stanovisko NSČR její aplikaci rezolutně vylučuje. Pokud by se ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku skutečně mělo uplatňovat jako zásada, jeho užití by *a priori* nemělo být omezováno žádnými podmínkami. Na podporu svého názoru příkladem poukazuje na trestný čin loupeže dle ust. § 173 odst. 1 trestního zákoníku, který je specifickým případem zvláště závažného zločinu s majetkovým podtextem (ač primárním objektem je svoboda jednotlivce) vymezeným již v základní skutkové podstatě. Není

ojedinělým jevem, že i v případě naplnění formálních znaků tohoto trestného činu namítají pachatelé (obvinění) nedostatečnou společenskou škodlivost svých činů s poukazem na zásadu subsidiarity trestní represe, a ačkoliv jsou takové výhrady zpravidla neopodstatněné, není dle autorky důvodu, aby se zásada subsidiarity trestní represe v intencích formálně-materiálního pojetí trestného činu nemohla uplatňovat jako interpretační pravidlo i při výkladu znaků základní skutkové podstaty tohoto zvláště závažného zločinu¹²⁷. Kandová doplňuje, že před nabytím účinnosti trestního zákoníku nebylo pochyb o tom, že zásada subsidiarity trestní represe (a z ní plynoucí princip ultima ratio) se promítají nejen v (celé) rovině základů trestní odpovědnosti, ale i jejich právních následků (včetně trestního práva procesního v podobě fakultativního zastavení trestního stíhání, odklonů atp.), což by se mělo dít i v současnosti. „*Součástí trestního práva hmotného by de lege desirata naopak nemělo být užití § 12 odst. 2 TrZ jako (divokého) „korektivu“ ve smyslu stanoviska Nejvyššího soudu ve spojení s výklady o „dvou kumulativních podmínkách uplatnění zásady subsidiarity trestní represe“, jelikož to v rozporu se zásadou zákonnosti oslabuje prostředí předvídatelnosti a právní jistoty v rovině základů trestní odpovědnosti a v neposlední řadě upozaduje význam jednoho z největších výdobytků kontinentálního trestního práva v podobě „vybroušených“ definic skutkových podstat trestných činů.*“¹²⁸

Naopak pražská škola nabízí náhled, který jest se Stanoviskem souladný, kdy ani dle Šámala ze skutečnosti, že zásada subsidiarity trestní represe je jednou ze základních zásad trestního práva hmotného, nelze dovozovat, že by se jí měl soud zabývat bez rozdílu v každém jím posuzovaném případě. Na druhé straně ovšem odmítá, že by se mělo jednat a jakési výjimečné použití zásady subsidiarity trestní represe (jak bylo před přijetím Stanoviska ze strany soudů činěno), neboť ta musí být použita v každém takovém rozhodnutí, kde ostatní pravidla pro její použití poskytují prostor. Podle Šámala vyplývá ze samotné logiky věci, že z hlediska vymezení zásady subsidiarity trestní represe v ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku a úvahy, zda jde na jejím podkladě o trestný čin či nikoli, nebude tato zásada v praxi aplikována v případech typově mimořádně závažných trestných činů, ani v případech „jen“ závažných trestných činů. Z hlediska kategorizace

¹²⁷ Odkazuje přitom příkladem na výklad znaku „pohrůžky bezprostředního násilí“, u kterého lze legitimně požadovat, aby taková pohrůžka byla způsobila ovlivnit vůli poškozeného a být prostředkem nátlaku na ni, jak o tom píše Kratochvíl. Viz Kratochvíl, V. O materiální stránce zvláště závažného zločinu loupeže. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2014, č. 1, s. 24–26.

¹²⁸ KANDOVÁ, Katarína. Ještě jednou k zásadě subsidiarity trestní represe v teorii a praxi českého trestního práva. *Trestněprávní revue*, roč. 2018, č. 9, s. 206-214.

trestných činů podle ust. § 14 trestního zákoníku tak je dle něho aplikace zásady subsidiarity trestní represe (a z ní vyplývajícího principu ultima ratio) vyloučena zejména v případech zvláště závažných zločinů, zpravidla i u zločinů, naproti tomu zvláště pečlivě bude muset být tato zásada zvažována u kategorie přečinů, a především pak přečinů menší závažnosti (tzv. hraniční případy trestní odpovědnosti).¹²⁹

Pro úplnost ještě uvedu, že i Šámal se v jednom ze svých článků vyjadřoval k tomu, že trestní zákoník upravuje zásadu subsidiarity trestní represe jako právní zásadu a nikoli jako konkrétní normu. Odkazuje na literaturu podkládající význam základních zásad trestního práva a obtížnou historii rozdílů mezi právní normou a zásadou, z nichž mimo jiné plyne, že aplikuje-li se norma na spornou otázku, je tím určeno její vyřešení, na rozdíl od případu při aplikaci zásady, neboť ta spornou otázku vyřešit nemusí. „*Navíc zásady mohou být navzájem v dialektickém rozporu a musí být zvažovány, porovnávány a hodnoceny jedna vůči druhé. Naproti tomu normy (právní pravidla) pro svůj jasný charakter nejsou zvažovány a porovnávány při hodnocení problému.*“¹³⁰ Orgány činné v trestním řízení, především pak soud, dle něho musí při používání trestněprávních institutů a konkrétních norem, včetně v úvahu přicházejících skutkových podstat trestných činů, zvažovat, zda v konkrétním posuzovaném případě je při interpretaci a aplikaci konkrétní právní normy třeba použít zásadu subsidiarity trestní represe, a v jakém směru tak lze učinit.¹³¹

Doplňuji, že kupříkladu i podle Jelínka se z povahy věci neuplatní zásada subsidiarity trestní represe vždy a všude; typicky se neuplatní právě u typově mimořádně závažných deliktů, tedy zejména u zvláště závažných zločinů, naopak zvláště se uplatní v případě bagatelní trestné činnosti, tedy u kategorie méně závažných deliktů, zejména přečinů.¹³²

¹²⁹ Šámal, P. K diskuzi o subsidiaritě trestní represe. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo (stále) v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvílovi*. [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 436-437. ISBN 978-210-8921-1. Dostupné z: https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Kalvodova_TP_v_pohybu.pdf.

¹³⁰ Bayles, M.: *Principles for Legal Procedure, Law and Philosophy* (Can.), 1986, č. 5, s. 35 až 36. Převzato z: ŠÁMAL, Pavel. K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5, s. 129–136.

¹³¹ ŠÁMAL, Pavel. K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5, s. 129–136.

¹³² Jelínek, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část*. Praha: Leges, 2017, s. 131. Převzato z: TIBITANZLOVÁ, Alena, MULÁK, Jirí. Ještě několik poznámek na téma zásady subsidiarity trestní represe. *Trestněprávní revue*, 2018, č. 5, s. 115-120.

Podle mého názoru lze pochopit kritiku, kterou si Stanovisko v otázce vyloučení aplikace zásady subsidiarity v případech závažných (a mimořádně závažných) trestných činů „vysloužilo“, kdy obavy z rizika limitování či jakéhosi „podmínkování“ aplikace této základní zásady trestního práva pokládám do jisté míry za oprávněné. Byť na druhou stranu praxe zřejmě nebude řešit enormní množství případů typově mimořádně závažných deliktů, kdy by soudy tuto zásadu reálně měly aplikovat, nelze takové případy předem zcela vyloučit. Otázka k zamyšlení, která se podle mého proto nabízí, jest, zda toto takzvané limitování aplikace zásady subsidiarity trestní represe a vyloučení jejího užití na případy závažných (a mimořádně závažných) trestných činů neponechat přirozenému vyloučení (ze samotné logiky věci) při konkrétním rozhodovaném případě a zda bylo vůbec účelné tento závěr do Stanoviska pojímat (zda nepřinesl takzvaně více škody než užitku a neotevřel další, dle mého zbytečnou, vlnu nejistoty ohledně vhodnosti zákonodárcem zvoleného řešení při zakotvení zásady subsidiarity represe do ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku).

Považuji za příhodné na tomto místě podotknout (připomenout), že v rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 1362/2016 vydaném bezmála čtyři roky po vydání Stanoviska, tento výslovně připustil (samozřejmě v konkrétních odůvodněných případech) možnost aplikovat zásadu subsidiarity i v případě, kdy byly jednáním „pachatele“ naplněny formální znaky kvalifikované skutkové podstaty toho kterého trestného činu. Zmíněné rozhodnutí podrobněji rozvádím v oddíle 3.2.3 zaobírajícím se vybranou judikaturou Nejvyššího soudu, přesto však i zde poukazuji na dovolací argumentaci nejvyššího státního zástupce, který napadl rozhodnutí odvolacího soudu o zproštění obžaloby obou obviněných za přečin zpronevěry podle ust. § 206 odst. 1, 3 trestního zákoníku, a to především s poukazem na podle něho nepřípustnou aplikaci zásady subsidiarity trestní represe, kterou odvolací soud aplikoval za situace, kdy i odvolací soud shledal formálně naplněnými zákonné znaky kvalifikované skutkové podstaty přečinu zpronevěry. Tímto postupem měl dle něho Nejvyšší soud navíc popřít výklad zaujatý diskutovaným Stanoviskem. Vzhledem k již uvedenému názoru na jakési nadbytečné „limitování“ případů (ne)užití zásady subsidiarity, které jsem vyjádřila výše, pokládám avizované rozhodnutí v jeho obecnosti za přínosné a do jisté míry i potřebné, jelikož v něm Nejvyšší soud jednoznačně otevřel možnost aplikovat zásadu subsidiarity na případy kvalifikovaných skutkových podstat. Za problematické považuji, jak jsem již uvedla v oddíle 3.2.3 a proto netřeba znovu

rozdávět dopodrobna, že takový závěr Nejvyšší soud přijal zrovna v případě, kdy bylo obviněným prokázáno způsobení škody v částce převyšující 200.000, - Kč a tedy i nezpochybnitelné naplnění kvantitativního a trestním zákoníkem jasně vymezeného znaku přečinu zpronevěry podle ust. § 206 odst. 1, 3 trestního zákoníku. Na okraj si ještě dovolím vyjádřit, že si nemyslím, že by vydáním rozhodnutí 8 Tdo 1362/2016 Nejvyšší soud popřel závěry učiněné ve Stanovisku v tom směru, že by ve Stanovisku výslovně vyloučil aplikaci zásady subsidiarity na případ kvalifikovaných skutkových podstat trestných činů. Dovolím si opět konkrétně citovat ještě z textu odůvodnění Stanoviska (k právní větě ad I.) *„Přitom je třeba zdůraznit, že nemusí jít jen o přečin podle základní skutkové podstaty, ale může se jednat i o přečin podle kvalifikované skutkové podstaty, u kterého může soud také dospět s ohledem na nedostatečnou konkrétní společenskou škodlivost případu k závěru, že se nejedná o trestný čin (např. při krádeži jednoho rohlíku recidivistou ve smyslu § 205 odst. 1, 2 tr. zákoníku). Tomu odpovídají i současné poznatky, že tato otázka se v praxi soudů otevírá především u přečinů proti majetku (srov. § 205 odst. 1, 2 nebo i odst. 3 tr. zákoníku a odpovídající přečiny podle § 206 až 232 tr. zákoníku)... Pro úplnost je třeba připomenout, že pokud jde o samotné naplnění okolností podmiňujících použití vyšší trestní sazby, nelze zásadu subsidiarity trestní represe přímo využít, a proto naplnil-li pachatel znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu, nelze posoudit takové jednání podle mírnější právní kvalifikace téže skutkové podstaty jen s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe.“* Tedy podle mého ani ve Stanovisku samotném Nejvyšší soud ve skutečnosti dopředu nevyločil aplikaci zásady subsidiarity trestní represe v případě posuzování otázky (ne)spáchání přečinu podle kvalifikované skutkové podstaty, jako tomu bylo v případě stanoviska NSTZ.

Jak jsem již nastínila, pod terčem kritiky se ocitá rovněž Nejvyšším soudem proklamované dva případy možného užití zásady subsidiarity trestní represe. Tyto případy analyzovala Kandová (která mimochodem poukazuje na obdobné kritické nazírání na tuto problematiku ze strany Fenyka a Kratochvíla) i v dalších příspěvcích, kdy opakují, že první způsob užití zásady (coby interpretačního pravidla tam, kde je třeba vyložit některé neurčité pojmy a výkladem stanovit hranice mezi trestným činem a činem beztrestným) je podle jejího názoru z teoretického hlediska zásadně přijatelný. Jedná se v podstatě o vyjádření formálně-materiálního pojetí trestného činu de lege lata (v rovině viny).

„Byť není zásada subsidiarity trestní represe (neboli lépe vyjádřeno „společenská škodlivost činu“) s ohledem na formální definici trestného činu jeho znakem, bylo by ji možné chápat jako imanentní součást trestného činu coby základu trestní odpovědnosti. Tím, že zásada subsidiarity trestní represe dává formálním znakům skutkové podstaty materiální obsah, zároveň tak materiálně koriguje formální definici trestného činu, aby „bezbrehou“ aplikací obecných trestněprávních norem nedocházelo ke zbytečným nespravedlnostem. Představuje tudíž tzv. materiální korektiv trestního bezpráví.“ I přesto však připomíná, že v otázce vymezení základů trestní odpovědnosti by si zasloužil takový materiální korektiv trestního bezpráví jednoznačnější a přesnější zákonnou podobu a nikoliv jeho „ukrytí“ do obecné zásady trestního práva hmotného, což dodnes způsobuje nejednotné uchopení ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku ze strany praxe, ale i teorie. Za méně jasný a nevyhovující způsob (dle citovaného stanoviska) autorka považuje užití zásady jakožto „korektivu“, k jehož užití se v podstatě přistoupí tehdy, kdy jest po užití zásady jakožto „interpretačního pravidla“ konstatováno, že konkrétní (méně závažný) čin naplňuje všechny formální znaky určité skutkové podstaty trestného činu i materiálně (je tedy dostatečně společensky škodlivým trestným činem), lze s ohledem na další okolnosti případu dospět k závěru, že se o dostatečně společensky škodlivý případ vlastně nejedná, tudíž za jeho spáchání nelze vyvodit trestní odpovědnost. Autorka tento druhý způsob užití zásady srovnává s jakousi další novou podmínkou trestní odpovědnosti, která stojí vedle spáchání trestného činu, když tyto takzvané „další okolnosti případu“, které nebylo možno podřadit pod žádný ze znaků skutkové podstaty trestného činu, mohou odůvodnit závěr o nemožnosti uplatnění trestní odpovědnosti. Připuštění takových úvah v otázce základů trestní odpovědnosti je dle ní zcela nepřijatelné a orgány činné v trestním řízení by zásadu subsidiarity trestní represe neměly jako (výše vyjádřený) „korektiv“ užívat, když opak může přinést nepřipustně široký výklad ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku a s tím související nepředvídatelnost rozhodování.¹³³

Stanovisko v právní větě ad II. a v jejím odůvodnění vyjadřuje k tomu, jak má orgán činný v trestním řízení při posuzování otázky, zda je skutek trestným činem či nikoliv, postupovat. Správně poukazuje na možnost existence i takových skutků, u nichž společenská škodlivost nebude žádná či bude zanedbatelná,

¹³³ KANDOVÁ, Katarína. K některým aktuálním hmotněprávním a procesním konsekvencím § 12 odst. 2 TrZ. *Trestněprávní revue*, 2018, č. 1, s. 1-6.

příčemž současně nemusí být v takových případech uplatněna ani odpovědnost podle jiného právního předpisu (čili odpovědnost mimotrestní). Dále se pak zaobírá „problematickým“ určením míry společenské škodlivosti, která dle Stanoviska není zákonným znakem trestného činu, nýbrž má význam jen jako hledisko pro (ne)uplatňování zásady subsidiarity trestní represe, kdy jako kritéria pro její určení má dle Stanoviska posloužit ust. § 39 odst. 2 trestního zákona uplatňující se při stanovení povahy a závažnosti trestného činu. Na tomto místě se Stanovisko ocitá pod terčem kritiky části právní teorie, zejména brněnské školy, která pro odkaz na ust. § 39 odst. 2 trestního zákona při výkladu ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku postrádá oporu v zákoně, a takový odkaz (připomínám, že obsažený již v důvodové zprávě k diskutovanému § 12 trestního zákoníku) pokládá za analogii v základech trestní odpovědnosti, resp. pokus o nepřipustně rozšiřující výklad zákona. Na uvedený se Stanoviskem nesouhlasný postoj poukazují jen okrajově, a to vzhledem k již napsanému o této analogii (především v oddílech 3.1.2 a 3.1.5 podkapitoly 3.1) týkající se problematiky určování kritérií společenské škodlivosti. Zmíněné „brněnské“ kritice pak Stanovisko oponuje následovně. Skutečnost, že trestní zákoník výslovně nestanoví kritéria společenské škodlivosti, pokládá za pochopitelné, neboť subsidiarita trestní represe není znakem trestného činu, ale jde o zásadu, která je vždy vymezena obecně a již je třeba používat způsobem uvedeným v bodě ad I. Stanoviska. Pokud důvodová zpráva odkazuje na přiměřené použití ustanovení § 39 odst. 2 trestního zákoníku, nejde o analogii v základech trestní odpovědnosti, kdy ačkoliv je zmíněné ustanovení zařazeno mezi ustanovení týkající se ukládání trestů, nejde v podstatě o ustanovení charakterizující trest, ale naopak charakterizuje spáchaný čin - respektive jeho povahu a závažnost, což je sice na jedné straně pojem specifický pro ukládání trestu, ale na druhé straně jsou v něm vymezena zcela obecná kritéria, která by bylo nutno použít i bez jakéhokoliv odkazu v důvodové zprávě, neboť v podstatě kryjí všechny v úvahu přicházející faktory, na nichž společenská škodlivost závisí. Proto podle Stanoviska při hodnocení míry společenské škodlivosti nelze opomenout kritéria charakterizující povahu a závažnost trestného činu. K tomu Stanovisko doplňuje, že při posouzení společenské škodlivosti je možno vzhledem k demonstrativnímu vymezení kritérií v ust. § 39 odst. 2 trestního zákona vzít v úvahu i další vlivy, ale vždy je třeba je zvažovat v konkrétním posuzovaném případě spáchaného trestného činu, nikoliv v rovině obecné.

Na přetrvávající problematické aspekty přímé aplikace zásady tak, jak je vymezuje Stanovisko, kdy prvním z nich je právě diskutovaná problematičnost analogického výkladu kritérií společenské škodlivosti prostřednictvím ust. § 39 odst. 2 trestního zákoníku (a druhým pak podmínka možného uplatnění zásady subsidiarity, že „*skutek z hlediska spodní hranice trestnosti neodpovídá běžně se vyskytujícím trestným činům dané skutkové podstaty*“ pro její možnost kolize se zásadou nullum crimen sine lege scripta), upozorňuje zároveň Ščerbův komentář a pro jeho argumentační přesvědčivost i trefnost znovu v podrobnostech odkazují na již napsané v oddíle 3.1.5 této práce. Je příhodné zopakovat taktéž na tomto místě onen komentářový závěr, podle něhož jiná kritéria, než uvedená v § 39 odst. 2 trestního zákoníku, by bylo možné pro výklad pojmu společenské škodlivosti vymyslet stěží, proto jejich použití Ščerbův komentář připouští, nicméně s upozorněním, že se tak děje bez jakékoliv analogie/odkazů v důvodové zprávě, ale jsou jimi samy o sobě.

Na prvý pohled by se mohlo zdát, že právní věta pod bodem ad III. Stanoviska je zcela jednoznačná a bez dalších obtíží akceptovatelná i aplikovatelná při řešení jednotlivých kauz. Při seznámení se s jejím odůvodněním a jakýmsi návodem, které Stanovisko předkládá soudům při posuzování otázky (ne)uplatnění trestní odpovědnosti mi jistě obtíže činí následující citovaná pasáž „*Při úvaze, zda s přihlédnutím k zjištěné společenské škodlivosti nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu, soud zvažuje zejména navazující právní úpravu odpovědnosti za protiprávní čin v oblasti práva správního, občanského, obchodního apod., při zvážení přístupu, že ochrana právních statků má být v první řadě uplatňována prostředky těchto jiných právních odvětví, a teprve tam, kde je taková ochrana neúčinná a kde porušení chráněných vztahů naplňuje znaky konkrétní skutkové podstaty trestného činu, je namístě uplatňovat trestní odpovědnost. S ohledem na to uplatnění principu „ultima ratio“ přichází v úvahu i u závažnějších trestných činů, kde některé znaky by mohly nasvědčovat vyšší společenské škodlivosti (např. výše škody nebo rozsah u některých hospodářských trestných činů), ale ochrana konkrétního právního statku v posuzovaném případě je lépe a účinněji zajišťována uplatněním odpovědnosti podle jiného právního předpisu.*“ Byť je v návaznosti na citované ve Stanovisku přímo uvedeno, že uplatnění trestněprávní odpovědnosti není vázáno na tomu předcházející neúspěšné použití mimotrestních prostředků, ani na absenci možnosti vyvodit odpovědnost podle jiného právního předpisu, nedovedu si

v praxi představit, že soudy budou při posuzování každé jednotlivé trestněprávní kauzy (s nižší či zanedbatelnou společenskou škodlivostí) zvažovat onu „navazující“ právní úpravu odpovědnosti za protiprávní čin v oblasti práva správního, občanského, obchodního, apod., a v případě, že jiná právní odvětví ochranu dotčeným právním statkům budou nabízet, že by poměrovaly účinnost takové ochrany v porovnání s eventuální trestněprávní odpovědností. Takové závěry mi přijdou do jisté míry jako utopie. Nutno podotknout, že byť je to myšlenka chvályhodná, jeví se mi již z hlediska nutnosti dodržet přiměřenou délku trestního řízení a ve snaze zachovat právní jistotu občanů v praxi jako nereálná. Zároveň si Stanovisko ve výše citované pasáži protiřečí s předtím uvedeným závěrem ad II. Stanoviska (aplikace § 12 odst. 2 TZ pouze v případech méně závažných trestných činů) pokud vzápětí na jiném místě ve Stanovisku připouští aplikaci principu „ultima ratio“ i u závažnějších trestných činů, kde některé znaky by mohly nasvědčovat vyšší společenské škodlivosti (např. výše škody nebo rozsah u některých hospodářských trestných činů).

V bodě ad IV. Stanoviska se kolegium usneslo na tom, že zásada subsidiarity trestní represe se uplatní při posuzování trestných činů jak pachatelů fyzických osob, tak pachatelů právnických osob. V návaznosti na tento závěr v odůvodnění právní věty Stanovisko obsahuje názor, že z hlediska přístupu k trestní odpovědnosti právnických osob oproti trestní odpovědnosti fyzických osob zákon žádnou z nich nefavorizuje, což vyplývá z ust. § 9 odst. 3 zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim (dále jen „*TOPO*“), podle kterého trestní odpovědností právnické osoby není dotčena trestní odpovědnost fyzických osob uvedených v § 8 odst. 1 *TOPO* a trestní odpovědností těchto fyzických osob není dotčena trestní odpovědnost právnické osoby. Byl-li trestný čin spáchán společným jednáním více osob, z nichž alespoň jedna je osoba právnická, odpovídá každá z nich, jako by trestný čin spáchala sama. Na druhé straně dle Stanoviska kolegia Nejvyššího soudu nelze přehlédnout, že přímo z tohoto zákona vyplývá značné omezení uplatnění trestní odpovědnosti právnických osob, a to jednak omezení místní působnosti trestních zákonů u právnických osob (viz § 2 *TOPO*), omezení trestní odpovědnosti právnických osob jen za zúžený okruh trestných činů (viz § 7 *TOPO*), zavedení přičitatelnosti některých trestných činů právnické osobě (§ 8 *TOPO*) a rozšíření obecné účinné lítosti na všechny trestné činy spáchané právnickou osobou s výjimkou korupčních trestných činů (viz § 11 *TOPO*). Z toho jest ve Stanovisku

vyvozen závěr, že i po přijetí tohoto zákona zůstává základní trestní odpovědnost fyzických osob. Vzhledem k tomuto závěru se podle názoru Nejvyššího soudu při zvažování použití zásady subsidiarity trestní represe, zejména pokud jde o princip „ultima ratio“, budou uplatňovat u trestně odpovědných právnických osob oproti osobám fyzickým určité zvláštnosti, a to s přihlédnutím k povaze právnických osob a specifiku jejich postihu. Při úvaze o případné trestní odpovědnosti právnické osoby je třeba zvažovat a porovnávat i možnost a účinnost jejich postihu podle jiných mimotrestních předpisů, která může být dle Nejvyššího soudu v některých případech širší a vhodnější než u fyzických osob, a to i se zřetelem na rozdílné podmínky takové odpovědnosti (např. u zavinění), ale i ohledně sankcí ukládaných právnickým osobám zpravidla ve správním řízení, které jsou v některých případech srovnatelné, co do čitelnosti postihu, s trestními sankcemi. S uvedeným závěrem se neztotožňuji, neb mám za to, že bezdůvodně zavádí a podněcuje k nerovnosti před zákonem, a proto souhlasím s výhradami proti němu vznesenými ze strany pražské školy, které jsou v její reakci ke Stanovisku zmiňovány¹³⁴. Nelze souhlasit s názorem, že v případě právnických osob se tato zásada uplatní z povahy věci intenzivněji než u osob fyzických právě pro jeho rozpor s principem rovnosti před zákonem.

Za takzvaně problematickou a nejasnou nepokládám toliko právní větu pod bodem V. Stanoviska, která nebyla, pokud je mi známo, ani předmětem rozporuplných a názorově odlišných diskuzí při podání vyjádření ke Stanovisku (jak vyžádaných Nejvyšším soudem před vydáním Stanoviska, tak následných). Jsem pevně přesvědčená, že chování pachatele po spáchání skutku vykazujícího znaky trestného činu skutečně nelze zohledňovat při zvažování otázky viny a posuzování míry společenské škodlivosti činu vedoucí k vyřešení otázky, zda vůči pachateli uplatnit trestní odpovědnost či nikoliv. Veškeré jednání pachatele po spáchání skutku vykazujícího znaky trestného činu může a má být zohledněno toliko v rámci úvahy o druhu a výši sankce pachateli ukládané, popřípadě může být zohledněno v rámci institutů nabízených trestním řádem (zastavení trestního řízení, odložení věci), je-li zřejmé, že účelu trestního řízení bylo dosaženo,

¹³⁴ „Dále se namítá, že závěr, podle něhož se zásada subsidiarity trestní represe uplatní jak u osob fyzických, tak i právnických, je správný, nelze však souhlasit s odůvodněním této právní věty, které vychází z toho, že v případě právnických osob se tato zásada uplatní z povahy věci intenzivněji než u osob fyzických. Takový závěr je v rozporu s principem rovnosti před zákonem. To, že se zásada subsidiarity trestní represe bude uplatňovat podle okolností každého jednotlivého případu, je zřejmé. Ale nelze výkladem dovodit, že právnické osoby mají mít privilegované postavení. Z těchto hledisek bylo navrženo stanovisko přepracovat.“

eventuálně jak se uvádí i ve Stanovisku, využitím odklonů trestním řádem nabízených.

Logickým pokládám do určité míry také závěr právní věty pod bodem VI. Stanoviska, podle něhož má beztrestnost pachatele plynoucí z uplatnění zásady subsidiarity trestní represe z hlediska viny ve smyslu ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku přednost před procesním řešením věci ve smyslu ust. § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu (a taktéž ust. § 159a odst. 4 trestního řádu), neboť hmotněprávní řešení věci předchází tomu procesnímu. Určité úskalí však v koexistenci materiálního a procesního korektivu v trestním právu v jejich současném pojetí spatřuji. K tomuto se Stanovisko vyjadřuje negativně a v podstatě pouze na okraj podotýká, že se procesní řešení uplatňovalo vedle hmotněprávního řešení při využití tzv. materiálního (materiálně-formálního) pojetí trestného činu ve smyslu § 3 odst. 1, 2, 4 dříve platného trestního zákona (tj. zákona č. 140/1961 Sb.) již před přijetím trestního zákoníku, přičemž to v praxi orgánů činných v trestním řízení nečinilo žádných potíží a neznamenalo to ani překrývání těchto ustanovení ani narušení právní jistoty, jak je někdy namítáno. Oba korektivy jsou v současném pojetí koncipovány na základě téměř totožných kritérií, kdy procesní korektiv logicky zohledňuje navíc chování pachatele po spáchání činu (jeho snahu nahradit škodu nebo odstranit jiné škodlivé následky činu). Z mého pohledu oprávněně kritický pohled na soudobou existenci takřka duplicitní korekce trestního bezpráví podává Kandová v jednom ze svých článků, kde mimo jiné upozorňuje na hrozící „nafukování“ bagatelních jednání v představách orgánů činných v trestním řízení, které mohou za užití procesního korektivu z působnosti trestního práva vyloučit i více závažná jednání, jež by za existence toliko procesního anebo hmotněprávního korektivu vyloučena nebyla. Příkladem uvádí spáchání trestného činu krádeže ve smyslu ust. § 205 odst. 1 písm. a) trestního zákoníku¹³⁵ dvěma pachateli, z nichž jeden odcizil částku ve výši 5.500, - Kč a druhý za obdobných okolností částku ve výši 15.500, - Kč, přičemž oba pachatelé naplnili formální znaky skutkové podstaty avizovaného trestného činu krádeže. Za předpokladu existence pouze jednoho z korektivů by z dosahu trestního práva bylo spíše vyloučeno toliko jednání prvního pachatele, jenž odcizil částku ve výši 5.500, - Kč, zatímco druhý pachatel, jenž odcizil částku ve výši 15.500, - Kč, by byl trestně stíhán. V případě, kdy orgány činné v trestním řízení disponují jak materiálním, tak procesním korektivem trestního

¹³⁵ Před novelou zvyšující hranici škod.

bezpráví, mají dle autorky větší tendenci vyloučit ze sféry trestního práva za užití materiálního korektivu jak čin prvního pachatele, tak za užití procesního korektivu také čin druhého pachatele. Bagatelnost jednání se dle autorky může v důsledku duplicitních kritérií hmotněprávní a procesní korekce trestního bezpráví neviditelně zveličovat. Okrajově pak podotýká přínos soudobé právní úpravy a koexistenci dvou korektivů trestního bezpráví, která přispívá k odlehčení orgánům činným v trestním řízení, pokud jde o řešení bagatelních věcí, trvá ovšem na tom, že elementárním cílem zakotvení korektivů trestního bezpráví do právní úpravy má být snaha eliminovat z dosahu trestního bezpráví nejméně škodlivá jednání, u nichž by byla aplikace trestněprávních norem a trestního práva nespravedlivá. Z tohoto úhlu pohledu se paralelní existence materiálního a procesního korektivu v trestním právu v jejich současném pojetí založeném na téměř shodných hmotněprávních důvodech jeví jako nevhodná a Stanovisko obsahuje pod bodem VI. toliko zjednodušující závěry opomíjející naznačená úskalí hrozící při překrývání právní úpravy hmotněprávního korektivu s korektivem procesním.¹³⁶

O tom, jak se duplicitní korekce trestního bezpráví, která v podstatě dodnes „přetrvává“, objevila v českém trestním právu hmotném i procesním se zmiňují v podkapitole 2.2 věnované subsidiaritě trestní represe v rámci trestního zákona č. 140/1961 Sb., kdy se objevovaly tendence propagující přechod na formální pojetí trestného činu v trestním právu hmotném za současného přechodu korekce trestního bezpráví do trestního práva procesního, které vyústily v přijetí oportunní výjimky ze zásady legality, jež byla zakotvena zákonem č. 265/2001 Sb. do ust. § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu. Na existenci a problematičnost takové duplicity upozorňují rovněž na dalších místech této práce (viz oddíl 3.1.1 a Pipkův pohled na probíhající rekonstrukci trestního práva hmotného doprovázenou navrhanou novelizací trestního práva procesního co se týče procesněprávní korekce zásady legality, oddíl 3.1.5 a v něm připomenutý kritický pohled Ščerbova komentáře na přetrvávající soudobou duplicitní korekci trestního bezpráví, a v neposlední řadě čtvrtá kapitola věnovaná komparaci, kde poukazují kupříkladu v podkapitole 4.1 na Rakousko, které duplicitní řešení trestního bezpráví nepřipustilo a v době, kdy byl do rakouské procesněprávní úpravy zařazen institut tzv. upuštění od trestního stíhání kvůli nepatrnosti, tento v podstatě plynule „nahradil“ zrušený hmotněprávní institut tzv. nedostatečné

¹³⁶ KANDOVÁ, Katarína. Materiální a (nebo) procesní korektiv v trestním právu. *Trestněprávní revue*, 2017, č. 5, s. 111-117.

trestnosti činu, která odůvodňovala beztrestnost činu, a v podkapitole 4.3 na slovenskou trestněprávní úpravu, která uplatní čistě formální pojetí pokud jde o kategorii zločinů, ale nenabízí u této kategorie žádný procesněprávní korektiv trestního bezpráví, naopak u přečinů se opírá o formálně-materiální pojetí s existencí možnosti toliko hmotněprávní korekce) a nepovažují tak za nezbytné ani přínosné je zde do detailů znovu opakovat.

Co ovšem doplním, jsou názory několika dalších významných právních teoretiků vyjadřujících se (ač ještě v době před vydáním Stanoviska NSČR) zevrubně k vhodnosti řešení korekce trestněprávního bezpráví v rámci trestního práva hmotného a v rámci trestního práva procesního, které nechci pominout. Ovšem již nyní mohu vzhledem k obsahu zdůvodnění bodu VI. Stanoviska vyjavit závěr, že tyto názory Nejvyšší soud zjevně nesdílí. Kratochvíl ve svém příspěvku do časopisu Státní zastupitelství ještě v době probíhajících rekodifikačních prací mj. vysvětlil i svůj názor na případnou duplicitu, a sice že podle něho působí poněkud podivně, pokud za existence materiálního pojetí trestného činu je v trestním řádu zakotven též prvek oportunity, jehož předpoklady navíc čerpají z trestního práva hmotného. Připomněl, že se jedná o stav kritizovaný též Solnařem v jednom z jeho klasických textů¹³⁷, kde Solnař upozorňuje na neslučitelnost (nadbytečnost) spojování materiálního pojetí trestného činu s oprávněním prokurátora upustit od trestního stíhání (tedy se zásadou oportunity), kdy jediné pojetí, které se s oportunitou tzv. snáší (respektive ji vyžaduje), je formální pojetí trestného činu, a to se zdůvodněním dosažení adekvátního řešení konkrétních případů tvrdosti tohoto pojetí.¹³⁸

3.3.2 Stanovisko Nejvyššího státního zastupitelství k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku) ze dne 21. 11. 2011, 1 SL 742/2011

Ačkoliv vydání nadepsaného stanoviska Nejvyššího státního zastupitelství (v této práci též „*stanovisko NSTZ*“)¹³⁹ časově předcházelo zaujetí Stanoviska NSČR

¹³⁷ Kratochvíl poukazuje, že V. Solnař jej publikoval v díle Nová kodifikace trestního práva a úkoly vědy. *Stát a právo*, III/1957, str. 107.

¹³⁸ KRATOCHVÍL, Vladimír. Návrh věcného záměru zákona o trestním řízení soudním (trestní řád) 2004 (předmět tradičně prázdninového meziresortního připomínkového řízení). *Státní zastupitelství*, 2005, č. 1-3, s. 4-5.

¹³⁹ Stanovisko Nejvyššího státního zastupitelství k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku) ze dne 21. 11. 2011, 1 SL 742/2011. In: Nejvyšší státní zastupitelství [online]. © 2022 Nejvyšší státní zastupitelství [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: https://verejnazaloba.cz/wp-content/uploads/2020/03/5_2011.pdf.

diskutovaného v předchozím oddíle 3.3.1 této podkapitoly, pokládám ho vzhledem k jeho stručnosti a pouze okrajovému rozboru diskutovaného za druhotné, nicméně jej pro komplexní pohled na téma touto prací rozebírané nevynechávám.

Jako vhodné považuji zmínit, že v převažujících (byť o poznání obecnějších) závěrech stanovisko NSTZ koresponduje se závěry Stanoviska NSČR („*I. Zákonným znakem trestného činu není společenská škodlivost činu, která je pouze jedním z kritérií posuzovaných při uplatňování zásady subsidiarity trestní represe (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku), II. Každý protiprávní čin, který vykazuje všechny znaky uvedené v trestním zákoníku, bude zpravidla trestným činem, aniž by bylo možno takový čin označit za čin, který není (dostatečně) společensky škodlivý, III. Úvaha o tom, že pro nedostatek škodlivosti činu pro společnost není takové jednání trestným činem, se uplatní jen u případu zcela výjimečných, hraničních, ... tj. tam, kde evidentně neodpovídá ani nejlehčím běžně se vyskytujícím případům trestného činu dané skutkové podstaty, V. Naplnil-li pachatel znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu, nelze posoudit takové jednání podle mírnější právní kvalifikace téže skutkové podstaty jen s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe.*“). Jak vidno těchto v podstatě shodných závěrů stanoviska NSTZ se Stanoviskem NSČR je většina, a vzhledem k zevrubnější a poměrně obsáhlé analýze těchto dílčích výše jmenovaných závěrů věnované touto prací Stanovisku NSČR, považuji za zbytečné je opakovat i v tomto oddíle, neboť by nepřinesly nic nového. V následující části proto rozebírám toliko ty závěry stanoviska NSTZ, které se mi zdají být se Stanoviskem NSČR protichůdné, popřípadě nekompletní, byť to není na prvý pohled tak zřetelné.

Na pomyslné „protichůdné“ místo bych zařadila první větu bodu IV. stanoviska NSTZ, který uzavírá, že „*Možnost uplatnit odpovědnost podle jiného právního předpisu, stejně jako předcházející použití mimotrestních prostředků k ochraně ohrožených či porušených zájmů bez dalšího nevyklučuje uplatnění trestní odpovědnosti. Skutečnost, že pachatel skutku vykazujícího znaky trestného činu dodatečně nahradil takovým činem způsobenou škodu, resp. se podílel na zamezení bezprostředně hrozícího vzniku škody (a případně k tomu využil mimotrestní prostředky), nelze hodnotit jako okolnost, která by ve smyslu zásady subsidiarity trestní represe sama o sobě dovolovala rezignovat na povinnost uplatňovat trestní odpovědnost.*“ Za logické považuji, že jakékoliv jednání pachatele následující po spáchání skutku vykazujícího znaky trestného činu (byť

půjde o jednání směřující ke zmírnění a/nebo odstranění škodlivých následků skutku) by nemělo mít vliv na otázku, je-li pachatel za spáchání skutku trestně odpovědný či nikoliv. V tomto závěru je stanovisko NSTZ v podstatě „za jedno“ se Stanoviskem NSČR, a troufám si tvrdit, že takový závěr nebude činit obtíže ani v rovině trestněprávní teorie a praxe. Do jisté míry by se dalo souhlasit se závěrem první předestřené části stanoviska NSTZ, že možnost uplatnit odpovědnost podle jiného právního předpisu, stejně jako předcházející použití mimotrestních prostředků k ochraně ohrožených či porušených zájmů bez dalšího nevyklučuje uplatnění trestní odpovědnosti, ovšem jde o závěr neúplný a zjednodušující. Patříčné doplnění pak neobsahuje ani výkladová část stanoviska NSTZ, kdy podle mého soudu je na věc nahlíženo ryze okem „státního zástupce“. V tomto názoru mě utvrzuje i doplňující věta *„Byl-li spáchán trestný čin, jehož skutková podstata byla beze zbytku ve všech znacích naplněna, byl překročen spodní práh trestnosti (naplněna podmínka materiální protiprávnosti činu nezbytná k použití tohoto sankčního systému) a stát nemůže rezignovat na svou roli při ochraně oprávněných zájmů poukazem na primární existenci institutů občanského (obchodního) práva či jiných právních odvětví, jimiž lze zajistit náhradu škody, která byla trestným činem způsobena.“* V této části stanovisko NSTZ odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu 6 Tdo 1508/2010 ze dne 24. 2. 2011 kterým bylo odmítnuto dovolání obviněného, který byl uznán vinným trestným činem podvodu podle § 209 odst. 1 trestního zákoníku, a v němž obviněný namítal, že obecné soudy se nezabývaly otázkou, zda v daném případě nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiných právních předpisů, a tím pádem nedostatečně řešily otázku subsidiarity trestní represe. Obviněný poukazyval, že v jeho případě se jednalo o minimální částky a že jeho jednání je dostatečně postižitelné podle soukromoprávních předpisů, byť v úhrnu výše prokázané škody činila částku, která několikanásobně převýšila hranici škody nikoli nepatrné. Z mého pohledu nejde o vhodně zvolený „názorný“ případ, neboť z toho, jak je v avizovaném rozhodnutí Nejvyššího soudu prezentována argumentace obviněného, pojímal tento trestní řízení jako pouhou saturaci škody poškozenému, což je bezesporu pojetí nesprávné.

V žádném případě tedy netvrdím, že existují-li mimotrestní právní prostředky mající soukromoprávní základ, které poskytují ochranu porušeným právním vztahům, je tím trestní postih vyloučen. Trestní postih je totiž nadále vždy namístě tam, kde ony mimotrestní právní prostředky poskytují porušeným vztahům

ochranu nedostatečnou, neúčinnou nebo nevhodnou. Vnímám tedy jako významný nedostatek, který kupříkladu „odstraňuje“ právě Stanovisko NSČR v bodě ad III., kde je akcentováno trestněprávní řešení jako prostředek ultima ratio, ať už pro zákonodárce, soudce, policii či státního zástupce komplexněji (bližší viz předchozí oddíl této práce). Ochrana právních statků má být zkrátka v první řadě zajišťována instituty práva občanského, obchodního, správního, a teprve tehdy, je-li tato neúčinná, nedostatečná nebo nevhodná, přichází na řadu ochrana prostřednictvím trestního práva (pochopitelně je-li jednáním pachatele naplněna skutková podstata některého trestného činu). A právě toto podstatné „doplnění“ podávající rozřešení otázky „kdy není vhodné poskytovat ochranu prostředky práva trestního“ ve stanovisku NSTZ postrádám, byť v něm nalezneme zmínku o trestní reprezi coby prostředku ultima ratio (viz další odstavec této práce). Pravdou ovšem je, že stanovisko NSTZ tento prostředek zmiňuje spíše ve snaze zdůraznit, že jeho použití nemá být příliš široké, aby nevedlo k negaci použití trestněprávního řešení. Aplikováno na v předchozím odstavci předestřené rozhodnutí Nejvyššího soudu podle mého skutečně nelze úspěšně argumentovat „vylákním tak minimálních částek, že lze soukromoprávní postih vnímat jako dostačující“ a dovolávat se aplikace zásady subsidiarity trestné represe, pokud v úhrnu výše škody získané podvodným (byť se tak stalo sofistikovaně dílčími jednáními po minimálních částkách) jednáním několikanásobně převyšuje hranici škody nikoliv nepatrné, kterou zákonodárce určil jako spodní hranici peněžité částky vyjadřující rozsah škody způsobené trestným činem. Takový příklad proto ani nepovažuji za onen příhodný „hraniční případ“ s nedostatečně vymezeným spodním prahem trestnosti, který by založil oprávněnou diskuzi o (ne)dostatku společenské škodlivosti činu.

Pokud stanovisko NSTZ hovoří o tom, že § 12 odst. 2 trestního zákoníku nelze vykládat v tom smyslu, že trestní postih závisí pouze na tom, zda (ne)byly uplatněny mimotrestní právní prostředky (a eventuálně jakým způsobem), neboť 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., lze se s takovým závěrem shodnout. V souvislosti s tím pak stanovisko NSTZ odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu 8 Tdo 1035/2010 ze dne 8. 9. 2010, kterým bylo odmítnuto dovolání obviněného odsouzeného za spáchání zvláště závažného zločinu podvodu podle ust. § 209 odst. 1, odst. 5 písm.

a) trestního zákoníku. V tomto případě obviněný úmyslně podvodně vylákal peněžní prostředky od obchodních společností bez skutečného plnění a konstruoval obchodněprávní vztahy v zájmu vlastního obohacení, takže nebylo pochyb o tom, že naplnil všechny zákonné znaky předmětného zvláště závažného zločinu. Vzhledem k tomu přeci ani nebylo možno očekávat, že by mimotrestní prostředky ochrany práv poškozených obchodních společností byly účinné a především pak i vhodnější než prostředky práva trestního. Dospívám tedy k závěru, že eventuálně i z důvodu nedostatečně přiléhavě zvolené odkazované judikatury stanovisko NSTZ působí neúplným a nepřesvědčivým dojmem.

Vzhledem k pojetí tohoto oddílu, kdy v podstatě poukazují na odlišnosti v závěrech Stanoviska NSČR se stanoviskem NSTZ, bych připomněla ještě určitou názorovou odlišnost k bodu ad V. stanoviska NSTZ (věnovanému oblasti kvalifikovaných skutkových podstat trestného činu a aplikaci zásady subsidiarity trestní represe při naplnění jejich formální stránky), která se částečně¹⁴⁰ vytříbila především v souvislosti s vydáním usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 2016, sp. zn. 8 Tdo 1362/2016, o němž již bylo v této práci podrobně pojednáno. Z odůvodnění stanoviska NSTZ totiž jednoznačně vyplynul názor, že *„Bezvýhradně o (závažnější) trestný čin půjde, bez možnosti vůbec uvažovat o uplatnění zásady subsidiarity trestní represe podle § 12 odst. 2 trestního zákoníku, bude-li skutek vykazovat znaky kvalifikované skutkové podstaty. Tam je možno přiznat, podle zásad pro hodnocení individuální škodlivosti činu a ostatních okolností, s nimiž zákon spojuje úvahy o event. sankci, dobrodiní zákona v podobě mírnější sankce, než by jinak uložena být pachateli měla, resp. mohla (viz zejména § 58 trestního zákoníku).“* Na rozdíl tedy od citovaného závěru Stanoviska NSČR, kde je v podstatě obsažena úvaha připouštějící (pochopitelně za splnění příslušných okolností/podmínek) možnost aplikace zásady subsidiarity trestní represe na případy činů vykazujících formální naplnění znaků kvalifikované skutkové podstaty trestného činu a nevyvození trestní odpovědnosti v případě nedostatečné společenské škodlivosti činu, stanovisko NSTZ takový postup při

¹⁴⁰ „Částečně“ je myšleno v tom směru, že závěry tohoto rozhodnutí nadále nelze vztahovat k okolnostem podmiňujícím použití vyšší trestní sazby, kde podle Stanoviska NSČR nelze zásadu subsidiarity trestní represe přímo využít, a proto naplnil-li pachatel znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu, nelze posoudit takové jednání podle mírnější právní kvalifikace téže skutkové podstaty jen s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe, což je dle Nejvyššího soudu důsledkem toho, že materiální znak již není pojmovým znakem trestného činu (součástí jeho definice v § 13 odst. 1 trestního zákoníku).

aplikaci zásady neuvažovalo, což se jistě po vydání v tomto odstavci označeného usnesení Nejvyššího soudu změnilo.

Jen pro zajímavost doplňuji, že vydání stanoviska NSTZ bylo podníceno ze strany krajského státního zastupitelství v souvislosti s řešením otázky náhrady škody způsobené trestným činem a jejího promítnutí do procesního postupu státního zástupce v trestním řízení, konkrétně k otázce, zda sama skutečnost, že pachatel skutku vykazujícího znaky trestného činu dodatečně nahradil způsobenou škodu (či se podílel na zamezení jejího bezprostředně hrozícího vzniku), s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe odůvodňuje závěr, že posuzovaný skutek není trestným činem. Nevím, zda pro mne (stejně jako pro čtenáře) bylo zodpovězení této otázky tak jednoznačné vzhledem ke všemu, co bylo o zásadě subsidiarity trestní represe a zejména společenské škodlivosti činu napsáno v předchozích částech této práce, nicméně, jak jsem již výše sdělila, stejný závěr (o tom, že náhrada škody pachatelem po spáchání trestného činu je bez vlivu na otázku (ne)uplatňování trestní odpovědnosti) nebude dle mého činit obtíže ani v rovině trestněprávní teorie a praxe.

4 KOMPARACE

Subsidiární role trestní represe a potřeba, aby trestní právo nastupovalo až jako krajní prostředek při ochraně právních statků, se prolíná právními teoriemi řady států. Při zjišťování informací, do jaké míry nalezneme zmiňované zakotvené v právních řádech a právních teoriích okolních zemí, a jakou roli sehrávají při ochraně právních statků, jsem se rozhodla zkoumat rakouskou, německou a slovenskou úpravu, a to z poměrně prostých důvodů, které obratem vysvětlím. Slovenská právní úprava byla s tou naší po dlouhé období propojená, tedy mne jednoduše zajímalo, jak si se zkoumanou problematikou po zániku federace „poradili“ na Slovensku, které stejně jako my stálo před nelehkým úkolem rekodifikace slovenského trestního práva. Naopak rakouská a německá právní (a to nejen ta trestněprávní) úprava bývají našemu českému právu často předkládané za vzor, české právo na ně odkazuje a mnohdy z nich čerpá, a jak dále popisují, ne jinak tomu bylo i v souvislosti s přijetím „nového“ trestního zákoníku a (deklarovaným) přechodem na formální pojetí trestného činu.

4.1 Rakousko

Již v oddíle 2.2.1 jsem věnovala několik poznámek rakouskému trestnímu právu, a to konkrétně institutu nedostatečné trestnosti činu (Mangelde Strafwürdigkeit der Tat) obsaženému v § 42 StGB (pro pořádek opakuji, že tento institut byl s účinností od 1.1. 2008 zrušen), který byl v rámci prací na rekodifikaci českého trestního práva hmotného považován za jeden z argumentů podporujících zakotvení zásady subsidiarity do trestního zákoníku a bylo na něj odkazováno v odborné literatuře, kdy bylo takřikajíc vyzdvihoováno, že i v trestním zákonodárství tohoto vyspělého západního státu, jehož trestní zákoník je založen na formálním pojetí trestného činu, se objevují ustanovení obdobná materiálnímu korektivu.¹⁴¹

Je ovšem zajímavé doplnit, že o pár let dříve v osnově trestního zákoníku z let 2004-2006, který, jak již víme, skončil neúspěchem a návrh trestního zákoníku v avizované podobě byl zamítnut, bylo na onen institut nedostatečné trestnosti činu rakouského trestního práva nahlíženo jako na určitou raritu, když

¹⁴¹ Kupříkladu: 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.

bylo vyzdvihováno, že z právních úprav západních demokratických států zná materiální korektiv toliko rakouský § 42 StGB. Na tomto příkladu bylo poukazováno na skutečnost, že v posledních letech je v demokratických státech stále více preferováno procesní řešení depenalizace za současně zakotveného formálního pojetí trestného činu. Tehdy byla sice osnova návrhu trestního zákoníku založena na ryze formálním pojetí trestného činu (nicméně v osnově návrhu byl v § 396 doplněný odstavec 2, který byl do něj začleněn v reakci na obavy, že ryze formální pojetí trestného činu povede k přetížení orgánů činných v trestním řízení bagatelními činy). Rakouský § 42 StGB ještě nebyl vnímán jako vzor pro „naši“ blížící se rekodifikaci českého trestního práva jako tomu bylo o dva roky později. Přesto Šámal ve svém příspěvku současně upozorňoval na nemožnost pojímat tento rakouský institut shodně s tehdy účinným materiálním znakem trestného činu (nebezpečností pro společnost ve smyslu ust. § 3 odst. 1, 2, 4 trestního zákona), jelikož jeho aplikace byla omezena na nejméně závažné trestné činy a zároveň bylo při jeho aplikaci přihlíženo k okolnostem nastalým v době po spáchání daného trestného činu.¹⁴²

Jak jsem představila v oddíle 2.2.1, po zrušení § 42 rakouského StGB byl do rakouské procesněprávní úpravy zařazen § 191 odstavec (1) rakouského StPO upravující obdobný institut tzv. upuštění od trestního stíhání kvůli nepatrnosti. Rakouské trestní právo tedy nedlouho před tím, než vstoupil v platnost a účinnost „náš“ rekodifikovaný trestní zákoník, upřednostnilo procesní řešení depenalizace. Duplicitní úpravu tedy nepřipouští a procesněprávní korektiv byl po několika desetiletích upřednostněn před korektivem hmotněprávním.

Pro zajímavost ještě doplním, že rakouská učebnice trestního práva, která v kapitole pojednávající o jeho nezbytnosti (Die Unentbehrlichkeit des Strafrechts) zdůrazňuje nepostradatelnou roli trestního práva a trestu, jakožto prostředku k udržení lidské společnosti, na trestní právo jakožto prostředek ultima ratio přímo nepoukazuje a ani výslovně nezmiňuje jeho subsidiární povahu. Zdůrazňuje ovšem, že ona nepostradatelná role trestního práva platí zejména v těch případech, kdy občanskoprávní náhrada škody či sebeobrana jsou velmi obtížně dosažitelné či nedostačující. Trestní právo je dle citované učebnice

¹⁴² ŠÁMAL, Pavel. *Osnova trestního zákoníku 2004-2006*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 34. ISBN 80-7179-527-5. Shodně též: ŠÁMAL, Pavel. Zákon a kodifikace trestního práva hmotného – k některým obecným otázkám a jejich řešení. In: GERLOCH, A., MARŠÁLEK, P., a kol. *Zákon v kontinentálním právu: sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference „Místo a úloha zákona v kontinentálním typu právní kultury: tradice, současnost a vývojové tendence“*, (Praha 27.-28. května 2004). Praha: Eurolex Bohemia, 2005, s. 238-239. ISBN 80-86861-06-6.

nepostradatelné při ochraně určitých právních zájmů, jako kupříkladu při ochraně lidského života, který nelze dostatečně chránit v rámci právní úpravy o náhradách škody. Z uvedeného je tedy zdůraznění subsidiární povahy práva trestního zřejmé, třebaže tak není uvedeno výslovně.¹⁴³

4.2 Německo

Na německou trestněprávní úpravu odkazovaly odborné články zaobírající se navrhovaným přechodem na formální pojetí trestného činu jak v období rekonstrukce, tak v období po přijetí TZ. Bylo tomu tak především ve snaze poukázat na skutečnost, že ačkoliv je německá trestněprávní úprava založená na formálním pojetí trestného činu, přesto se princip ultima ratio a z něj vyvěrající zásada subsidiarity neuplatňují pouze jako závazek pro zákonodárce.¹⁴⁴

„Ze zásady subsidiarity trestní represe vycházející 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 nepřipustné.“¹⁴⁵

Jak už bylo v úvodu této podkapitoly sděleno, německé trestní právo je založeno na formálním pojetí trestného činu. V německém trestním zákoně (dále v této práci též jen „DStGB“) nenalezneme výslovně zakotvené jak princip ultima ratio, tak ani zásadu subsidiarity trestní represe. Stejně tomu je i v případě definice trestného činu, kterou DStGB rovněž neobsahuje, a musíme se jí dobrat v německé právní teorii. V § 1 německého trestního zákoníku je obsaženo toliko legislativní zakotvení zásady nullum crimen, nulla poena sine lege praevia „Čin

¹⁴³ FUCHS, H., ZERBES, I. *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*. 10. Auflage. Verlag Österreich, 2018, s. 15-16. ISBN 978-3-7046-8042-6.

¹⁴⁴ Kupříkladu PIPEK, Jiří. Formální pojetí trestného činu a princip oportunité. *Trestněprávní revue*, 2004, č. 11, s. 309–320. Dále pak ŠÁMAL, Pavel. K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5, s. 129–136.

¹⁴⁵ ŠÁMAL, Pavel. K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5, s. 129–136. Převzato z: Roxin, C., Arzt, G., Tiedemann, C. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*. 4. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, s. 3; dále srov. Jescheck, H.–H., Weigend, T. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Berlin : Duncker & Humblot, 1996, s. 26 až 27.

*může být trestán pouze tehdy, jestliže trestnost byla zákonem stanovena dříve, než čin byl spáchán*¹⁴⁶.

Německá právní teorie podává odpovědi na otázku, jaké druhy chování může stát legitimně kriminalizovat, pokud funkcí trestního práva je ochrana právních zájmů/statků (Rechtsgütern), což je prohlášení obsažené ve většině německých učebnic trestního práva i v komentáři k DStGB. Koncept Rechtsgüterschutz byl představen a rozvinut trestněprávním teoretikem a profesorem trestního práva Clausem Roxinem a představuje hlavní proud německého vědeckého názoru na toto téma.¹⁴⁷

Pojem Rechtsgut má podle C. Roxina funkci související s trestní politikou. Je-li funkcí trestního práva ochrana Rechtsgütern, pak logicky mohou být trestním zákonem chráněny pouze Rechtsgütern, a zákonodárce nesmí kriminalizovat jakékoliv jednání, které Rechtsgütern nepoškozuje ani neohrožuje (nesmí být zakázáno nic, co není nutné k dosažení mírového a liberálního soužití). Rechtsgut je jím pak definován jako všechny skutečnosti či stanovené cíle, jež jsou nezbytné pro rozvoj osobnosti jednotlivce, realizaci jeho občanských práv a fungování politického systému založeného na těchto cílech.¹⁴⁸

Německý spolkový ústavní soud koncept Rechtsgut nepřijal a uplatňuje zásadu proporcionality jako zásadní test určující legitimitu trestních zákonů. Zásada proporcionality se skládá ze tří kritérií, a sice z vhodnosti, nezbytnosti a přiměřenosti (suitability, necessity and adequacy). Vzhledem k tomu, že šíře výkladu těchto tří kritérií soudem je velmi široká, je diskreční pravomoc zákonodárce téměř neomezená. Vhodnost zákona je odmítnuta pouze tehdy, pokud v době přijetí zákona lze určit, že přijetí zákona je pro dosažení cíle zjevně neúčinné. Nezbytnost zákona je popřena pouze v případě, že jsou k dispozici jiné prostředky, které by vedly ke stejnému výsledku s méně závažnými regulačními důsledky. Jde tedy spíše o otázku subsidiarity, pro kterou má zákonodárce opět

¹⁴⁶KRUK, Jiří. § 1 [Žádný trest bez zákona]. In: KRUK, Jiří. Trestní zákoník Spolkové Republiky Německo, stav 01. 01. 2014. 2. vydání. [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Praha: C. H. Beck, 2014. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=nnptembrgrpxe4byfzygmmi>.

¹⁴⁷LAUTERWEIN, C. C. *The limits of criminal law: a comparative analysis of approaches to legal theorizing* [online]. Routledge, Taylor and Francis, 2016 [cit. 21. 01. 2022]. Kindle Edition. s. 5-6. Dostupné z https://www.amazon.com/Limits-Criminal-Law-Comparative-International-ebook/dp/B01CIK00ZA/ref=sr_1_1?keywords=Carl+Constantin+Lauterwein&qid=1642758874&s=digital-text&sr=1-1.

¹⁴⁸Tamtéž. s. 8-9.

široký prostor pro výkon uvážení. A konečně, přiměřenost zákona je popřena pouze v případě, že je třeba určit, že určité jednání je tzv. zjevně nepřiměřené.¹⁴⁹

Podle C. Roxina je zásada subsidiarity odvozena od zásady proporcionality, která sama o sobě vychází z právního státu (Rechtsstaatsprinzip). Subsidiarita trestního práva se dá snadno stanovit, jelikož trestní právo je nejpřísnějším prostředkem postihu občanů a mělo by být používáno až jako poslední možnost.¹⁵⁰

V jedné ze svých německých učebnic trestního práva zdůrazňuje C. Roxin, že trestní právo není redukováno tolíko na zákaz společensky škodlivého jednání, nýbrž je nezbytné vyžadovat, aby veškeré společensky škodlivé jednání bylo trestáno pouze tehdy, nejsou-li k dispozici jiné prostředky dostačující k jeho odstranění. Poukazuje přímo na prostředky práva civilního, dále pak na sankční možnosti práva správního, které umožňují potírat společensky rušivé jednání. Důvod, proč by mělo být trestní právo použito tolíko v případě, když ostatní sociálně politické prostředky selhávají, je i takový, že trestněprávní sankce ohrožuje společenskou existenci dotčené osoby (pachatele), vytlačuje ji tzv. na okraj společnosti a má na ní tedy škodlivý účinek. Trestní právo je v Německu pojímáno jako ultima ratio sociální politiky a vůči ostatním regulačním možnostem má subsidiární povahu. Občané přenášejí na stát pouze tolík moci, kolik je nezbytné k zajištění jejich mírového soužití.¹⁵¹

Jak jsem výše uvedla, v jedné ze svých publikací Roxin představil také názor, že zásada subsidiarity v trestním právu je odvozena od zásady proporcionality, jež samotná vyvěrá ze zásady právního státu. V tomto smyslu pak trestní právo pokládá za prostředek ultima ratio, kdy povinností zákonodárce jest zvažovat, zda namísto aplikace nástrojů trestního práva nepostačuje aplikovat nástroje méně závažné (míněno nástroje řešení civilních deliktů, administrativních přestupků a jiných deliktů).¹⁵²

Jak odkazoval Fenyk v jednom ze svých příspěvků věnovaných otázce subsidiární úlohy trestní represe a trestnímu právu jako „ultima ratio“ prostředku nejen z pohledu českého trestního zákoníku, zásada legality vyjádřená pravidlem

¹⁴⁹Tamtéž. s. 21.

¹⁵⁰Tamtéž. s. 7.

¹⁵¹ ROXIN, C., ARZT, G., TIEDEMANN, C. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*. 6. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2013, s. 3-4. ISBN 978-3-8114-9469-5.

¹⁵² 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 kolektiv autorů. *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 95. ISBN 978-807400-388-2.

„nullum crimen sine lege“ nachází podle C. C. Lauterweina v hmotném právu (vedle nutnosti předvídatelnosti a dostupnosti právní normy) též požadavek, aby kriminalizace určitého jednání byla legitimní. Nepostačí pro to pouze to, aby určité jednání bylo jako trestné označeno formálně v právní úpravě, nýbrž musí být takové označení zdůvodnitelné i nezávisle na dané právní úpravě. Jakkoliv jsou právní úpravy v jednotlivých zemích rozdílné, otázka legitimacy takové úpravy by měla všude vycházet ze stejných kritérií. V německém právu vychází takový požadavek z tzv. Rechtsgutstheorie, v angloamerickém se hovoří o tzv. harm principu, nicméně lze konstatovat, že vždy existují jisté společně uznávané zásady, podle nichž je kriminalizace jednání legitimní tehdy, může-li způsobit závažnou škodu společnosti jako celku nebo jednotlivci. Zákonodárce má však vždy náležitě vysvětlit, proč je určitý zájem chráněn, proč je určité jednání označováno jako trestný čin, jakož i jaký je jeho negativní dopad na onen chráněný zájem. Tento diskutovaný požadavek legitimacy úzce souvisí právě se subsidiární úlohou trestní represe, které má být jakožto nejpřísnějšího prostředku ovlivňování občanů používáno až jako poslední možnosti. Samotný německý ústavní soud definuje trestní právo jako ultima ratio sociální politiky. Zákonodárce, který má na výběr, jak řešit sociální problémy (vyjma práva trestního tak může činit i v rámci práva civilního a správního), tak činí způsobem souladným s ústavou a garantovanými právy.¹⁵³

Na závěr této podkapitoly se sluší doplnit, že i německé trestní právo má své instituty, jimiž se takřikajíc vypořádává s bagatelní kriminalitou a případy trestního bezpráví. Neděje se tak ovšem v trestním právu hmotném, jak je patrné z ryze formálního pojetí trestného činu v německém trestním právu, nýbrž prostřednictvím zásady oportunitity v trestním právu procesním. Paragraf § 153 odst. 1 německého trestního řádu (dále v této práci též jen „*DStPO*“) obsahuje pro tyto případy ustanovení o nestíhání trestných činů v případě méně závažných trestných činů (*Vergehen*).¹⁵⁴

¹⁵³Tamtéž. s. 94-95.

¹⁵⁴Je-li předmětem řízení méně závažný trestný čin (*Vergehen*), může státní zastupitelství se souhlasem soudu příslušného k zahájení hlavního řízení upustit od trestního stíhání, pokud je vina pachatele považována za méně závažnou a neexistuje veřejný zájem na trestním stíhání. Souhlas soudu se nevyžaduje v případě méně závažného trestného činu, na který se nevztahuje zvýšený minimální trest, a pokud jsou důsledky vyplývající z trestného činu nevýznamné. Das Bundesministerium der Justiz und das Bundesamt für Justiz [online]. © 2022 [cit. 21. 01. 2022]. Dostupné z: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1332.

4.3 Slovensko

„Po zániku federace se česká a slovenská trestněprávní reforma vydala postupně každá svou vlastní cestou, i když bychom nepochybně zaznamenali jisté společné rysy, zejména v základních koncepčních otázkách.“¹⁵⁵

Ust. § 8 zákona č. 300/2005 Z. z., Trestný zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále v práci též „slovenský TZ“) definuje trestný čin jako protiprávní čin, jehož znaky jsou uvedeny v tomto zákoně, pokud tento zákon nestanoví jinak. Zmíněná definice vychází z formálního pojetí trestného činu, v zásadě bez ohledu na materiální stránku trestného činu vyjadřovanou (jak je i českému trestnímu právu dobře známo) pojmem společenská nebezpečnost, která, jak popisuje komentář k diskutovanému ustanovení slovenského TZ mohla být ovlivněna i subjektivními názory.¹⁵⁶

Slovenská učebnice trestního práva pojednává o formálním pojetí trestného činu, jakožto o největší změně v „novém“ slovenském TZ, kterým došlo k nahrazení materiálního pojetí dříve zastávaného a jehož prostřednictvím došlo ke splnění jednoho z úkolů a cílů rekodifikace slovenského trestního práva. V souvislosti s „příchodem“ formálního pojetí hovoří také o podrobnějších definicích základních i kvalifikovaných skutkových podstat trestných činů obsažených ve zvláštní části slovenského TZ, jakož i o širší interpretaci řady těchto znaků. Formální pojetí má lépe zabezpečovat ústavní zásadu rovnosti před zákonem, když autor upozorňuje, že používání materiálního znaku nebezpečnosti pro společnost justiční praxe často přeceňovala či zneužívala, a to jak ve prospěch, tak v neprospěch konkrétního pachatele.¹⁵⁷

Posuzování materiální stránky v podobě předchozí společenské nebezpečnosti (ve slovenské terminologii aktuálně označované jako „závažnost“) se však ve slovenském TZ nachází, jak rozvedu dále. Děje se tak konkrétně v rámci ustanovení týkajícího se definice přečinu v ust. § 10 odst. 2 slovenského TZ a přečinu spáchaného mladistvým v ust. § 95 odst. 2 slovenského TZ.¹⁵⁸ Tvrzení, že slovenský TZ tedy přešel na čistě formální pojetí trestného činu není

¹⁵⁵ KRATOCHVÍL, Vladimír. „Zrcadlo prvních třiceti šesti...“ (paragrafů obecné části nového trestního zákona České republiky – 2002). *Trestněprávní revue*, 2003, č. 1, s. 1-5.

¹⁵⁶ KOLESÁR, Juraj. In: BURDA, Eduard. *Trestný zákon: všeobecná část: komentár. I. diel.* V Prahe: C. H. Beck, 2010, s. 32. ISBN 978-80-7400-324-0.

¹⁵⁷ IVOR, J. a kol. *Trestné právo hmotné. 1, Všeobecná časť.* Bratislava: Iura Edition, 2006, s. 87. ISBN 80-8078-099-4.

¹⁵⁸ KOLESÁR, Juraj. In: BURDA, Eduard. *Trestný zákon: všeobecná část: komentár. I. diel.* V Prahe: C. H. Beck, 2010, s. 32, 34. ISBN 978-80-7400-324-0.

přesné. Ve zmíněných případech přečinů si totiž zákonodárce s deklarovaným přístupem nevystačil, protože se navrácí k tomu, co bylo dříve označováno jako stupeň nebezpečnosti pro společnost, a to s jediným rozdílem, že jej dnes nahrazuje pojmem „nepatrná závažnost“ (u mladistvého pak „malá závažnost“).¹⁵⁹

Podle ust. § 10 odst. 2 slovenského TZ se o přečin nejedná, pokud vzhledem ke způsobu provedení činu a jeho následkům, okolnostem, za kterých byl čin spáchán, míře zavinění a pohnutce pachatele je jeho závažnost nepatrná (v případě mladistvých pachatelů pak tedy dle ust. § 95 odst. 2 slovenského TZ závažnost malá).¹⁶⁰

Kolesár v komentáři k § 10 odst. 2 slovenského TZ hovoří o výjimce z formálního pojetí, která se dá vykládat dvěma způsoby. Za prvé jako způsob, který do formálního pojetí trestného činu zavádí možnost uplatnění tzv. materiálního korektivu. Takový výklad znamená, že přečin má toliko formální znaky (znaky skutkové podstaty trestného činu), ovšem pro případy potřeby korekce přílišné tvrdosti formálního pojetí, mohou být použity určitá materiální kritéria, která jsou-li zvažena a zjistí-li se nízká závažnost přečinu, způsobují, že daný čin není přečinem. Druhý způsob pak považuje rozebírané ustanovení za materiální znak přečinu, tedy jako jeden z jeho základních znaků trestného činu (výhradně přečinu, jehož znaky jsou uvedeny ve slovenském TZ). Byť autor preferuje druhý způsob výkladu výjimky z formálního pojetí, dospívá k závěru, že praktické důsledky obou těchto teoretických výkladů jsou shodné. Je-li tedy závažnost činu vykazujícího formální znaky přečinu nepatrná (či u mladistvých malá), o přečin se nejedná. Závažnost přečinu musí být obligatorně zvažována při rozhodování o každém přečinem vykazujícím formální znaky přečinu, a není tak na libovůli orgánů činných v trestním řízení ani soudu, zda ji posuzovat budou či nikoliv.¹⁶¹

Materiální znak (materiální korektiv) je určován souborem několika skutečností (způsob spáchání činu a jeho následky, okolnosti, za nichž byl čin spáchán, míra zavinění pachatele, a pohnutka pachatele), které je třeba posuzovat v každém jednotlivém případě zvlášť a nelze je třeba předem konkrétně definovat a vymezit. Obdobné využití materiálního znaku (materiálního korektivu) přichází

¹⁵⁹ IVOR, J. a kol. *Trestné právo hmotné. 1, Všeobecná časť*. Bratislava: Iura Edition, 2006, s. 88. ISBN 80-8078-099-4.

¹⁶⁰ §10 odst. 2, §95 odst. 2 zákona č. 300/2005 Z. z., Trestný zákon, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶¹ KOLESÁR, Juraj. In: BURDA, Eduard. *Trestný zákon: všeobecná časť: komentár. I. diel. V* Prahe: C. H. Beck, 2010, s. 50. ISBN 978-80-7400-324-0.

do úvahy též u mladistvých, kdy soubor zmiňovaných skutečností je obdobný, akorát nadto doplněný o poznání osoby mladistvého z hlediska jeho rozumové a mravní vyspělosti, přičemž je třeba posoudit, do jaké míry mladistvý vnímal závažnost svého jednání. Možnost uplatnění materiálního znaku Kolesár nevnímá jako „krok zpět“. Zákonodárce jeho prostřednictvím umožnil za jasně definovaných podmínek rozlišit kritéria pro příslušný procesní postup, jak objektivně posoudit protiprávní jednání a stanovit odpovídající sankci.¹⁶²

Nutno ještě doplnit, že v případě zločinů, slovenský TZ jakékoliv uplatnění materiálního znaku nepřipouští, když v § 11 odst. 1 definuje zločin jako úmyslný trestný čin, za který tento zákon ve zvláštní části stanoví trest odnětí svobody s horní hranicí trestní sazby převyšující pět let, a žádnou výjimku z uvedeného nezakotvuje.¹⁶³

Po výše rozepsaném lze dospět k závěru, že ani slovenský TZ a potažmo slovenské trestní právo hmotné „nestojí“ na formálním pojetí trestného činu, jelikož materiální korektiv byl zachován u kategorie přečinů. Čistě formální pojetí tak lze spatřovat pouze u kategorie zločinů (nutno zdůraznit, že tato kategorie není doplněna žádným procesním korektivem trestního bezpráví).

Kratochvíl diskutované řešení na Slovensku v jednom svém příspěvku kritizuje, když současně rozebírá nastavení procesní opportunity v zákoně č. 301/2005 Z. z., Trestný poriadok, ve znění pozdějších předpisů (v práci též „slovenský TR“). Poukazuje na to, že platný slovenský TR s procesní systémovou oportunitou¹⁶⁴ nepočítá. Tento přístup pokládá za dostačující toliko ve vztahu

¹⁶² Tamtéž. s. 51-52, 613.

¹⁶³ § 11 odst. 1 zákona č. 300/2005 Z. z., Trestný zákon, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶⁴ Kratochvíl v příspěvku odkazuje na Pipkovo pojetí tzv. procesní systémové (absolutní) opportunity (uveřejněné v: PIPEK, Jiří. Formální pojetí trestného činu a princip opportunity. *Trestněprávní revue*, 2004, č. 11, s. 309–320: „Na první pohled paradoxně má při naplňování tohoto úkolu zásady legality rozhodující význam zásada opportunity, považovaná za výjimku ze zásady legality nebo dokonce za její opositum... Především tím, že trestně procesně koriguje mechanické prosazování trestní odpovědnosti. V tomto pojetí „klasická“ legalita určuje rámeček, ve kterém se trestní orgány mají věci zabývat, když oportunita dává prostor pro posouzení a rozhodnutí o tom, zda v konkrétním případě bude též naplněn smysl materiálního trestního nároku... Princip opportunity v praxi znamená, že přes existující podezření ze spáchání trestného činu je možno na základě úvahy příslušného trestního orgánu upustit od stíhání.“ Oportunita se dle Pipka může opírat o různé důvody, přičemž v případě absolutní opportunity by měl být absolutním důvodem pro aplikaci opportunity chybějící veřejný zájem, jak to vyplývá z podstaty materiálního trestního nároku. Nepřítomnost veřejného zájmu pak neopodstatňuje materiální a ani procesní trestní nárok. „Absence veřejného zájmu ... má z hlediska své reálné podstaty stejný význam a je stejně závažná jako absence důvodů opodstatňujících trestní stíhání nebo podání žaloby. Proto je nutno ji považovat za absolutní důvod pro aplikaci principu opportunity. Proto by také měla vést, stejně jako by byla zjištěna nepřítomnost materiálního trestního nároku, ke stejným důsledkům a ke stejnému rozhodnutí, kterým obecně je povinnost upustit od stíhání. Absence veřejného zájmu na trestním stíhání je srovnatelná, ne-li fakticky totožná (zastávám spíše názor, že totožná) s absencí stejného zájmu i jako důvodu pro stanovení a formulaci trestní odpovědnosti v

k přečinům opírajícím se o formálně-materiální řešení, jelikož tzv. odpadá v našem (českém trestním právu) často kritizovaná duplicitní úprava trestního bezpráví (míněno v podobě hmotněprávního i procesněprávního korektivu). Naopak pokud jde o kategorii zločinů, u nichž jak bylo výše rozebráno, se uplatní čistě formální pojetí, nenabízí slovenské trestní právo (logicky krom hmotněprávního) ani procesněprávní korektiv trestního bezpráví – míněno v podobě systémové a absolutní procesní oportunity. Kratochvíl takové řešení vnímá spíše jako opomenutí. Celkově pak slovenské „řešení“ pokládá za polovičaté.¹⁶⁵

Zásada subsidiarity trestní represe ani princip ultima ratio ve slovenském TZ výslovně zakotvené nejsou. V učebnicích trestního práva k nim nalezneme ve stručnosti tolik, že zmíněná zásada jest vyjádřením myšlenky, podle které trestněprávní řešení představuje ultima ratio jak pro zákonodárce, tak pro soud. Trestní právo představuje nejzazší prostředek ochrany společnosti před závažnými protiprávními útoky fyzických osob, jelikož jde o prostředek nejpřísnější, který má stát k dispozici. Doplnuje ochranu poskytovanou normami jiných právních odvětví a nastupuje v případě, pokud se ostatní prostředky ochrany ukáží jako neúčinné a neexistuje tedy jiné než trestněprávní řešení, pokud by pasivita státu mohla vést ke svévolnosti, anarchii a chaosu. I v právu slovenském se v právní teorii vyskytují názory, že trestní právo má až druhotný charakter a je odvislé od dalších právních odvětví. Princip ultima ratio nezavazuje toliko zákonodárce, nicméně i právní praxe má používat trestní právo až v případě, že ostatní prostředky nejsou dostačující. Zákonodárce by měl však důsledně uvážit, které případy trestněprávně kriminalizovat, a kde naopak uplatnit pouze občanskoprávní, obchodněprávní, pracovněprávní či jinou právní odpovědnost.¹⁶⁶

4.4 Poznatky zjištěné z komparativního zkoumání zahraničních úprav

Vzhledem ke zjištěným informacím, které, jak doufám, ve stručné, ale zároveň pak v odpovídající a potřebné míře popisují v této komparativní kapitole,

materiálním právu. I z tohoto důvodu si vyžaduje z hlediska systematického a legislativně technického samostatnou úpravu a vyčlenění z relativních důvodů oportunity.“)

¹⁶⁵ KRATOCHVÍL, Vladimír. Pojetí trestného činu v osnově českého trestního zákoníku 2007/2008 a některé trestně procesní souvislosti. In: ZÁHORA, Jozef (ed.). *Rekodifikácia trestného práva – doterajšie poznatky a skúsenosti: zborník príspevkov z celoštátneho seminára s medzinárodnou účasťou konaného dňa 21. apríla 2008*. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, Fakulta práva, 2008, s. 40-41. ISBN 978-80-89363-03-2.

¹⁶⁶ IVOR, J. a kol. *Trestné právo hmotné. 1, Všeobecná časť*. Bratislava: Iura Edition, 2006, s. 24, 28. ISBN 80-8078-099-4.

lze učinit závěr, že v žádném ze zmíněných právních řádů není zásada subsidiarity trestní represe v tamních trestních zákonech explicitně vyjádřena (na rozdíl od českého trestního zákoníku). V Rakousku jakýsi, snad mohu říci, „podobný“ model našeho aktuálního materiálního korektivu trestního bezpráví existoval do roku 2008, kdy se Rakousko rozhodlo pro změnu a přechod na čistě formální pojetí. A stejně jako je tomu v Německu, korigují tyto právní řády trestní bezpráví v rámci trestního práva procesního. Opakuji, že Slovensko na čistě formální pojetí nepřešlo, byť takový přechod deklaruje, jelikož materiální korektiv u přečinů zachovává. Zásada subsidiarity trestní represe ani princip ultima ratio však legislativně zakotvené nejsou ani v jednom ze zmíněných zahraničních trestních zákonících a české trestní právo (trestní zákoník) je v tomto ohledu jakousi raritou.

5 ÚVAHY „JAK NAKLÁDAT SE ZÁSADOU SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESY“ DO BUDOUCNA

Jak jsem v úvodu práce nastínila, a jak vyplývá především z kapitoly třetí věnované subsidiaritě trestní represe v platné právní úpravě, a to jak jejímu legislativnímu zakotvení, teoretickým přístupům k jejímu soudobému pojmání a aplikačním rozměrům zásady subsidiarity, včetně zohlednění a rozboru rozhodovací soudní praxe k tématu, nelze ještě dnes hovořit o tom, že by se jednalo o téma „časem ustálené a vyjasněné“, a to ani po více než desetileté účinnosti trestního zákoníku. Nelze nezdůraznit, že nejpálčivější oblastí je v souvislosti s diskutovaným tématem práce právě aplikační rozměr zásady subsidiarity a rozdílné, často až protichůdné, názory na uplatnění zásady subsidiarity trestní represe v trestněprávní teorii i praxi.

Situaci příliš nezměnilo ani vydání Stanoviska NSČR, jemuž je ve třetí kapitole věnován rovněž příslušný oddíl podkapitoly 3.3, a které se pokusilo podat návod komplexnějšího řešení ve Stanovisku nastolených otázek a „sjednotit“ rozkolísaný výklad a uplatňování ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku v praxi, a to nejen ze strany samotného Nejvyššího soudu. Nerada bych, aby nezaznělo, že vydání Stanoviska bylo v době jeho vydání pro právní praxi v mnoha ohledech nesporným přínosem, nicméně jak čas ukázal, závěry ve Stanovisku obsažené (nyní bez ohledu na vnitřní rozpor některých závěrů objevující se již ve Stanovisku samotném) neguje ve svých později vydaných rozhodnutích (krom obecných soudů) i samotný Nejvyšší soud (stejně tak v protikladu s nimi rozhoduje i Ústavní soud), jak plyne z obsahu vydaných soudních rozhodnutí a jak jsem poukázala v podkapitole 3.2. Typickým příkladem jest, pokud Stanovisko deklaruje stávající pojetí obsažené v trestním zákoníku jako formální pojetí s materiálním korektivem (*„Trestným činem je podle trestního zákoníku takový protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v tomto zákoně (§ 13 odst. 1 tr. zákoníku). Zásadně tedy platí, že každý protiprávní čin, který vykazuje všechny znaky uvedené v trestním zákoníku, je trestným činem a je třeba vyvodit trestní odpovědnost za jeho spáchání. Tento závěr je však v případě méně závažných trestných činů korigován použitím zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku... Společenská škodlivost není zákonným znakem trestného činu, neboť*

má význam jen jako jedno z hledisek pro uplatňování zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku... Zásada subsidiarity trestní represe představuje svým způsobem materiální korektiv dosahu trestního bezpráví, který je formálně vymezen, zejm. z hlediska viny, zákonnou definicí trestného činu v obecné části trestního zákoníku (§ 13 odst. 1 tr. zákoníku) a skutkovými podstatami trestných činů ve zvláštní části trestního zákoníku (§ 140 a násl. tr. zákoníku).“). V posléze vydaných soudních rozhodnutích (cituji z již vybraných rozhodnutí obsažených a diskutovaných v podkapitole 3.2 této práce) při aplikaci zásady subsidiarity ve skutečnosti postupují soudy tak široce, že v podstatě „případ od případu“ vycházejí též z pojetí formálně-materiálního až dokonce materiálně-formálního. Kupříkladu v rozhodnutí sp. zn. 8 Tdo 1362/2016 Nejvyšší soud i přes naplnění formálních znaků kvalifikované skutkové podstaty přečinu zpronevěry (shodně s odvolacím soudem) konstatoval nedostatečnou společenskou škodlivost, a shledal, že jsou splněny podmínky pro použití § 12 odst. 2 trestního zákoníku se závěrem, že pro nedostatek společenské škodlivosti o trestný čin nejde, byť poškozené společnosti škoda vznikla, pak tato „materiálně jednáním obviněných neutrpěla výrazné bezpráví, neboť využila všech instrumentů, které jí právní řád umožňuje k tomu, aby se domohla i zbylého plnění, které jí náleží“ a poukázal na probíhající občanskoprávní řízení souběžně vedené s řízením trestním. Připomenu i rozhodnutí 6 Tdo 1750/2016 týkající se případu spáchání přečinů podvodu podle § 209 odst. 1, 3 trestního zákoníku, v nichž pachatel bez vědomí své někdejší manželky a svých dvou dcer čerpal po zfalšování jejich podpisů prostředky z jejich stavebních spoření a odvolací soud dospěl k závěru o nutnosti užití zásady subsidiarity trestní represe s tím, že „k jednání obžalovaného došlo za souběhu natolik pro něj nepříznivých okolností způsobených odchodem manželky, na jejíž stranu se přidaly dcery, že jeho kriminalizace by neodpovídala duchu zákona“, tedy v rámci posuzování trestní odpovědnosti obviněného soud vyzdvihoval takové okolnosti spáchaných skutků, k nimž v zásadě nemůže být přihlédnuto při úvaze o vině, neboť tyto jdou široce mimo rámec skutkové podstaty souzeného trestného činu, nicméně v tomto druhém případě (což jen pro upřesnění připomínám) Nejvyšší soud správně zareagoval a konstatoval nepřipustnou aplikaci zásady subsidiarity. Upozorním i rozhodnutí Ústavního soudu vydané pod sp. zn. II. ÚS 3080/16 týkající se kauzy squattingu, kde Ústavní soud vyjádřil poměrně zjednodušující a neúplný závěr, podle něhož „Užití trestněprávního postupu, aniž by byly použity dostupné

prostředky jiných právních odvětví, by odporovalo principu subsidiarity trestní represe“. Neříkám, že s konsekvencemi takových shora citovaných rozhodnutí a vyslovenou (bez)trestností „pachatelů“ v těchto věcech v konečném důsledku nesouhlasím, nicméně otázkou k zamyšlení nepochybně je, zda by oné beztrestnosti v jednotlivých případech nebylo možno dosáhnout jiným řešením, které trestní právo (včetně trestního práva procesního) nabízí, než tak širokým a nestabilním uplatňováním zásady subsidiarity, které jak jsem již vyjádřila zároveň nijak nerespektuje rámec právních vět a závěrů Stanoviska NSČR. Nemůžeme totiž pominout fakt, že nadále přetrvávající rozkolísanost aplikační praxe, pokud jde o uplatnění zásady subsidiarity trestní represe, takováto nejednotnost (až nestálost) v přístupu k (ne)uplatnění trestní odpovědnosti a při řešení otázky, zda byl spáchán trestný čin či nikoliv, ze strany rozhodovací soudní praxe jen umocňuje.

5.1 Vlastní poznatky ke stávajícímu pojetí trestného činu v trestním zákoníku

Po seznámení se s podstatnou právní teorií a rozhodovací soudní praxí k tématu, kterou jsem doufám v míře nezbytné, výstižné, a nikoliv nadbytečně rozvláčné představila v jednotlivých kapitolách této práce (především pak v kapitole třetí), vnímám osobně jako zásadní potíž aktuální právní úpravy až přepjatou a nedůslednou snahu „odstříhnout se za každou cenu“ od předchozí právní úpravy, lépe řečeno od někdejšího materiálního, respektive materiálně – formálního pojetí trestného činu a deklarovat založení trestního zákoníku na formálním pojetí trestného činu, jelikož tato deklarace ve skutečnosti nereflektuje zákonodárcem zvolené řešení (zakotvení ustanovení § 12 odst. 2 do trestního zákoníku) a ukazuje se spíše jako jakési nenaplněné přání.

Jak jsem popisovala ve třetí kapitole, podle Šámala byla cílem zavedení formálního pojetí taktéž snaha omezit volnost uvážení orgánů činných v trestním řízení a zvýšit jednotnost při výkladu a aplikaci trestního zákona¹⁶⁷, kdy tento cíl podle mého nebyl ve skutečnosti naplněn, což dokládá nejen roztržičnost právní teorie, ale zejména samotná rozhodovací soudní praxe a její nejednotnost právě v otázce uplatňování zásady subsidiarity a často absolutní nepochopení jejich limitů.

¹⁶⁷ ŠÁMAL, Pavel. K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku. *Právní rozhledy*, 2007, č. 17, s. 637.

Jakkoliv zákonodárce v důvodové zprávě trvá na tom, že diskutované ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku není negací deklarovaného formálního pojetí a poukazuje, že společenská škodlivost není samostatným znakem trestného činu (z důvodové zprávy k § 12 trestního zákoníku: *„Zakotvení zásady subsidiarity trestní represe a z ní vyplývajícího principu „ultima ratio“ do trestního zákoníku má význam i interpretační, neboť znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby za trestný čin byl považován jen čin společensky škodlivý. Zároveň neznamená návrat k materiálnímu pojetí trestného činu, neboť není součástí definice trestného činu uvedené v § 13, když zásada subsidiarity trestní represe a z ní vyplývající princip „ultima ratio“ se uplatňuje mimo definici trestného činu. Z tohoto důvodu se používá v zahraničí i v soudní praxi těch států, jejichž pojetí trestného činu je ryze formální. Uvedené ustanovení tedy neznamená negaci formálního pojetí trestného činu, a to z toho důvodu, že i když v převážné většině trestních zákoníků v klasických demokraciích je trestný čin shodně s návrhem trestního zákoníku vymezen jako jednání protiprávní a trestné na podkladě formálních znaků trestného činu, je zároveň vždy chápán jako souhrn takových znaků, které ho ve svém souhrnu charakterizují jako čin společensky škodlivý, před kterým je třeba společnost i jednotlivé občany chránit, neboť porušuje základní právní statky, na nichž je vybudována demokratická společnost.“*¹⁶⁸), přičemž ke stejnému závěru v podstatě dospívá i Stanovisko NSČR (z odůvodnění k právní větě ad I. Stanoviska *„Z toho vyplývá, že přístup trestního zákoníku k vymezení vztahu pojmu trestného činu a zásady subsidiarity trestní represe neznamená návrat k materiálnímu pojetí trestného činu ve smyslu platného trestního zákona, neboť zásada subsidiarity trestní represe se uplatňuje vedle obecné definice trestného činu ve smyslu § 13 odst. 1 tr. zákoníku. Přitom je však třeba zdůraznit, aby to nebylo špatně pochopeno, že její použití či uplatnění nestojí mimo znaky konkrétního spáchaného trestného činu a dalších zpravidla souvisejících trestněprávních institutů ve shora uvedeném smyslu. Ustanovení § 12 odst. 2 tr. zákoníku tedy neznamená negaci formálního pojmu (definice) trestného činu, a to proto, že přestože je trestný čin v ustanovení § 13 odst. 1 tr. zákoníku vymezen jako jednání protiprávní a trestné na podkladě formálních znaků trestného činu, je zároveň chápán jako souhrn takových znaků, které ho ve*

¹⁶⁸ Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb. trestní zákoník, č. 40/2009 Dz., s. 197. Pramen: Poslanecká sněmovna Parlamentu [online]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=5&ct=410&ct1=0>.

svém celku charakterizují jako čin společensky škodlivý, před kterým je třeba společnost i jednotlivé fyzické a právnické osoby chránit, neboť porušuje základní právní statky, na nichž je vybudována demokratická společnost“), domnívám se, že ve skutečnosti opak je pravdou. Obdobně jako dospívají kupříkladu Pipek, Kratochvíl a Kandová k závěrům, že pojetí trestného činu v trestním zákoníku je de lege lata ve skutečnosti formálně-materiální, dospívám k témuž závěru i já. Mám za to, že přes výše připomenutá „utvrzování“ o formálním pojetí s jaksí „vedle stojícím“ korektivem v podobě ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, toto ustanovení ve skutečnosti součástí definice trestného činu je, jelikož ji takzvaně „dopracovává“.

Pakliže Nejvyšší soud ve Stanovisku (odůvodnění k právní větě ad I. Stanoviska) uzavírá, že při aplikaci zásady subsidiarity a úvaze o naplnění znaků daného trestného činu musí být tato použita v průběhu celé interpretace a aplikace konkrétní trestněprávní normy¹⁶⁹, pak toto mnou vyřčený závěr uvedený v předchozím odstavci jen podporuje.

Zároveň na podporu vyřčeného závěru připomenu, jak jsem v oddíle 3.1.5 popsala, že nejnovější (Ščerbův) komentář k trestnímu zákoníku rozlišuje v podstatě tři teoretické přístupy k zásadě subsidiarity trestní represe, a sice hmotněprávní, procesní a kombinovaný. Následně vykládá, že jádrem hmotněprávního přístupu je pochopitelně existence materiálního znaku trestného činu, který je zpravidla součástí zákonné definice trestného činu. Nicméně, jak trefně dodává, ve skutečnosti **nezáleží na tom, jak je onen materiální znak zakotven, avšak na tom, zda vytváří právní podmínku pro vyvození trestní odpovědnosti**. Tedy bez ohledu své právní zakotvení tvoří materiální znak vždy součást pojmu trestný čin, jinak by se nejednalo o hmotněprávní přístup. Po zhodnocení všech teoretických přístupů k zásadě subsidiarity trestní represe i avizovaný komentář dospívá k názoru, že současná právní úprava vychází z hmotněprávního přístupu, což plyne právě z existence ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku.

¹⁶⁹ „Pokud jde o aplikaci zásady subsidiarity trestní represe při úvaze, zda určité konkrétní jednání pachatele naplňuje znaky uvažovaného trestného činu či nikoli, je třeba mít na paměti, že nejde o samostatný znak trestného činu, který by se hodnotil mimo formální znaky trestného činu, jak tomu bylo při materiálním pojetí trestného činu, ale o zásadu, která musí být zvažována a případně použita v průběhu celé interpretace a aplikace konkrétní trestněprávní normy“.

5.2 Úvahy de lege ferenda

Onen v předchozí podkapitole diskutovaný nesoulad deklarovaného a faktického pojetí trestného činu v trestním zákoníku, který za současné podoby a zakotvení zásady subsidiarity do ustanovení § 12 odst. 2, tedy (cíleně) mimo definici trestného činu, působí značně nekoncepčně, by bylo možno upravit v ideálním případě odpovídající změnou právní úpravy.

Jednou z možných cest změny právní úpravy, pokud se pohybují v intencích současného zachování zakotvení zásady subsidiarity jako materiálního znaku trestného činu, který je částí právní teorie toliko dovozován (a částí zase odmítán/popírán), by bylo zařazení stávajícího znění ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku (*„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“*) za ustanovení § 13 odst. 1 trestního zákoníku (*„trestným činem je protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně“*), tedy výslovné zakotvení do ustanovení § 13 trestního zákoníku. Takovým postupem by byl podle mého jakousi „nejsnazší a nejméně bolestivou“ formou odstraněn alespoň onen přetrvávající chaos v podobě nejistoty, které pojetí trestného činu trestní zákoník vlastně zastává, a bylo by v podstatě deklarováno pojetí trestného činu formálně-materiální se všemi teoretickými i praktickými důsledky z toho plynoucími (orgány činné v trestním řízení by tak při posuzování otázky viny pachatele posuzovaly vedle naplnění formálních znaků trestného činu rovněž naplnění materiálního znaku trestného činu v podobě společenské škodlivosti činu).

Obávám se však, že vzhledem k tomu, že takový postup by byl vlastně zcela protichůdným postupem k původnímu záměru (v podstatě by byl jeho popřením) tvůrců trestního zákoníku („odpoutat“ se od předchozího materiálního, respektive materiálně – formálního pojetí trestného činu zastávaného trestním zákonem, vymanit se z jakýchkoliv podobností „minulé“ doby a nastolit ryze formální pojetí trestného činu, byť nakonec s materiálním korektivem), ke změně právní úpravy alespoň v brzké době nedojde. Jelikož si tedy nemyslím, že by ke změně právní úpravy v této navrhované podobě reálně mohlo v blízké době dojít, přijde mi nadbytečné sáhodlouze rozebírat úskalí, která by bylo nezbytné v souvislosti s takovou změnou zároveň vyřešit, jelikož by bylo nerozumné domnívat se, že „pouhý“ přesun dotčeného ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku a koncepční

nastolení formálně-materiálního pojetí by vyřešily veškerá úskalí a veškeré nejasnosti, které v sobě toto ustanovení v jeho aktuální podobě skrývá (ať již hovořím kupříkladu o nevhodném postupu při určování kritérií společenské škodlivosti jejich analogickým výkladem prostřednictvím ust. § 39 odst. 2 trestního zákoníku nabízeným důvodovou zprávou, byť překlenutí této překážky se dá překonat; absenci ustanovení o tom, že při nedostatku znaků vymezujících společenskou škodlivost, nepůjde o čin společensky škodlivý; anebo o problematické druhé části ustanovení „*ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu*“, které je značně obecné a v právní teorii i praxi (soudní praxi nevyjímaje) působí rovněž obtíže, na což v této práci rovněž poukazuji a nepovažuji za potřebné detaily znovu opakovat).

Aplikační praxe si tak bude muset i nadále poradit s praktickými důsledky ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku sama. V další části práce z tohoto důvodu představím své vlastní úvahy, jimiž by se praxe mohla při uplatňování avizovaného ustanovení a zásady subsidiarity řídit, je-li posuzována otázka (ne)xistence trestní odpovědnosti (otázka viny), přičemž opakuji, že vycházím ze závěru, že současná úprava trestního práva hmotného vychází z přístupu hmotněprávního, jak jej teoreticky popsal Ščerbův komentář, a že **pojetí trestného činu v trestním zákoníku je de lege lata ve skutečnosti formálně-materiální**. Aby byl určitý čin posouzen jako trestný čin, musí být krom naplnění všech formálních znaků skutkové podstaty naplněn rovněž materiální znak, a sice že **čin musí být (dostatečně) společensky škodlivý**.

Je třeba hned na úvod zdůraznit nezbytnost vycházet vždy z toho, že pakliže zákonodárce určitý čin kriminalizoval jako čin trestný, a pachatel naplní veškeré formální znaky takového činu, **bude se o trestný čin zpravidla jednat**. Orgány činné v trestním řízení však nemohou postupovat čistě mechanicky, nýbrž musí zkoumat, zda se v konkrétním případě má uplatnit zásada subsidiarity trestní represe či nikoliv, pakliže konkrétní okolnosti případu nasvědčují tomu, že nejde o případ společensky škodlivý.

Pokud jde o **východiska pro stanovení kritérií společenské škodlivosti**, pak poslouží kritéria uvedená v § 39 odst. 2 trestního zákoníku, nicméně s výhradou opakovaně v této práci zmiňovanou, a sice, že jsou kritérii společenské škodlivosti samy o sobě, nikoliv v podobě pochybného odkazu obsaženého v důvodové zprávě k trestnímu zákoníku (blíže v oddíle 3.1.5). Výčet kritérií společenské škodlivosti může být zajisté i širší, než jest uvedeno v ustanovení § 39 odst. 2

trestního zákoníku, avšak **vždy se musí pohybovat ve skutkových okolnostech relevantních pro posouzení otázky viny** (nikoliv ji přesahovat – viz kupříkladu typicky nepřipustným zohledňováním chování pachatele po spáchání činu, krátkodobému následku trestného činu, neuspokojivým/složitým vztahům mezi pachatelem a poškozeným atp.).

Zároveň je třeba vycházet z toho, že **uplatnění zásady subsidiarity trestní represe nelze dopředu omezovat ani obecně limitovat**, jak požadoval Nejvyšší soud ve svém Stanovisku, v němž například z hlediska kategorizace trestných činů ve smyslu § 14 trestního zákoníku požadoval vyloučit z dosahu aplikace zásady subsidiarity trestní represe (a současně z ní vyplývajícího principu ultima ratio) případy zvláště závažných zločinů a zpravidla i zločinů, neboť jak část právní teorie poměrně přesvědčivě upozorňuje, zásadu subsidiarity trestní represe v intencích formálně-materiálního pojetí trestného činu lze uplatňovat jako interpretační pravidlo i při výkladu znaků základní skutkové podstaty kupříkladu u zvláště závažného zločinu loupeže (viz kritika k tomuto tématu obsažená v oddíle 3.3.1). Je proto nezbytné ponechat na orgánech činných v trestním řízení, aby zvážily při posuzování materiální stránky činu dle konkrétních okolností případu onu společenskou škodlivost činu, nikoliv dopředu bez znalostí konkrétních okolností případu vyloučit z dosahu aplikace zásady subsidiarity zmiňované kategorie trestných činů. Stejně tak nelze předem vyloučit možnost aplikovat zásadu subsidiarity na případy, kdy byly jednáním „pachatele“ naplněny formální znaky kvalifikované skutkové podstaty toho kterého trestného činu, což ostatně z rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 1362/2016 vydaném o 4 roky později po přijetí sjednocujícího Stanoviska přímo vyplývá. Jaksi nedorěšenou „otázkou“ v případě kvalifikovaných skutkových podstat a aplikovatelnosti zásady subsidiarity zůstává otázka okolností podmiňujících použití vyšší trestní sazby, kdy podle Stanoviska NSČR nelze zásadu subsidiarity trestní represe přímo využít, a proto naplnil-li pachatel znaky kvalifikované skutkové podstaty trestného činu, nelze posoudit takové jednání podle mírnější právní kvalifikace téže skutkové podstaty jen s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe. Zde uvedený závěr je dle Nejvyššího soudu ovšem opět důsledkem toho, že materiální znak již není pojmovým znakem trestného činu (součástí jeho definice v § 13 odst. 1 trestního zákoníku). Jak jsem ale vyjádřila svůj názor v předchozí podkapitole 5.1, a sice že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku ve skutečnosti součástí definice trestného činu podle mne je a že pojetí trestného činu

v trestním zákoníku je de lege lata formálně-materiální, musí být nutně i tento závěr vztahující se k aplikovatelnosti zásady subsidiarity na otázku okolností podmiňujících použití vyšší trestní sazby při úvahách de lege ferenda modifikován a uplatnění zásady subsidiarity trestní represe na případy okolností podmiňujících použití vyšší trestní sazby (a tím pádem možnost posouzení takového jednání podle mírnější právní kvalifikace téže skutkové podstaty) je zapotřebí připustit. Zkrátka je vždy nezbytné ponechat na orgánech činných v trestním řízení, aby za stávajícího znění ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku zvážily při posuzování materiální stránky činu dle konkrétních okolností případu onu společenskou škodlivost činu, nikoliv dopředu bez znalostí konkrétních okolností případu vyloučit z dosahu aplikace zásady subsidiarity jednotlivé kategorie trestných činů, byť si všichni bezpochyby dovedeme představit, že nejčastěji bude zásada aplikována na kategorii přečinů.

Na zakončení této podkapitoly se nabízí poskytnout ještě pohled na uplatnění ze zásady subsidiarity plynoucího principu ultima ratio a užití trestního práva slovy trestního zákona až tehdy, pokud *„nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu“*, jelikož i v tomto ohledu se ukázala býti aplikace § 12 odst. 2 trestního zákona problematická a nejednoznačná (poukazují opětovně na rozhodnutí Ústavního soudu týkající se kauzy squattingu – viz oddíl 3.2.2, kde Ústavní soud vyjádřil problematický závěr, podle něhož *„Užití trestněprávního postupu, aniž by byly použity dostupné prostředky jiných právních odvětví, by odporovalo principu subsidiarity trestní represe“*). Při řešení otázky interakce odpovědnosti trestní a odpovědnosti podle jiného právního předpisu je třeba vycházet z toho (jak trefně vystihnul Ščerbův komentář), že formulace *„pokud nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu“* neznamená, že by si tato jiná právní odvětví nevystačila vůbec, nýbrž že uplatněním jejich mechanismů by nebyla vystižena úplná protispolečenská závadnost dané situace. Na tomto místě znovu zopakují, že pakliže zákonodárce určitý čin kriminalizoval, a pachatel naplní veškeré formální znaky takového činu, bude se o trestný čin zpravidla jednat. Nelze ignorovat, že nedojde-li k uplatnění trestní odpovědnosti tam, kde měla být uplatněna, zůstane nepotrestáno zasažení zájmu chráněného trestním zákonem. **Samotná existence mimotrestního prostředku právní ochrany, převažující soukromoprávní charakter jednání, jakož ani předchozí (ať již úspěšné či neúspěšné) využití mimotrestních prostředků právní ochrany před prostředky práva trestního, neznamenají bez dalšího**

automatické vyloučení trestněprávní odpovědnosti z důvodu subsidiarity trestní represe. Naopak orgány činné v trestním řízení musejí zvažovat otázku (ne)uplatnění subsidiarity trestní represe v každém takovém konkrétním případě, ve kterém konkrétní okolnosti nasvědčují tomu, že nejde o případ společensky škodlivý.

6 ZÁVĚR

V úvodní kapitole této práce jsem vymezila cíle, které jsem si před jejím sepsáním vytyčila, a na tomto místě se nabízí zhodnotit, zda se mi jich podařilo dosáhnout.

Jak jsem v práci uvedla, české trestní právo, a především trestní zákoník, je pokud jde o legislativní zakotvení zásady subsidiarity trestní represe a souvisejícího principu ultima ratio do trestního kodexu jakousi raritou, kterou v zahraničních trestních kodexech (minimálně ne v těch, které jsou v práci porovnávány) nenacházíme. O tom, že se však nejedná o novinku trestního zákoníku českému trestnímu právu cizí, svědčí především kapitola druhá, v rámci které jsem, věřím, v potřebném rozsahu představila a přiblížila jejich vývoj. Konkrétně v podkapitole 2.1 přibližuji a představuji historický vývoj subsidiární povahy trestní hrozby v českém trestním právu, jehož počátky sahají do počátků dvacátého století, kdy se objevovaly první česky publikované úvahy představitelů české právní vědy k tématu, které zmiňuji. Ty se zaměřovaly zpočátku především na vymezení vztahu práva trestního k právu civilnímu, vyjádření účelu (úlohy) trestního práva hmotného, porovnání protiprávnosti (a sankce) trestní versus civilní, formální a materiální protiprávnosti, zásadou zákonnosti, přičemž ve třicátých letech se v dílech A. Mířičky objevují pojmy ekonomie a subsidiárnost trestní hrozby. Ten hovoří přímo o nebezpečí přepínání trestní moci a upřednostnění mimotrestních prostředků nápravy, jsou-li dostatečné k ochraně příslušného právního statku. Následovalo období po nástupu komunismu, které na další desetiletí ovlivnilo české trestní právo právem sovětským, a v té době došlo k odvržení od formálního pojetí k pojetí materiálnímu (materiálně-formálnímu) ovšem značně ovlivněnému dobovým politickým vývojem. Do popředí se dostala nebezpečnost jednání pro společnost jakožto materiální podmínka trestného činu. Zásada pomocné úlohy trestní represe byla v těchto dobách spíše otázkou v právní teorii formálně proklamovanou, v praxi naopak v rozporu s ní docházelo k přepínání trestní represe. V podkapitole 2.2 se zaměřuji na subsidiaritu trestní represe v trestním zákoně č. 140/1961, tedy přímém předchůdci platného a účinného trestního zákoníku. Ten zachoval materiální (materiálně-formální) pojetí trestného činu, v jeho rámci došlo k zakotvení kritérií nebezpečnosti činu pro společnost a zároveň stanovení, že při nepatrném stupni nebezpečnosti činu pro

společnost se o trestný čin nejedná (u mladistvých to byl stupeň malý). Trestní právo mělo mít ve vztahu k jiným právním odvětvím pouze pomocnou úlohu a mělo být uplatňováno jen v nejzávažnějších případech, kde ochranné prostředky jiných právních odvětví nepostačí. Příмым důsledkem zásady pomocné úlohy trestní represe byla zásada ekonomie trestní represe, podle níž lze trest užít jen jako krajní prostředek reakce na spáchaný trestný čin, nepostačí-li opatření mírnější. Postupně se začaly objevovat úvahy o tom, že korektiv nebezpečnosti činu pro společnost jednak vede zákonodárce k přílišnému spoléhání se na něj a v důsledku toho pak k širokému vymezování podmínek trestní odpovědnosti, že nedostatek protiprávnosti činu lze opřít právě o pouhé konstatování chybějící společenské nebezpečnosti a právní teorie (po přechodu na demokratický režim stále více) začala vyzývat ke změně a poukazovala, že trestním zákonem zastávané pojetí trestného činu převzaly po sovětském vzoru bývalé socialistické státy, na rozdíl od trestních zákonů jiných států, v nichž je trestný čin vymezován zpravidla formální definicí a trestní kodexy jsou vystavěny na formálním pojetí trestného činu za současného přesunu korekce trestního bezpráví do trestního práva procesního.

Výzvy k opuštění „nebezpečnosti činu pro společnost“, která byla velkou částí právní teorie vnímána především jako jakýsi politicko-ideologický pojem, byly natolik silné, že rekodifikace trestního práva hmotného považovala za jedinou možnou cestu zakotvení formálního pojetí trestného činu. Právě v průběhu rekodifikace v souvislosti se seznamováním veřejnosti s cíli nové kodifikace a základními zásadami, na nichž měla být nová kodifikace založena, se do popředí dostala zásada subsidiární úlohy trestního práva a princip ultima ratio jako krajní prostředek ochrany jednotlivců a společnosti. Peripetie vedoucí až k zakotvení zásady subsidiarity do ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku popisují v oddíle 3.1.1 a čtenář pochopil, proč k jejímu legislativnímu zakotvení vlastně došlo.

Trestní zákoník v důvodové zprávě hlásá návrat k formálnímu pojetí trestného činu a jakési odvržení trestního práva hmotného od „doby minulé“ ztělesňované především onou nebezpečností činu pro společnost. Trestný čin je v ust. § 13 odst. 1 trestního zákoníku vymezen jako „*protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně*“. K vyvození trestní odpovědnosti za spáchání určitého činu ovšem nepostačí, pokud určitý čin vykazuje naplnění všech formálních znaků skutkové podstaty

některého trestného činu, a to právě s ohledem na zakotvení zásady subsidiarity trestní represe v ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku, jenž stanoví „*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*“. A právě v pohledu na uchopení zásady subsidiarity trestní represe zakotvené do trestního zákoníku se odborná právní teorie rozchází (děje se tak vlastně již od dob přijetí trestního zákoníku, respektive již od dob rekodifikačních prací) a jednotná není bohužel dodnes. Část právní teorie chápe zvolené pojetí jako pojetí formální s jakýmsi materiálním korektivem trestního bezprávní prostřednictvím zásady subsidiarity trestní represe, s tím, že společenská škodlivost činu není součástí definice trestného činu (není ani „převlečenou nebezpečností činu pro společnost“ a/nebo neznamena návrat materiálně-formálního pojetí), ale uplatňuje se vedle ní. Další část právní teorie naopak zastává názor, že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku v podstatě formální pojetí neguje a navrácí do trestního zákoníku materiální podmínku trestnosti. Někteří z nich pak hovoří i o tom, že společenská škodlivost je v podstatě jakousi převlečenou společenskou nebezpečností a že i trestní zákoník se nakonec také přiklonil k materiálně-formálnímu pojetí, jehož prostřednictvím lze konstatovat, že i přes naplnění formálních znaků skutkové podstaty trestného činu se o trestný čin nejedná, a to z důvodu nedostatečné společenské škodlivosti činu.

Takto rozkolísaný stav (právní teorie a bohužel i soudní praxe) se pokusil odstranit Nejvyšší soud vydáním sjednocujícího Stanoviska, což, jak jsem již v příslušných částech práce (především v kapitole 3, podkapitoly 3.2 a 3.3, a v kapitole 5, podkapitole 5.1) vyjádřila, se mu zjevně nepodařilo (navíc on sám se ve svých rozhodnutích vydaných v době po přijetí Stanoviska často se závěry Stanoviska rozchází a tyto nerespektuje). Přestože tedy Stanovisko (shodně s důvodovou zprávou k trestnímu zákoníku) označuje stávající pojetí trestného činu obsažené v trestním zákoníku jako formální pojetí, které je v případě méně závažných trestných činů korigováno uplatněním zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 trestního zákoníku, která se uplatňuje „vedle“ obecné definice trestného činu, z obsahu Stanoviska lze dovodit závěr o existenci formálně-materiálního pojetí. Ve Stanovisku Nejvyšší soud připustil dvojí užití zásady subsidiarity, a sice užití této zásady jako interpretačního pravidla tam, kde je třeba vyložit některé neurčité pojmy a výkladem stanovit hranice mezi trestným

činem a činem beztrestným, a dále pak mezi užitím této zásady jako korektivu k tomu, aby se neuplatnila trestní odpovědnost, i když byl spáchán trestný čin (menší závažnosti), ale nejde o čin společensky škodlivý, neb neodpovídá ani těm nejméně závažným běžně se vyskytujícím případům daného trestného činu. Stanovisko se tak na jednu stranu snaží vyjádřit, že společenská škodlivost znakem trestného činu není, ale současně samo připouští, že její uplatnění může způsobit, že o trestný čin nejde. Tedy vlastně, že oním dalším znakem trestného činu, ke kterému musí orgán činný v trestním řízení přihlídnout, je. Právě na podkladě toho, ale i vzhledem k Nejvyšším soudem ve Stanovisku aprobovanému prvému způsobu užití zásady subsidiarity jako interpretačního pravidla, jakož i z tvrzení ve Stanovisku obsaženém, podle kterého použití či uplatnění zásady subsidiarity nestojí mimo znaky konkrétního spáchaného trestného činu, část právní teorie dle mého správně konstatuje, že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku součástí definice trestného činu ve skutečnosti je a že se jedná o vyjádření formálně-materiálního pojetí trestného činu.

Dle vytyčeného cíle v práci zároveň poukazují na stav rozhodovací soudní praxe při uplatňování zásady subsidiarity trestní represe, při výkladu pojmu společenská škodlivost činu a aplikaci principu ultima ratio, a na konkrétních vybraných rozhodnutích konstatují její nadále přetrvávající nejednotnost, jež je patrná i přes vydání Stanoviska NSČR, a k nim zároveň prezentují vlastní úvahy a posouzení. Na jednotlivých rozhodnutích demonstrují též zjištění, že byť Stanovisko deklaruje stávající pojetí obsažené v trestním zákoníku jako pojetí formální zásadou subsidiarity korigované, při aplikaci zásady subsidiarity ve skutečnosti soudy (včetně samotného Nejvyššího soudu) postupují „případ od případu“ a zásadu subsidiarity často aplikují v protikladu s deklarovaným pojetím, a to od pojetí materiálně-formálního až po formálně-materiální, což lze nepochybně označit za stav nežádoucí.

V práci poskytuji komparativní pohled do vybraných zahraničních právních úprav, a dospívám k závěru, že v žádném ze zmíněných právních řádů nejsou zásada subsidiarity trestní represe ani princip ultima ratio v tamních trestních zákonících explicitně legislativně zakotvené. Jakýmsi vedlejším dílčím závěrem zjištěným při provedené komparaci jest, že pokud rakouské i německé trestní právo spočívají na formálním pojetí trestného činu, korigují trestní bezpráví výhradně v rámci trestního práva procesního. Slovensko zachovává v rovině trestního práva hmotného materiální korektiv u přečinů, naopak ryze

formální pojetí zastává u kategorie zločinů, u které však překvapivě schází jakákoliv procesní korekce případného trestního bezpráví. České trestní právo je tak jakousi raritou rovněž z důvodu přetrvávající duplicitní korekce trestního bezpráví v zakotvené v trestním právu hmotném i procesním (více viz závěr oddílu 3.3.1 a v dalších tam odkazovaných pasážích).

Ke zodpovězení v úvodní kapitole položené otázky, zda nám soudobá úprava zásady subsidiarity trestní represe a její legislativní zakotvení poskytují takřkajíc „to nejlepší“ co poskytnout mohou, poslouží především závěry obsažené v kapitole 5 této práce. Jelikož se domnívám, že tomu tak není, tak nejprve na konkrétních příkladech poukazuji především na rozpory a nesoulad deklarovaného a faktického pojetí trestného činu v trestním zákoníku, rozkolísanost soudní praxe, pokud jde o uplatnění zásady subsidiarity trestní represe včetně z ní plynoucího principu ultima ratio a při řešení otázky (ne)uplatnění trestní odpovědnosti, a následně navrhuji změnu právní úpravy a eventuálně k ní pak formuluji vlastní úvahy a doporučení, jimiž by se praxe mohla při uplatňování avizovaného ustanovení a zásady subsidiarity řídit, bude-li posuzována otázka (ne)xistence trestní odpovědnosti (otázka viny), přičemž opakuji, že vycházím z názoru, že současná úprava trestního práva hmotného vychází z přístupu hmotněprávního (popsaného ve Ščerbově komentáři), a že pojetí trestného činu v trestním zákoníku je de lege lata ve skutečnosti formálně-materiální.

Po rekapitulaci výše popsaného v této závěrečné kapitole si troufám tvrdit, že cílů v úvodu vymezených dosaženo bylo. Věřím, že ke stejnému závěru dospěje i čtenář, jemuž snad práce poskytne potřebný vhled do tématu a usnadní mu jeho pochopení a orientaci v něm, neb se jedná nepochybně o téma náročné a v mnoha naznačených ohledech stále nevyjasněné, a to přes více než desetiletou účinnost trestního zákoníku, vydání sjednocujícího Stanoviska NSČR, a poměrně bohatou rozhodovací soudní praxi k němu.

7 RESUME

As the title implies, the topic of the doctoral thesis I have chosen is the principle of subsidiarity of criminal repression and the ensuing principle of criminal law as a means of “ultima ratio“ in Czech criminal law.

The thesis is divided into six chapters. Immediately after the introductory chapter, there is followed by the second chapter devoted to the historical development of the subsidiarity of criminal repression in Czech criminal law, as I will best present the chosen topic, including related issues and possibly also in the former historical and political context. The second chapter is deliberately divided into two subchapters, namely subchapter 2.1 devoted to the purely historical genesis of the principle of subsidiarity of criminal repression in the works of Czech legal science (emerging considerations about the relationship of criminal law to civil law, considerations of illegality, the concept of crime, judicial arbitrariness, initial considerations of the principle of subsidiarity of criminal repression, etc.) and subchapter 2.2 devoted to the view of the subsidiarity of criminal repression in the Criminal Code No. 140/1961 Coll., as a direct “predecessor“ of the Criminal Code No. 40/2009 Coll. (supplemented by section 2.2.1 specifying information on the Austrian criminal law regulation of the so-called insufficient criminal offense, which was pointed out at the beginning of recodification considerations as a model for the then expected “new“ regulation of Czech substantive criminal law). The reason answering the question of why the Criminal Code No. 140/1961 Coll. (unlike its “predecessors“) deserves a separate subchapter, is, among other things, the very fact of a constant comparison of the current concept of crime and the related “unclear“ grasp of the discussed principle of subsidiarity in the Criminal Code No. 40/2009 Coll. in the context of the concept advocated by the Criminal Code No. 140/1961 Coll..

The third chapter, entitled Subsidiarity of criminal repression in the current legislation, is also the most comprehensive chapter and forms the imaginary core of the whole thesis. It is divided into three subchapters (further divided into sections) dealing with the enshrinement of the principle of subsidiarity in applicable criminal law (in this section I take into account not only the legislative anchoring of the principle in the Criminal Code, but first describe the recodification process). I do so in order to get acquainted with the process of

recodification of substantive criminal law, and then to better understand why the principle of subsidiarity was actually enshrined in the Criminal Code No. 40/2009 Coll., and that the original intention of the legislator was different from the finally adopted wording of the Criminal Code. I take into account commentary literature and other professional literature, publications, articles and contributions of representatives of Czech criminal law on the topic, I describe the attitude to enshrining the principle of subsidiarity in the Criminal Code from the point of view of the police authority and from the point of view of the public prosecutor, and I dedicate the final section 3.1.5 to subchapter 3.1. solely to the principle of subsidiarity of criminal repression from the point of view of Ščerba's commentary, partly because it is the most up-to-date commentary on the Criminal Code No. 40/2009 Coll. in general, but mainly because the commentary reflects in more detail on more than ten years of the effectiveness of the Criminal Code No. 40/2009 Coll., the development of case law and doctrine for its beneficial elaboration it is necessary to devote an appropriate scope of work. In subchapter 3.2 I deal with the principle of subsidiarity of criminal repression in case law. Here I define and analyze in three sections the case law pillars mentioned in the explanatory memorandum to the Criminal Code No. 40/2009 Coll., and then I present and analyze selected current case law of the Constitutional Court of the Czech Republic and selected current case law of the Supreme Court of the Czech Republic. I point out the inconsistency of judicial decision-making practice in applying the principle of subsidiarity of criminal repression, in interpreting the concept of social harm and the principle of ultima ratio (despite the publication of the Opinion of the Supreme Court of the Czech Republic Tpjn 301/2012), to which I also present my own reflections and assessments. Not leaving aside the reference of the finding that although the Opinion declares the current concept contained in the Criminal Code based on a formal concept of the crime, in applying the principle of subsidiarity of criminal repression by the courts (including the Supreme Court itself) they in fact proceed “on a case-by-case basis“ and often apply the principle of subsidiarity in opposition to the declared concept (formal concept of the crime). In the last subchapter 3.3 I deal with the opinions (in section 3.3.1 of the Opinion of the Supreme Court of the Czech Republic and in section 3.3.2 of the Opinion of the Supreme Public Prosecutor's Office). I also confront the Opinion of the Supreme Court of the Czech Republic with criticism from Czech legal science published in connection with the

publication of this opinion and its conclusions, which are often contradictory, but as follows from the decision-making practice of the Supreme Court itself, they are often violated or denied by the Supreme Court itself. At this part I hope I can already present at least in such a simplified form the conclusion that the desired unification in the interpretation and application of the principle of subsidiarity of criminal repression in criminal theory and practice (not even the judicial) as a result of the issuance of the Opinion of the Supreme Court of the Czech Republic did not occur.

The fourth chapter is a comparative chapter in which I find out and summarize information on whether and to what extent we find the expressed and entrenched subsidiary role of criminal repression and the need for criminal law to come as a means of ultima ratio, in the legal systems and legal theories of neighboring countries, namely Austria, Germany and Slovakia (divided into subchapters), and what role these institutes play in the protection of legal property in the legal systems of these countries. Subsequently, I come to the conclusion that in none of the mentioned legal systems are the principle of subsidiarity of criminal repression or the principle of ultima ratio explicitly enshrined in legislation in the local criminal codes. Both Austrian and German criminal law are based on a formal concept of a crime offense, with their legal systems correcting criminal injustice within the framework of criminal procedural law. Slovakia has not switched to a purely formal concept of a crime, although it declares such a transition, as it maintains a material corrective for offenses. He then holds a purely formal concept of a crime only in the category of crimes, which lacks any procedural correction of possible criminal injustice.

In the fifth chapter I consider how to deal with the principle of subsidiarity of criminal repression in the future, when I first summarize the findings from subchapters 3.1 to 3.3 and conclude from them persistent inconsistencies in interpretation and especially the application of § 12 paragraph 2 of the Criminal Code No. 40/2009 Coll.. I demonstrate the conclusions reached on the individual judicial decisions, which I presented in subchapter 3.2. Subsequently, in subchapter 5.1, based on the information obtained (from previous chapters, which focuses on the third chapter), which I briefly summarize, I come to the conclusion that the current concept, on which the Criminal Code No. 40/2009 Coll. is based, is a formal-material concept of a crime, with the provisions of § Article 12 (2) of the Criminal Code No. 40/2009 Coll. is, in my view, part of the definition of a

crime, and I explain this conclusion. In the following subchapter 5.2 I try to provide some recommendations and suggest procedures to address the future discrepancy between the declared and the factual concept of a crime in the Criminal Code and especially how the application practice could deal with the provisions of § Article 12 (2) of the Criminal Code No. 40/2009 Coll. and to proceed in considering the application of the principle of subsidiarity and assessment of social harmfulness of the offense, based on a formal-material concept of a crime while maintaining the principle of subsidiarity enshrined in the Criminal Code.

In the final chapter of this work, I evaluate that I managed to achieve the goals that I set out in the introduction of this thesis.

8 POUŽITÉ ZDROJE

8.1 Knižní zdroje

- 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 kolektiv autorů. *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011. 568 s. ISBN 978-807400-388-2.
- PRUŠÁK, Josef. *Rakouské právo trestní. Díl všeobecný*. Praha: Všehrad, 1912. 249 s.
- KALLAB, Jaroslav. *Zločin a trest: úvahy o základech trestního práva*. Praha: Jos. R. Vilímek, 1915. 35 s.
- MILOTA, Albert. *Proč stát trestá?* Praha: Státní nakladatelství, 1923. 32 s.
- MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné: část obecná. 9. vyd.* Praha: Všehrad, 1930. 144 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. 126 s.
- ČIČ, Milan a kol. *Trestní právo hmotné*. Praha: Panorama, 1984. 233 s.
- KOLEKTIV AUTORŮ. *Trestní zákon: komentář*. Praha: Orbis, 1958. 816 s.
- GŘIVNA, Tomáš. Trestní právo hmotné. In: BOBEK, Michal, Pavel MOLEK, Vojtěch ŠIMÍČEK a kol. *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2009. 1005 s. ISBN 978-80-210-4844-7.
- Novotný O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M. *Trestní právo hmotné – I. obecná část, 4.vyd.* Praha: Aspi Publishing, 2003, 436 s. ISBN 80-86395-73-1.
- ŠÁMAL, Pavel. *Osnova trestního zákoníku 2004-2006*. Praha: C. H. Beck, 2006. 399 s. ISBN 80-7179-527-5.

- Drašík A, Fremr R, Durdík T, Růžička M, Sotolář A. a kol. *Trestní zákoník: komentář. I.díl.* Praha: Wolters Kluwer, 2015, 1490 s. ISBN 978-80-7478-790-4.
- JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd.* Praha: Leges, 2010, 912 s. ISBN 978-80-87212-49-3.
- JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou.* 1. vydání. Praha: Leges, 2009, 1216 s. ISBN 978-80-87212-22-6.
- ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník: komentář. I. díl. 2. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2012, 1450 s. ISBN 978-80-7400-428-5.
- ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník: komentář. II. díl. 2. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2012, 1451-3586 s. ISBN 978-80-7400-428-5.
- JIŘÍČEK, P. MAREK, T. *Řešení bagatelních deliktů*, Praha: Leges, 2014, 128 s. ISBN 978-80-87576-90-8.
- Půry, F. Poznámky k pojetí trestního práva jako „ultima ratio“. In: VANDUCHOVÁ, Marie a Tomáš GRÍVNA, ed. *Pocťa Otovi Novotnému k 80. narozeninám.* Praha: ASPI, 2008, 491 s. ISBN 978-80-7357-365-2.
- Šámal, P. K diskuzi o subsidiaritě trestní represe. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo (stále) v pohybu: pocťa Vladimíru Kratochvílovi.* [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 413–449. ISBN 978-210-8921-1. Dostupné z: https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Kalvodova_TP_v_pohybu.pdf.
- RŮŽIČKA, Miroslav. K některým otázkám materiálního korektivu zakotveného trestním zákoníkem z pohledu státního zástupce. In: JELÍNEK, Jiří. *Deset let od přijetí českého trestního zákoníku.* Praha: Leges, 2019, s. 48-67. ISBN 978-80-7502-354-4.
- ŠČERBA, F. a kol. *Trestní zákoník: komentář. Svazek 1, § 1 až 204.* Praha: C. H. Beck, 2020, 1642 s. ISBN 978-80-7400-807-8.
- ŠÁMAL, Pavel. Zákon a kodifikace trestního práva hmotného – k některým obecným otázkám a jejich řešení. In: GERLOCH, A., MARŠÁLEK, P., a kol. *Zákon v kontinentálním právu: sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference „Místo a úloha zákona v kontinentálním typu právní*

- kultury: tradice, současnost a vývojové tendence“*, (Praha 27.-28. května 2004). Praha: Eurolex Bohemia, 2005, s. 235-245. ISBN 80-86861-06-6.
- FUCHS, H., ZERBES, I. *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*. 10. Auflage. Verlag Österreich, 2018, 439 s. ISBN 978-3-7046-8042-6.
 - ROXIN, C., ARZT, G., TIEDEMANN, C. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*. 6. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2013, 148 s. ISBN 978-3-8114-9469-5.
 - BURDA, Eduard. *Trestný zákon: všeobecná část: komentár. I. diel. V* Prahe: C. H. Beck, 2010, 1106 s. ISBN 978-80-7400-324-0.
 - IVOR, J. a kol. *Trestné právo hmotné. I, Všeobecná časť*. Bratislava: Iura Edition, 2006, 530 s. ISBN 80-8078-099-4.
 - KRATOCHVÍL, Vladimír. Pojetí trestného činu v osnově českého trestního zákoníku 2007/2008 a některé trestně procesní souvislosti. In: ZÁHORA, Jozef (ed.). *Rekodifikácia trestného práva – doterajšie poznatky a skúsenosti: zborník príspevkov z celoštátneho seminára s medzinárodnou účasťou konaného dňa 21. apríla 2008*. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, Fakulta práva, 2008, 281 s. ISBN 978-80-89363-03-2.

8.2 Odborné články

- PIPEK, Jiří. Formální pojetí trestného činu a princip oportunity. *Trestněprávní revue*, 2004, č. 11.
- JESCHECK, H. H. K reformě obecné části československého trestního práva z hlediska právně srovnávacího. *Právnik*, 1992, č. 1.
- KANDOVÁ, Katarína. Nad korekcí trestního bezpráví. In LORKO, Jakub; BELEŠ, Andrej. (eds.). *Trestné právo ako ultima ratio - hmotnoprávne a procesnoprávne aspekty. Zborník príspevkov z 1. sekcie medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum 2016*. 1. vyd. Bratislava: Komenského univerzita, Právnická fakulta, 2016. s. 97-105. ISBN 978-80-7160-436-5.
- ŠÁMAL, Pavel. K problému formálního a materiálního pojetí a pojmu trestného činu v připravované kodifikaci trestního zákoníku. *Právní rozhledy*, 2007, č. 17.

- KRATOCHVÍL, Vladimír. „Zrcadlo prvních třiceti šesti...“ (paragrafů obecné části nového trestního zákona České republiky – 2002). *Trestněprávní revue*, 2003, č. 1.
- ŠÁMAL, Pavel. K úvodním ustanovením připravované rekodifikace trestního zákona. *Trestněprávní revue*, 2002, č. 12.
- ŠÁMAL, Pavel. Trestní zákoník. *Trestněprávní revue*, 2003, č. 5.
- KUČHTA, Josef. Několik poznámek k postavení a formulaci okolností vylučujících protiprávnost v připravované rekodifikaci trestního zákona. *Trestněprávní revue*, 2003, č. 2.
- PIPEK, Jiří. Zamyšlení nad reformou českého trestního práva. *Právník*, 2006, č. 11.
- PIPEK, Jiří. K pojmu trestného činu v návrhu trestního zákoníku. *Právník*, 2007, č. 9.
- KRATOCHVÍL, Vladimír. Vybrané problémy obecné části návrhu trestního zákoníku ČR 2007 z hlediska obhajoby (1. část). *Bulletin advokacie*. Praha: Česká advokátní komora v Praze, 2008, roč. 2008, č. 5, s. 13-21. ISSN 1210-6348.
- KRATOCHVÍL, Vladimír. Příklad, trestný čin, společenská škodlivost a vina v trestním právu (o zásadě subsidiarity trestní represe trochu jinak). *Právník*, 2015, č. 7.
- TIBITANZLOVÁ, Alena, MULÁK, Jiří. Ještě několik poznámek na téma zásady subsidiarity trestní represe. *Trestněprávní revue*, 2018, č. 5.
- ŠÁMAL, Pavel. K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2009, č. 5.
- KANDOVÁ, Katarína. Materiální a (nebo) procesní korektiv v trestním právu. *Trestněprávní revue*, 2017, č. 5.
- ŠÁMAL, Pavel. K diskuzi o subsidiaritě trestní represe. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvílovi*. [online]. [cit. 1.5.2022]. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 413-450. ISBN 978-210-8921-1. Dostupné z: https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Kalvodova_TP_v_pohybu.pdf.
- FRYŠTÁK, Marek. Policejní orgán a pojetí trestného činu v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2010, č. 11.

- KREJČÍ, Zdeněk. Aplikace společenské škodlivosti ve smyslu § 12 odst. 2 trestního zákoníku v policejní praxi. In: Sborník, *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition. [online]. [cit. 1.5.2022]. Brno: Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1. Dostupné z: https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/novy_trest/Krejci_Zdenek%20_1268_.pdf.
- RŮŽIČKA, Miroslav. K formálnímu pojetí trestného činu s materiálním korektivem z pohledu státního zástupce. *Trestněprávní revue*, 2011, č. 6.
- KANDOVÁ, Katarína. Nad zásadou subsidiarity trestní represe (nejen) u majetkových trestných činů ve světle recentního rozhodnutí Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, roč. 2017, č. 17.
- KOTLÁN, Pavel. Subsidiarita trestní represe v nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 26. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 46/18. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 2020, č. 4.
- KANDOVÁ, Katarína. Ještě jednou k zásadě subsidiarity trestní represe v teorii a praxi českého trestního práva. *Trestněprávní revue*, roč. 2018, č. 9.
- KANDOVÁ, Katarína. K některým aktuálním hmotněprávním a procesním konsekvencím § 12 odst. 2 TrZ. *Trestněprávní revue*, 2018, č. 1.
- KRATOCHVÍL, Vladimír. Návrh věcného záměru zákona o trestním řízení soudním (trestní řád) 2004 (předmět tradičně prázdňového meziresortního připomínkového řízení). *Státní zastupitelství*, 2005, č. 1-3.

8.3 Právní předpisy

- Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [online]. © 2022 Wolters Kluwer [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.aspi.cz/menu/search>.
- Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [online]. © 2022 Wolters Kluwer [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.aspi.cz/menu/search>.
- Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [online]. © 2022 Wolters Kluwer [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.aspi.cz/menu/search>.

- Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [online]. © 2022 Wolters Kluwer [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.aspi.cz/menu/search>.
- Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součástí ústavního pořádku České republiky. In: ASPI [online]. © 2022 Wolters Kluwer [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.aspi.cz/menu/search>.
- Zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. In: ASPI [online]. © 2022 Wolters Kluwer [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.aspi.cz/menu/search>.
- Zákon č. 300/2005 Z. z., Trestný zákon, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [online]. © 2022 Wolters Kluwer [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.aspi.sk/products/search>.
- Zákon č. 301/2005 Z. z., Trestný poriadok, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [online]. © 2022 Wolters Kluwer [cit. 1.5.2022]. Dostupné z: <https://www.aspi.sk/products/search>.
- Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona č. 140/1961 Sb., Trestní zákon. In: Psp.cz [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu, 1961, tisk č. 65. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: https://www.psp.cz/eknih/1960ns/tisky/t0065_09.htm.
- Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona č. 40/2009 Sb., Trestní zákoník. In: Psp.cz [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2006-2010, Sněmovní tisk č. 410/0. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=5&ct=410&ct1=0>.
- Strafgesetzbuch. In: Rechtsinformationssystem des Bundes [online]. Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, © 2022 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR12029584/NO R12029584.html>.
- Strafprozeßordnung. In: Rechtsinformationssystem des Bundes [online]. Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, © 2022 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40092941/NO R40092941.html>.

- The German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung). In: Das Bundesministerium der Justiz und das Bundesamt für Justiz [online]. © 2022 [cit. 21. 01. 2022]. Dostupné z: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1332.
- The German Criminal Code (Strafgesetzbuch). In: Das Bundesministerium der Justiz und das Bundesamt für Justiz [online]. © 2022 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0091.

8.4 Soudní rozhodnutí

- Stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 30. 01. 2013, sp. zn. Tpjn 301/2012. In: Nejvyšší soud [online]. © 2018 Nejvyšší soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: https://nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/810926E4D8782F4CC1257B43005399B4?openDocument&Highlight=0.
- Nález Ústavního soudu ze dne 23. 3. 2004, sp. zn. I. ÚS 4/04 (N 42/32 SbNU 405). In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=46327&pos=1&cnt=1&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 25. 11. 2003, sp. zn. I. ÚS 558/01 (N 136/31 SbNU 205). In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=38450&pos=1&cnt=1&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 3. 3. 2005, sp. zn. II. ÚS 413/04 (N 40/36 SbNU 433). In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=21089&pos=17&cnt=17&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 26. 7. 2012, sp. zn. III. ÚS 1148/09 (N 133/66 SbNU 77). In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=75451&pos=19&cnt=19&typ=result>.

- Nález Ústavního soudu ze dne 17. 2. 2017, sp. zn. I. ÚS 3724/16. In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=96174&pos=1&cnt=1&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 23. 5. 2017, sp. zn. II. ÚS 3080/16 (N 86/85 SbNU 475). In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=97587&pos=11&cnt=12&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 29. 4. 2014, sp. zn. I. ÚS 3113/13 (N 72/73 SbNU 315). In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=83906&pos=1&cnt=1&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2018, sp. zn. II. ÚS 1152/17 (N 107/89 SbNU 579). In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=102663&pos=10&cnt=10&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 26. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 46/18 (312/2020 Sb.). In: Ústavní soud [online]. 2006 © Ústavní soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=112281&pos=5&cnt=8&typ=result>.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 2016, sp. zn. 8 Tdo 1362/2016 (31/2017). In: Nejvyšší soud [online]. © 2018 Nejvyšší soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: https://nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/00A2E23D2A317592C12580CD004CBB72?openDocument&Highlight=0,null.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 10. 10. 2017, sp. zn. 4 Tdo 1211/2017. In: Nejvyšší soud [online]. © 2018 Nejvyšší soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: https://nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/522C97E2F8E9EB53C12581FA002B432A?openDocument&Highlight=0,null.

- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 1. 2017, sp. zn. 6 Tdo 1750/2016. In: Nejvyšší soud [online]. © 2018 Nejvyšší soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z:
https://nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/298A0F41F94C497EC12581060031195C?openDocument&Highlight=0,null.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 7. 2018, sp. zn. 7 Tdo 132/2018. In: Nejvyšší soud [online]. © 2018 Nejvyšší soud [cit. 2.5.2022]. Dostupné z:
https://nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/4BBE71F392C95377C125830400263F33?openDocument&Highlight=0,null.

8.5 Elektronické zdroje a další zdroje

- Stanovisko Nejvyššího státního zastupitelství k uplatňování zásady subsidiarity trestní represe a škodlivosti činu (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku) ze dne 21. 11. 2011, 1 SL 742/2011. In: Nejvyšší státní zastupitelství [online]. © 2022 Nejvyšší státní zastupitelství [cit. 2.5.2022]. Dostupné z: https://verejnazaloba.cz/wp-content/uploads/2020/03/5_2011.pdf.
- Sněmovní tisk č. 744 k vládnímu návrhu trestního zákoníku. In: Psp.cz [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2002–2006, tisk č. 744. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=4&T=744>.
- Sněmovní tisk č. 410 k vládnímu návrhu trestního zákoníku. In: Psp.cz [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2006-2010, tisk č. 410. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=5&T=410>.
- Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona č. 40/2009 Sb., Trestní zákoník. In: Psp.cz [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2006-2010, Sněmovní tisk č. 410/0. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=5&ct=410&ct1=0>.
- Sněmovní tisk č. 453 k vládnímu návrhu novely trestního zákoníku. In: Psp.cz [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2017-2021, tisk č. 453. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/tisky.sqw?tqb1=2&utq=2&o=8&na=&tqb25=453&tqb26=&tqa27=on&tqa28=on&tqa29=on&tqa64=on&tqa30=on&tqa31=on&tqa32=on&tqa63=on&tqa33=on&tqa34=on&tqa62=on&tqa35=on&ra=20>.

- Sněmovní tisk č. 466 k vládnímu návrhu novely trestního zákoníku. In: Psp.cz [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2017-2021, tisk č. 466. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/tisky.sqw?tqb1=2&utq=2&o=8&na=&tqb25=466&tqb26=&tqa27=on&tqa28=on&tqa29=on&tqa64=on&tqa30=on&tqa31=on&tqa32=on&tqa63=on&tqa33=on&tqa34=on&tqa62=on&tqa35=on&ra=20>.
- KRUK, Jiří. § 1 [Žádný trest bez zákona]. In: KRUK, Jiří. Trestní zákoník Spolkové Republiky Německo, stav 01. 01. 2014. 2. vydání. [online]. Praha: C. H. Beck, 2014. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=nnptembrgrpxe4byfzygmmi>.
- LAUTERWEIN, C. C. *The limits of criminal law: a comparative analysis of approaches to legal theorizing* [online]. Routledge, Taylor and Francis, 2016 [cit. 21. 01. 2022]. Kindle Edition. 168 s. Dostupné z: https://www.amazon.com/Limits-Criminal-Law-Comparative-International-ebook/dp/B01CIKO0ZA/ref=sr_1_1?keywords=Carl+Constantin+Lauterwein&qid=1642758874&s=digital-text&sr=1-1.
- ŠÁMAL, Pavel. K diskuzi o subsidiaritě trestní represe. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvílovi*. [online] Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 413-450. ISBN 978-210-8921-1. Dostupné z: https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Kalvodova_TP_v_pohybu.pdf.
- KREJČÍ, Zdeněk. Aplikace společenské škodlivosti ve smyslu § 12 odst. 2 trestního zákoníku v policejní praxi. In: Sborník, *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition. [online]. [cit. 1.5.2022]. Brno: Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1. Dostupné z: https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/novy_trest/Krejci_Zdenek%20_1268_.pdf.