

PŘÍPAD, TRESTNÝ ČIN, SPOLEČENSKÁ ŠKODLIVOST A VINA V TRESTNÍM PRÁVU (o zásadě subsidiarity trestní represe trochu jinak)

Vladimír Kratochvíl*

Abstrakt: Dosavadní a nynější formálně-materiální pojem a pojetí trestného činu z hlediska viny není výraznou změnou určující charakter nové kodifikace trestního práva. Zejména formálně-materiální pojetí bylo aplikovatelné podle trestního zákona a je i nyní, podle trestního zákoníku. Jediným základem trestní odpovědnosti pachatele nemůže být tzv. „případ“ společensky škodlivý, nýbrž případ „trestného činu“ natolik společensky škodlivého, v němž nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu. Společenskou škodlivost činu jakožto materiální stránku trestného činu je třeba posuzovat a hodnotit v každém konkrétním případě, při řešení otázky viny pachatele, striktně v hranicích aplikované skutkové podstaty. Povahu a závažnost činu jakožto materiální stránku trestného činu při ukládání trestních sankcí pak nejen v hranicích aplikované skutkové podstaty, co do intenzity naplnění jejích znaků, nýbrž i s přihlédnutím ke všem dalším okolnostem dané věci. Obsah právní věty II. stanoviska NS sp. zn. Tpjn 301/2012 (R 26/2013) je třeba interpretovat a aplikovat v kontextu právní věty I. Je to podmínka způsobu interpretace a praktického užití stanoviska, který důsledně diferencuje mezi funkcemi trestného činu a jeho materiální stránky z hlediska viny a trestu, trestních sankcí. Tento způsob interpretace a aplikace stanoviska je ústavně konformní, způsob jiný nikoliv. Judikatura Nejvyššího soudu není při aplikaci jeho stanoviska z daných hledisek zcela jednotná.

Klíčová slova: případ společensky škodlivý, formálně-materiální pojem a pojetí trestného činu, trestní právo jako ultima ratio, subsidiarita trestní represe

ÚVOD

Jak naznačuje podtitulek názvu tohoto článku – *o zásadě subsidiarity trestní represe trochu jinak* – půjde v něm o analýzu zmíněné základní zásady trestního práva v kontextu zkoumání předpokladů viny pachatele neboli základů jeho trestní odpovědnosti. Jinak vyjádřeno o to, co vlastně představuje základ trestní odpovědnosti fyzického¹ pachatele ve světle konstantních teoretických premis, tzn. zda „případ“ společensky škodlivý, nebo „trestný čin“, a co takovým základem je, respektive může (nemůže) být z pohledu sjednocujícího stanoviska trestního kolegia Nejvyššího soudu k subsidiaritě trestní represe (R 26/2013). Určitou inspirací k sepsání následujícího textu byl i článek J. Fenyka² nabízející některé nové podněty k úvahám na dané téma, popřípadě i k určitým návrhům či doporučením *de lege ferenda*. Kromě toho bych však nejprve navázal na některá tvrzení, jež Fenykův text obsahuje, popřípadě s některými krátce polemizoval.

Předně není pochyb o tom, že: „*Jak ultima ratio, tak subsidiarita trestní represe ... souvisí se základní regulativní idejí, stojící vně pravidel i trestní spravedlnosti, kterou teorie*

* Prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc., Nejvyšší soud a Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: Vladimír.Kratochvíl@law.muni.cz.

¹ Z povahy věci se úvahy v tomto sdělení stran „případu“, „trestného činu“ a jejich „společenské škodlivosti“ mohou týkat i základu trestní odpovědnosti osoby právnické, neboť zásada subsidiarity trestní represe platí i pro ně.

² FENYK, J. Subsidiarita trestní represe – rovnice o mnoha neznámých? *Státní zastupitelství*. 2013, č. 1, s. 8 an.

práva označuje za legitimitu trestního práva. Do prostředí legitimacy však zasahují nejen *ultima ratio* a *subsidiarita*, ale například také *legalita* a *proporcionalita* trestního práva.³ Naproti tomu nelze dost dobře souhlasit s další částí citovaného textu, kde se píše: „*Těmito* (tj. *legitimitou*, *legalitou* a *proporcionalitou* trestního práva) se práce českých autorů v oboru trestního práva až na naprosté výjimky⁴ nezabývají, ačkoli jsou pro pochopení principu *ultima ratio*, *subsidiarity* trestní represe a dalších principů a zásad určující.“⁵ Dovolím si jen zdvořile připomenout, že mezi ony výjimky dlužno zařadit vedle v odkaze č. 4 uvedeného titulu i další práce.⁶ Nesporné propojení zásady *subsidiarity* trestní represe s *legalitou* (zákonností) trestního práva hmotného je pak doloženo těmito slovy, v kontextu výkladů o zásadě formálně-materiálního pojetí trestného činu: „*Podstata zásady formálně-materiálního pojetí trestného činu (de lege lata, z hlediska viny) tedy znamená, že se uvedené pojetí opírá o formální pojem, definici trestného činu (§ 13 odst. 1) ve spojení se zásadou subsidiarity trestní represe (§ 12 odst. 2, § 39 odst. 2), obojí pak uplatňované důsledně v intencích zásady zákonitosti trestního práva (§ 12 odst. 1), a tedy v rámci znaků dotčené skutkové podstaty trestného činu uvedené ve zvláštní části trestního zákoníku.*“⁷

Také zásada *proporcionality* (přiměřenosti) nezůstala zcela stranou;⁸ zde, jakož i jinde,⁹ je vyložena právě v souvislosti s trestným činem funkčním nejen v rovině trestních sankcí, nýbrž i v rovině viny pachatele, tedy jako jediným základem jeho trestní odpovědnosti. Rozumí se trestným činem pojímaným v této jeho roli formálně-materiálně, čímž je dáno i provázání *proporcionality* se *subsidiaritou* trestní represe; viz předcházející odstavec.

Pokud pak jde o údajně opomenutou *legimitu* trestního práva, v kontextu zejména s jeho *legalitou*, považuji za nutné zdůraznit, že *legimita* jmenovaného právního odvětví stojí a padá s učením o jeho *materiálních* pramenech,¹⁰ tedy s teorií materiální protiprávnosti, respektive s teorií „materiálního pojetí trestného činu“ v nejrůznějších jejích nuancích. Hovoří-li tedy naposledy citovaný pramen právě i o těchto pramenech, mluví implicitně *eo ipso* též o legitimitě trestního práva samotného, tj. o důvodech oprávněnosti jeho existence jakožto jednoho z právních odvětví konstruovaného ovšem důsledně na zásadě *legality*, jež tak představuje rámec *legitimity*.

Ke vztahu *legitimity* a *legality* trestního práva chci už jen k rozvedení výše uvedeného stručně doplnit:

Legimitu považuji za podmínku, předpoklad *legality* v tom smyslu, že bez náležitého legitimního (tj. materiálního) obsahu jen samotná (formální) *legalita* nemá nárok na existenci, neobstojí, anebo jen velice obtížně (srov. čistě formální pojetí trestného činu).

³ Ibidem, s. 9.

⁴ JELÍNEK, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část*. Praha: Leges, 2009, s. 28.

⁵ FENYK, J. *Subsidiarita trestní represe – rovnice o mnoha neznámých? Státní zastupitelství*. 2013, č. 1, s. 9.

⁶ Srov. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 26, 27–35, 45 an.

⁷ Ibidem, s. 47.

⁸ Ibidem, s. 27.

⁹ Ibidem, s. 65, 66: „*Proces soudní a penologické, penitenciární individualizace trestní odpovědnosti pachatele se ... „odehrává“ pouze na základě a v rámci zákonné diferenciaci již samotných základů této odpovědnosti (viny), jakož i jejich právních následků, především trestů a trestních opatření. Při soudní individualizaci z hlediska viny jde o přesnou právní kvalifikaci konkrétního činu jako trestného. Z hlediska trestů se jedná o konkrétní určení trestu co do jeho druhu a výměry...*“

¹⁰ Ibidem, s. 99.

A stejně i naopak, sama (formální) legalita představuje podmínku, předpoklad uplatnění legitimacy v tom významu, že bez náležitého, tj. formálně legálního vyjádření (zprostředkování) legitimního (materiálního) obsahu neobstojí ani tato legitimita samotná (srov. formálně-materiální pojetí trestného činu). Tomuto cíli tedy napomáhá právě zmíněné formálně-materiální pojetí trestného činu (tj. z hlediska viny, *de lege lata*), pojmově provázané právě s legalitou trestního práva, jakož i s jeho legitimitou (tj. materiální oprávněností, odůvodněností existence a fungování trestního práva, viděno skrze učení o materiální stránce trestného činu, ať už ji nazveme „společenskou nebezpečností“, „společenskou škodlivostí“ či jinak¹¹).

I sám Fenyk na *margo* této problematiky rovněž píše, že „*zásada zákonnosti (legality) ... nachází v hmotném právu ... požadavek, aby kriminalizace určitých forem chování byla legitimní. A naopak, legalita je nezbytnou podmínkou legitimacy. ... Subsidiarita trestní represe, ultima ratio, proporcionalita i legalita jsou nezbytné předpoklady pro legitimitu trestní represe.*“¹²

Neméně podnětný je Fenykův závěr, když uvádí: „*Podle mého názoru princip ultima ratio vytváří rovnováhu mezi požadavkem na kriminalizaci a proti ní v přímé úměrnosti k povaze chráněných zájmů a hodnot a přispívá k naplnění ideji spravedlnosti, k níž má legitimita blízko.*“¹³ Osobně chápu uvedená slova tak, že principem *ultima ratio* vytvářená rovnováha mezi požadavkem na kriminalizaci (činů) na straně jedné, a jejich dekriminalizací, to na straně druhé, s ohledem na přímou úměrnost k povaze (trestním právem) chráněných zájmů a hodnot, není ničím jiným než právě a jen oním principem proporcionality samotným, ovšem zarámovaným „vyšším principem“ *ultima ratio*. Jinak řečeno, princip *ultima ratio* a z něj plynoucí zásada subsidiarity trestní represe představují určité prostředí, prostor, bez něhož, respektive mimo něj, by se princip proporcionality nemohl dost dobře uplatnit. A naopak, princip proporcionality v trestním právu je instrumentem, bez něhož by naplnění principu *ultima ratio*, respektive zásady subsidiarity trestní represe bylo nemyslitelné. Princip *ultima ratio* a zásada subsidiarity trestní represe na jedné straně, a princip proporcionality v trestním právu, to na straně druhé, jsou tak dvě navzájem podmíněné kategorie („spojité nádoby“), kdy s nimi jako s takovými je třeba zacházet i prakticky. Prohřešek vůči jedné se – *multiplikačně* – projeví u druhé.¹⁴

Specificky inspirativní však, vzdor jeho jisté nepřesnosti (anebo snad právě proto), je ovšem další konstatování Fenykovo, a sice, že „... *některé práce se pokoušejí vysvětlovat obě ustanovení (§ 12 odst. 2 a § 39 odst. 2 tr. zákoníku) ve vzájemné souvislosti s cílem demonstrovat na nich i nadále formálně materiální povahu trestního práva a používat je*

¹¹ Srov. WOLTER, W. *Nauka o przestępstwie*. Warszawa: PWN, 1973, s. 18. Termín „nebezpečnost trestného činu pro společnost“ bylo a je třeba chápat jako termín označující určitý pojem *konvenčním* způsobem, tedy v určitém prostředí pojmenovávající pojem *dohodnutého* obsahu.

¹² FENYK, J. Subsidiarita trestní represe – rovnice o mnoha neznámých? *Státní zastupitelství*. 2013, č. 1, s. 9–10.

¹³ *Ibidem*, s. 10.

¹⁴ Blíže k tomuto aspektu vzájemného ovlivňování se základních zásad trestního práva hmotného a procesního srov. KRATOCHVÍL, V. *O některých trestněprávních základních zásadách. (Význam styčných bodů, průniků či korelací vybraných základních zásad českého individuálního trestního práva hmotného a trestního práva procesního pro fungování trestní justice a trestní politiky České republiky)*. In: T. Strémy – M. Vráblová – Š. Zeman (eds). *Iustitia omnibus. Pocta prof. JUDr. Pavlovi Balážovi*, CSc. Kraków: Spolok Slovákov v Polsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2014, s. 154 an.

jako legislativní, interpretační a aplikační pravidlo, nikoli nepodobné bývalé společenské nebezpečnosti.¹⁵ Tento přístup je ale nesprávný, protože nemá oporu v zákoně. Ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku netvoří znak trestného činu (§ 13). Výslovný odkaz, který by umožnil aplikaci ustanovení o trestu i na ustanovení o vině, v zákoně chybí. § 12 odst. 2 trestního zákoníku v tomto světle nelze považovat za nic jiného, než za dílčí, schizofrenní a nadbytečnou deklaraci požadavků na legitimitu trestního práva, která nemůže sloužit jako korektiv přílišné tvrdosti zákona a v této podobě nemá v trestním zákoníku místo. ... Hmotněprávního korektivu v definici trestného činu není třeba proto, že existuje korektiv procesní.¹⁶

O formálně materiální povaze trestního práva (zejména trestného činu jako jediného základu trestní odpovědnosti) jsem byl přesvědčen již dříve a konsistentně nadále přesvědčen jsem, včetně argumentů, které k tomu bylo možné uvést.¹⁷ V tom ona avizovaná nepřesnost samozřejmě není.

Tu naopak vidím jinde, a sice v konstatování týkajícím se pokusu vysvětlovat § 12 odst. 2 a § 39 odst. 2 trestního zákoníku ve vzájemné souvislosti, myšleno patrně ve významu „vina a trest jedno jest“, ač k tomu samotný trestní zákoník nedává žádný *pouvoir*, přičemž se tak má dít i v učebnici Fenykem citované v poznámce č. 38, na stranách 28–29. Zde však stačí nahlédnout jen o pár stran dále, kde stojí: „Společenská škodlivost je určována povahou a závažností trestného činu, jak to vyplývá z § 39 odst. 2.“ (s. 192 DZ). Tu se ovšem jedná o kritéria rozhodná pro ukládání trestů, nikoli o hlediska významná z aspektu viny, která by se neměla navzájem zaměňovat. Co také není bez významu z pohledu legality trestního práva, je konstatování důvodové zprávy k trestnímu zákoníku (s. 192), že zásada subsidiarity trestní represe se uplatňuje *mimo* definici trestného činu uvedenou v § 13 odst. 1. Z hlediska ustanovení zvláštní části trestního zákoníku by to znamenalo možnost „pružné“ a poměrně široké úvahy při interpretaci zákona a právní kvalifikaci činu o tom, nakolik je daný případ společensky škodlivý a trestný. Mohlo by se tak dít nezávisle na znacích odpovídající skutkové podstaty, což by byl nežádoucí stav.¹⁸

Z toho, že Fenyk považuje ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku za ... schizofrenní ... deklaraci požadavků na legitimitu trestního práva, soudím, že subsidiaritu trestní represe zde vyjádřenou podle něj štěpí citované ustanovení dílem mezi vinu, dílem mezi trest, a že takové rozdělení nemůže sloužit jako korektiv přílišné tvrdosti zákona a v této podobě nemá v trestním zákoníku místo. Jinak vyjádřeno, takováto „schizofrenie“ je věcně nepřijatelná. Ovšem obsah citovaného ustanovení lze interpretovat také jako výraz faktu, že zásada subsidiarity trestní represe je základní zásadou tzv. *společnou* pro vinu a trest (ve významu „integrujícím“),¹⁹ čemuž odpovídá i sama dikce zákonného ustanovení („*Trestní odpovědnost pachatele – v i n a a trestněprávní důsledky s ní spojené – t r e s t*“). Nyní jde o to, které z těchto dvou chápání („schizofrenní“, nebo „integrující“) si osvojíme jako věcně správné, přiléhavé. A to je věc názoru od autora k autorovi, respektive úsudku samotného čtenáře těchto řádků.

¹⁵ KRATOCHVÍL, V. a kolektiv. *Trestní právo hmotné*, op. cit., s. 28–29, citovaném prameni pozn. č. 38.

¹⁶ FENYK, J. Subsidiarita trestní represe – rovnice o mnoha neznámých? *Státní zastupitelství*. 2013, č. 1, s. 12, 13.

¹⁷ Srov. již KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. (Obecná část)*. Brno: MU Brno, 1994, s. 23, 90 a další práce autora na toto téma uvedené ve zde citované učebnici z roku 2012.

¹⁸ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 32, 33.

¹⁹ *Ibidem*, s. 28.

Konečně, nepovažuje-li Fenyk ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku za nic jiného, než za dílčí ... a nadbytečnou deklaraci požadavků na legitimitu trestního práva, která nemůže sloužit jako korektiv přílišné tvrdosti zákona a v této podobě nemá v trestním zákoníku místo. ... (tudíž) Hmotněprávního korektivu v definici trestného činu není třeba proto, že existuje korektiv procesní, čtu tato slova jako přinejmenším implicitní přiznání toho, že citovaný autor vychází striktně z (čistě) formálního nejen pojmu, nýbrž i pojetí²⁰ trestného činu, coby základu trestní odpovědnosti. Dlužno ovšem dodat, že v závěru svého článku pléduje alternativně buď pro otevřené uplatnění zásady *opportunity* v trestním právu procesním, patrně za současného uznání formálního pojetí trestného činu,²¹ nebo pro návrat ke skutečnému formálně-materiálnímu korektivu (například v podobě společenské nebezpečnosti).²²

1. VSTUPNÍ POJMOVÉ A METODOLOGICKÉ POZNÁMKY

Literatura pojednávající o *subsidiaritě trestní represe* coby stěžejní základní zásadě moderního trestního práva, potažmo o principu trestního práva jako *ultima ratio* (*ultimum remedium*), je k dnešku již poměrně bohatá.²³ Zvláštní zájem pramenů o tyto

²⁰ K nutnosti rozlišovat *pojem (definici)* a *pojetí* trestného činu srov. již SOLNAŘ, V. – FENYK, J. – ČÍSAŘOVÁ, D. *Systém československého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Orac, 2003, s. 29: „... definice charakterizuje ... povahu trestného bezprávi, aniž si klade úkol přesně vymezit jeho meze; naproti tomu ... pojetí trestného činu má přímý význam pro jeho (tj. trestného bezprávi) rozsah.“ Stejně i SOLNAŘ, V. – FENYK, J. – ČÍSAŘOVÁ, D. – VANDUCHOVÁ, M. *Systém českého trestního práva. II. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Nakl. Novatrix, 2009, s. 24.

²¹ Jen pro srovnání lze uvést, že např. z platného rakouského öStGB (Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) StF: BGBl. Nr. 60/1974 (NR: GP XIII RV 30 u. 1000 AB 959 u. 1011 s. 84. u. 98. BR: s. 326.) byl svého času vypuštěn § 42 (*mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*) a řešení všech případů materiálně bagatelních deliktů bylo svěřeno s účinností od 1. 1. 2008 ustanovení § 191 odst. 1 rakouskému öStPO (Strafprozeßordnung 1975 (StPO) StF: BGBl. Nr. 631/1975 (WV), zastavení trestního stíhání pro nepatrnost, bezvýznamnost. Rakousko se takto vydalo cestou čistě formálního pojetí trestného činu. Tvrdosti tohoto pojetí řeší pomocí procesní *opportunity*, viz cit. ust. rakouského trestního řádu, které se v podstatě opírá o tytíž předpoklady, jak je stanovil zrušený § 42 öStGB. Lze říci, že trestní právo hmotné tu do jisté míry rezignovalo na princip *ultima ratio*, protože i minimálně materiálně trestuhodné činy jsou stále, podle hmotného práva, trestnými činy. Ovšem konkrétní výjimky ve prospěch *formálně-materiálního* pojetí trestného činu rakouská právní úprava zná i dnes v § 206 odst. 4, § 207 odst. 4 öStGB. Trestní právo procesní se pak opírá v cit. ustanovení § 191 odst. 1 öStPO o zásadu *minima non curat praetor*. Více k tomu SCHWAI GHOFER, K. *Die neue Strafprozessordnung*. Wien: WUV, 2008, s. 30, 31, 356 an. Jinak k otázkám legitimacy vstupů trestního práva procesního do „hájemství“ trestního práva hmotného, a to i z ústavních právních aspektů více viz KRATOCHVÍL, V. Co je doménou hmotného a procesního trestního práva prizmatem Ústavy? In: M. Vanduchová – J. Hořák a kol. *Na křižovatkách práva. K sedmdesátým narozeninám prof. JUDr. Jana Musila*, CSc. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 179 an. Aktuálně pak PROVAZNÍK, J. Trestněprávní poměr a trestně procesní vztah ve světle ochrany základních práv – posun paradigmatu? *Právník*. 2015, č. 3, s. 229 an.

²² FENYK, J. Subsidiarita trestní represe – rovnice o mnoha neznámých? *Státní zastupitelství*. 2013, č. 1, s. 13.

²³ Srov. již historicky např. PRUŠÁK, J. *Kriminální noetika*. Praha: Sborník věd právních a státních, Bursík a Kohout, 1904, na s. 237–238 píše o subsidiaritě trestu jaksi implicitně: „*Poněvadž trest není sám sobě účelem, nýbrž toliko prostředkem k dosažení jistého účelu (cíle), odpadá všude tam, kde bez něho účelu toho lze dosáhnouti; ... (Trest není jediným prostředkem k potlačení zločinu).*“ V podstatě shodně uvádí tytíž autor i později, viz PRUŠÁK, J. *Rakouské právo trestní. Díl všeobecný*. Praha: Všeherd, 1912, s. 3, 4, 180. Dále též MÍŘIČKA, A. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 10. vyd. Praha: Všeherd, 1932, s. 14; také jedna ze Solnařových učebnic trestního práva jen nepřímo naznačuje subsidiární povahu tohoto právního odvětví, srov. SOLNAŘ, V. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. Praha: Knihovna sborníku věd právních a státních, 1947, s. 12. Ve svých „Základech ...“ pak citovaný autor zmiňuje subsidiaritu v kontextu kategorizace trestných činů, přečinů a přestupků, viz

otázky nepochybně podpořila explicitní právní úprava zmíněné zásady zákonem č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále i „trestní zákoník“), jeho ustanovením § 12 odst. 2.^{24,25}

Se samotnou zásadou subsidiarity trestní represe jsou podle mého soudu spojeny přinejmenším další *dva* teoretické aspekty, které byly zatím jen okrajově, pokud vůbec, dotčeny literaturou a o nichž je zapotřebí se alespoň krátce zmínit. Myšleno je tu předně jakési oboustranné vnímání jmenované zásady v prostředí veřejného a soukromého práva. Druhý aspekt pak míří na vztah zásady subsidiarity trestní represe k principu trestního práva jako *ultima ratio*.

1. Podstata samotné zásady chápáná tzv. *oboustranně*, tj. zejména „na pomezí“ trestního práva (soudního) na straně jedné, a správního práva trestního, tj. v prostředí práva *veřejného*, respektive dále i práva *soukromého*, to na straně druhé;

Jak již uvedeno na jiném místě,²⁶ „... ‚ekonomie trestní hrozby‘ představuje podstatu, základ pomocné role trestního práva, resp. subsidiarity trestní represe. Lze ji (tj. ekonomii trestní hrozby) vyjádřit jako snahu o *maximálně efektivní trestněprávní ochrany prostřednictvím minimální trestněprávní ingerence a regulace*. Proto ... *mluvíme přímo o ‚zásadě ekonomie trestního práva‘, též s přihlédnutím k tomu, že nejde jen o trestní represí zabírající a jen ve smyslu trestání, nýbrž o širší záběr zahrnující i ‚ekonomii‘ základů trestní odpovědnosti, tj. viny, tedy ekonomii samotné kriminalizace typů společ-*

SOLNAŘ, V. *Systém československého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972, s. 33, 34. Stejně tak činí i ve spisech SOLNAŘ, V. – FENYK, J. – CÍSAŘOVÁ, D. *Systém československého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: LexisNexis, Nakl. Orac, 2003, s. 58, 59. SOLNAŘ, V. – FENYK, J. – CÍSAŘOVÁ, D. – VANDUCHOVÁ, M. *Systém českého trestního práva. II. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Nakl. Novatrix, 2009, s. 53. Dále viz kupř. SCHROEDER, F.-CH. *Strafgesetzbuch mit Einführungsgesetz und anderen Nebengesetzen*. München: W. Goldmann Verlag, 1980, s. 17. LAUENER, E. *Die Gefährlichkeit als qualifizierendes Tatbestandsmerkmal im schweizerischen Strafrecht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, s. 5 an., a jiní. Ještě před přijetím trestního zákoníku v roce 2009 se k otázce chápání trestního práva jako *ultima ratio* vyjádřil např. PŮRY, F. Poznámky k pojetí trestního práva jako *ultima ratio*. In: M. Vanduchová – T. Gřivna (eds). *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 252 an.

²⁴ Citované zákonné ustanovení zní: „Trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech (natolik, V. K.) společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu.“

²⁵ Z literatury následující právě tuto úpravu lze uvést např. vymezení širšího a užšího pojetí zásady *ultima ratio* v NETT, A. Ke změnám trestního práva na úseku hospodářské trestné činnosti a k zásadě *ultima ratio*. In: J. Jelínek (ed.). *O novém trestním zákoníku. Sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnícké dny*. Praha: Leges, 2009, s. 116. O dvojím přístupu, který reflektuje zásada subsidiarity trestní represe, tzn. *akcesorním* a *subsidiárním*, píše ŠÁMAL, P. Trestní zákoník a naplňování funkcí a základních zásad trestního práva hmotného. *Bulletin advokacie*. 2009, č. 10, s. 32. K historii subsidiární role trestní represe blíže srov. FENYK, J. O subsidiární úloze trestní represe a trestním právu jako prostředku „*ultima ratio*“ nejen v novém českém trestním zákoníku. In: M. Vanduchová – J. Hořák (uspoř.). *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 81 až 94. Z učebnic prvně reflektujících novou právní úpravu jmenujme např. NOVOTNÝ, O. – VANDUCHOVÁ, M. – ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vyd. Praha: Wolters Kluwer, ČR, 2010, s. 50, 51. JELÍNEK, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část*. 1. vyd. Praha: Beck, 2009, s. 29 an. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 26 an. Aktuálně píší o dané problematice např. tyto autoři: FENYK, J. Subsidiarita trestní represe – rovnice o mnoha neznámých? *Státní zastupitelství*. 2013, č. 1, s. 8 an. JIŘÍČEK, P. – MAREK, T. *Řešení bagatelních deliktů*. Praha: Leges, 2014, s. 54 an. OVCHINNIKOV, V. A. – ANTONOV, J. V. The principle of subsidiarity in the light of personal legal responsibility. *The Lawyer Quarterly*. 2014, No. 1, s. 60 an. Dále srov. ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 115 an.

²⁶ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 28 an.

čensky škodlivých jednání ... Trestní zákoník vyjadřuje zásadu ekonomie trestního práva jako zvláštní zásadu subsidiarity trestní represe v § 12 odst. 2; ... Tato zásada vychází z ekonomie trestního práva opřené o ... princip ultima ratio, je tedy jeho projevem.“

Z dikce naposledy citovaného zákonného ustanovení (srov.: Trestní odpovědnost pachatele ... lze uplatňovat jen ...) předně vyplývá *první* stránka, aspekt fungování subsidiarity trestní represe, kterou jako její „odvrácenou tvář“ bude – paradoxně – *priorita* trestní represe (nikoliv ovšem ve významu hypertrofie trestní represe).²⁷ Uvedený aspekt, stránka se vyznačují tím, že *jsou-li* splněny formální a materiální podmínky trestní represe (odpovědnosti), uplatní se právě jako *primární* pouze a jen tato, aniž by to bylo v rozporu se zásadou subsidiarity trestní represe. Nefunguje a ani právě proto se nemůže uplatnit *subsidiárně veřejnoprávní* správní (trestní) represe (odpovědnost); srov. znění § 2 odst. 1 zákona č. 200/1990 Sb., přestupkový zákon, ve znění pozdějších předpisů, vyloženého *per arg. a contrario*: „... (ne)jde-li ... o trestný čin ...“.

Stránka či aspekt *druhý* jsou charakterizovány tím, že, *nejsou-li* splněny formální a materiální podmínky výše zmíněné *primární* trestní represe (odpovědnosti), funguje naopak *subsidiárně veřejnoprávní* správní (trestní) represe (odpovědnost); viz § 2 odst. 1 přestupkového zákona a tam uvedenou dikci vyloženou doslova: „... *nejde-li* ... o trestný čin ...“.²⁸

Teoretický a praktický význam naznačeného rozlišování obou (dvou) stránek, aspektů subsidiarity trestní represe vidím především v tom, že zásadu subsidiarity trestní represe nelze chápat jako způsob úplné její diskvalifikace právě jako represe, odpovědnosti, a to i primární. Zdůraznit je totiž třeba, že ekonomie trestního práva (subsidiarita trestní represe) v žádném případě není vyjádřena rovnicí: „podpůrnost“ = „podřadnost“ („nadbytečnost“).²⁹ Naznačený oboustranný pohled na podstatu probírané základní zásady jde ruku v ruce i s represí správně trestněprávní (druhý směr ...), jako jakýmsi „referenčním“ prostředím, bez něhož by se represe trestní právě coby (soudně) trestní nemohla projevit, ani uplatnit. A to ať již v podobě té, že *nastoupí* „na scénu“ v momentě, kdy represí správně trestněprávní nestačí její instrumentarium v reakci na spáchaný právní delikt (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku), anebo i v takové, kdy na zmíněnou scénu trestní represe, odpovědnost *nenastoupí*, neboť ani nemůže, protože vůbec chybí její základ, tj. trestný čin.

Relativně komplikovanější, protože méně jasněji podchycené právní úpravou, jsou tyto vztahy mezi represí (odpovědností) trestní a mimotrestní, máme-li na mysli oblast práva veřejného a *soukromého*.³⁰ Nicméně podstata těchto vztahů zůstává zachována jako v předcházejícím případě.

²⁷ Zevrubněji srov. NOVOTNÝ, O. – VANDUCHOVÁ, M. – ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 6. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 35 an.

²⁸ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 34, 35.

²⁹ Ibidem, s. 33 an.

³⁰ Podrobněji srov. op. cit. sub 6, s. 34: „... trestní represe (odpovědnost) se *uplatní* všude tam, kde *jsou* pro ni splněny formální (§ 12 odst. 1, § 13 odst. 1) a materiální (§ 12 odst. 2, § 39 odst. 2) podmínky, *bez ohledu* na existenci či neexistenci podmínek paralelní *soukromoprávní* odpovědnosti, aniž by to bylo v rozporu se zásadou subsidiarity trestní represe; srov. ÚS sp. zn. III. ÚS 1148/09. A naopak, trestní represe (odpovědnost) se *neuplatní*, pokud pro ni *nejsou* splněny formální (§ 12 odst. 1, § 13 odst. 1), ani materiální (§ 12 odst. 2, § 39 odst. 2) podmínky; uplatní se proto jen *soukromoprávní* odpovědnost, jsou-li pro ni splněny stanovené podmínky.“

2. Vztah *zásady* subsidiarity trestní represe a *principu* trestního práva jakožto ultima ratio (ultimum remedium);

Bylo již řečeno, že zásada subsidiarity trestní represe vychází z ekonomie trestního práva opřené o ... princip *ultima ratio*, je tedy (tato zásada) jeho projevem. Jako taková proto z něj pramení. Naproti tomu jinde se uvádí, že: „*Ze zásady subsidiarity trestní represe vyplývající princip ,ultima ratio‘ byl sice původně chápán spíše jako princip omezující zákonodárce v tom směru, že trestněprávní řešení je krajním prostředkem ve vztahu k ostatní delikt ní právní úpravě...*“³¹ Důvodová zpráva vidí tedy vztah zásady subsidiarity trestní represe a principu ultima ratio opačně, než prezentuje tento článek.

Podle mého soudu je logicky i věcně správné, aby zásada vycházela z principu jako z kategorie vyššího řádu, než je zásada samotná (i když se mezi nimi někdy nerozlišuje), a nikoli naopak. Spor o to, který z obou přístupů preferovat, je ale spíše jen čistě teoretický, odvislý od toho, z jakého pojetí právních zásad a principů ten který autor vychází. Rozhodující však bude zejména praktické fungování zásady subsidiarity trestní represe.³²

Naznačené vzájemně protichůdné vnímání vztahu zásady subsidiarity trestní represe a principu trestního práva jako *ultima ratio* nemá, jak se domnívám, žádný relevantní dopad ani v kontextu s tezí vyjádřenou v právní větě č. I R 26/2013: „... *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 (zásadu) aplikovat nikoli přímo, ale v zásadě jen prostřednictvím právních institutů a jednotlivých norem trestního práva.*“ Tu se totiž vyjadřuje pouze relace mezi právní zásadou a právní normou, bez ohledu na to, jaký je vztah mezi právní zásadou a právním principem.

2. NOVÝ TRESTNÍ ZÁKONÍK, NOVÁ PARADIGMATA?

Příslib v tomto směru nabízely jednotlivé verze důvodové zprávy k návrhu trestního zákoníku (dále i „osnova“). Zhruba před deseti lety se tak na *margo* ustanovení § 13 osnovy obsahujícího definici (pojmu) trestného činu uvádělo: „*K dosažení maximální legality podmínek trestní odpovědnosti je návrh nové kodifikace založen na formálním pojetí³³ trestného činu, což mj. povede ke zvýšení jednotnosti při výkladu a aplikaci zákona a k posílení rovnosti všech před zákonem. Toto řešení znamená opuštění dosavadního materiálního či formálně materiálního pojetí a je výraznou změnou určující charakter nové kodifikace trestního práva. Formálně právní pojetí trestného činu bude důsledně promítnuto do definic jednotlivých skutkových podstat trestných činů.*“³⁴

³¹ Důvodová zpráva k § 12 odst. 2 tr. zákoníku, cit. podle ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 116. Stejně uvádí i právní věta č. II R 26/2013, viz dále.

³² Op. cit. sub 6, s. 30 a tam uvedené další prameny. Jinak k obecné problematice právních principů a zásad lze jen namátkou odkázat např. na: BOGUSZAK, J. a kol. *Právní principy. Kolokvium*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999. DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenth, 2001, s. 51, 101. HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2. vyd. Praha: Prostor, 2004, s. 252 an. HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, na s. 414 řadí mezi prvky systému práva právní zásady a právní principy; srov. též s. 283 an. HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Vyd. a nakl. A. Čeněk, 2006, s. 139 an. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech – k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: UK, Nakl. Karolinum, 2002, s. 65 an. WINTNER, J. *Říše principů. Obecné a odpovědnostní principy současného českého práva*. Praha: UK, Karolinum, 2006, 278 s. aj.

³³ Důvodová zpráva tu hovoří pod termínem „pojetí“ ve skutečnosti jen o „pojmu“ trestného činu, což nelze jednoduše zaměňovat; srov. pozn. č. 20.

Podle schématu „dříve a nyní“ by bylo namístě chápat citovaná slova důvodové zprávy jako signalizaci změny v pojetí trestného činu, a to změny zcela zásadní povahy: dřívější *materiální* pojetí trestného činu (§ 3 odst. 1, 2, 4 zák. č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů /dále i „tr. zákon“/) bude novým trestním zákoníkem nahrazeno pojetím *formálním* (§ 13 odst. 1 zák. č. 40/2009 Sb., ve znění pozdějších předpisů, /dále i „tr. zákoník“/). A to proto, že: „*Formální pojetí trestného činu odpovídá více logice trestního práva... Formální pojetí trestného činu vede k přesnějšímu vymezení jednotlivých skutkových podstat trestných činů ... důsledně naplňuje zásadu žádný trestný čin bez zákona (srov. čl. 39 Listiny základních práv a svobod a § 1 návrhu trestního zákoníku) ... lépe reflektuje oddělení moci zákonodárné od soudní a výkonné... Formální pojetí trestného činu přitom neznamená, že by povaha a závažnost činu (která nahradila vážný pojem společenské nebezpečnosti, který nebyl ani definován a jako kritéria používal čistě formální typové okolnosti – srov. § 3 odst. 4 platného trestního zákona) neměla po jeho přijetí již žádný význam, když opak je pravdou, neboť tato materiální kritéria se v typové podobě uplatňují v legislativním procesu, a to při stanovení, jaká typová jednání – skutkové podstaty (základní, privilegované i kvalifikované) – jsou trestnými činy a s jakou trestní sazbou, a dále samozřejmě i při ukládání trestů za formálně vymezené trestné činy (přečiny a zločiny), kde se kritéria povahy a závažnosti činu vymezená v § 39 odst. 2 osnovy trestního zákoníku uplatní jako základní kritéria pro stanovení druhu trestu a jeho výměry. Kodifikace trestního práva hmotného vychází z formálního pojetí trestného činu, které však neznamená, že trestný čin lze chápat jako pouhý popis znaků charakterizujících trestný čin, neboť z hlediska jeho legislativního vymezení i jeho interpretace je třeba ho posuzovat jako čin společensky škodlivý (resp. tzv. materiálně protiprávní), což však nemá při jeho aplikaci samostatný význam, jak tomu bylo u materiálního pojetí. Zásadní rozdíl je však v přístupu k trestnému činu, kde formální pojetí neumožňuje orgánům činným v trestním řízení jít nad rámec vymezený zákonodárcem, který jako jediný subjekt je oprávněn určit, co je a co není trestným činem, včetně kvalifikovaných i privilegovaných skutkových podstat trestných činů, čímž jednoznačně stanoví hranice trestní odpovědnosti.“³⁵ (veškeré zvýraznění V. K.).*

Poslední zvýrazněná věta citace pak jasně charakterizuje něco, co nelze než beze zbytku akceptovat. Tedy něco, co zřetelně sděluje, že je navždy odstraněn základní a zásadní nedostatek předcházejícího materiálního pojetí trestného činu, a který již tak patří nenávratně minulosti.

Dnes už je dlouhodobě a notoricky známo, že trestněprávní pojetí trestného činu jako *jediného* základu trestní odpovědnosti, tedy jeho pojetí z hlediska viny (tj. v rovině základů trestní odpovědnosti),³⁶ není jednoduše tak „černobílé“ (materiální, nebo formální), jak by se mohlo z uvedených citací původní důvodové zprávy zdát.

³⁴ Citováno podle: ŠÁMAL, P. *Osnova trestního zákoníku*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 31.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Něco podstatně jiného je pojetí trestného činu jako *jednoho* ze základů, předpokladů (soudní) individualizace trestní odpovědnosti v podobě ukládání trestů soudem. O tento aspekt pojetí trestného činu se v tomto sdělení nejedná.

Z analýzy pojetí trestného činu v jednotlivých osnovách trestního zákoníku od roku 2003 dodnes, respektive do roku 2007/2008, svého času vyšel takovýto závěr: „... *pojetí trestného činu jakožto základu trestní odpovědnosti nemůže vyznít a být jiné než v rámci ... trestního práva hmotného kombinované, ať už je nazveme jakkoli, třeba i ,formálně-materiální‘. ... V takovémto případě pak je ovšem nadbytečné doplňovat ho ještě procesním principem oportunity, neboť tu zřejmě bude platit: superfluum nocet.*“³⁷

Zmíněné formálně-materiální pojetí trestného činu však bylo možné „držet“ už dříve, na bázi právní úpravy dané trestním zákonem, tj. s oporou o jeho ustanovení § 3 odst. 1, 2, 4.³⁸

Stručný přehled vývoje pojetí (pojmu) trestného činu coby základu trestní odpovědnosti „dříve a nyní“ tak naznačuje, že jeho pojetí *kombinované*, tj. *formálně-materiální*, a to na půdorysu předposlední právní úpravy, tj. trestního zákona (zákon č. 140/1961 Sb.) reálně bylo. Reálně však je i nyní, na bázi trestněprávní úpravy platné a účinné, tj. trestního zákoníku (zákon č. 40/2009 Sb.).

Lze se pak už jen ptát, kam se podělo avizované zcela nové paradigma v přístupu k trestnému činu coby základu trestní odpovědnosti?

3. SUBSIDIARITA TRESTNÍ REPRESY (ZNOVU)OBJEVENÁ – NÁHRADA ZA „MATERIÁLNÍ POJETÍ TRESTNÉHO ČINU“ ANEB „JE, (ČI NENÍ) JAK BYLO“?

Odpověď na otázku položenou v názvu podkapitoly 3. nabízí vlastně už částečně závěr předchozí kapitoly 2.

Funkce trestného činu z hlediska viny pachatele a jeho materiální stránky ve stejné roli, tedy jako jediného základu jeho trestní odpovědnosti, se podle mého soudu s přijetím nového trestního zákoníku nijak zásadně nezměnila a nemění. Rozhodně pak nelze absolutizovat ten fakt, že materiální stránka (dříve společenská nebezpečnost trestného činu) znakem jeho legální definice (pojmu) podle trestního zákona *byla*, kdežto podle trestního zákoníku (společenská škodlivost trestného činu) *nebyla*, respektive *není*. Jde totiž o to, že klíčové a stěžejní při těchto úvahách je *pojetí* trestného činu, nikoliv jen jeho samotný *pojem* (*definice*).

Pojetí trestného činu, jak již naznačeno shora, svým způsobem překračuje „omezený horizont“ jen jeho vlastního pojmu (vyjadřujícího *povahu* bezpráví /protiprávnosti/ činu jakožto činu trestného, tzn. trestnost), a sice tak, že k tomuto pojmu přidává odpovídající *korektiv rozsahu* (dosahu) tohoto trestního bezpráví (trestní protiprávnosti, trestnosti). Tedy korektiv buď jen formální, anebo korektiv materiální, o němž v této diskusi jde především. Za dané situace je pak lhostejné, zda je materiální stránka trestného činu v roli zmíněného korektivu jako pojmový (definiční) znak trestného činu v jeho legální definici vyjádřena, či nikoliv.³⁹ Poněkud zjednodušeně řečeno, před materiální stránkou trestného činu „neutečeme“, ať už ji do jmenované definice zahrnujeme, či nikoliv.

³⁷ KRATOCHVÍL, V. Pojetí trestného činu v osnovách trestního zákoníku ČR na přelomu tisíciletí a dnes. In: M. Vanduchová – T. Grivna. *Pocita Otovi Novotnému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 126.

³⁸ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. (Obecná část)*. Brno: MU Brno, 1994, s. 90.

Důsledně vyjádřeno, s oporou již o trestní *zákon* bylo možné vycházet z pojetí materiálně-formálního *stricto sensu*, z hlediska viny, tj. *formálně-materiálního* jak pojmu, tak i pojetí trestného činu (§ 3 odst. 1, 2, 4). Trestní *zákoník* pak vychází z formálního pojmu trestného činu (§ 12 odst. 1, § 13 odst. 1), který se v podobě opět jeho *formálně-materiálního* pojetí propojuje s materiálním korektivem dosahu trestnosti „ukrytým“ v zásadě subsidiarity trestní represe (§ 12 odst. 2).

Není sporu o to, že subsidiarita trestní represe, jakožto trestněprávní základní zásada, s výraznou především trestně politickou konotací (je základem úvah o kriminalizaci *de lege ferenda*), zde byla už dříve, tzn. „před“ ustanovením § 12 odst. 2 trestního zákoníku (a chce se dodat: bude i „po“ něm); viz výše Vstupní pojmové a metodologické poznámky a např. i usnesení NS sp. zn. 5 Tdo 506/2014, kde se na s. 17 mimo jiné uvádí: „... *zásada subsidiarity trestní represe nyní vymezená v § 12 odst. 2 tr. zákoníku, ... resp. princip ultima ratio ... byly aplikovatelné i za účinnosti trestního zákona č. 140/1961 Sb. ...*“ Stalo se ovšem, že citované zákonné ustanovení zmíněnou zásadu tak říkajíc více zviditelnilo a především se posunulo i její fungování na bázi společenské škodlivosti (případu, trestného činu) doposud jen z roviny *legis ferendae* do roviny *legis latae* (interpretace a aplikace hotového trestního zákona /§ 110 trestního zákoníku/).⁴⁰ Uvedený posun podle mého soudu však nic nemění na tom, že svou konstrukcí a dopady tato zásada ve vazbě na pojetí trestného činu v jeho funkci jediného základu trestní odpovědnosti zcela nové paradigma nenabízí.

Téhož výsledku, kterého bylo dosahováno za dřívější trestněprávní úpravy (a „materiálního pojetí trestného činu“), tzn. určité korekce rozsahu trestního bezprávní tím, že nebyla založena trestní odpovědnost v konkrétních případech činů jen nepatrně společensky nebezpečných (takže nešlo o trestný čin), se dosahuje nyní uplatněním zásady subsidiarity trestní represe, tzn. v případě méně závažných trestných činů uplatněním jejího korekčního způsobu použití; to vedle způsobu interpretačního, plnicího rovněž funkcí korektivu.⁴¹

Při jistém, a myslím, že akceptovatelném zjednodušení, lze uzavřít, že „je a bude, jak bylo“. Pouze dnes je to pro orgány činné v trestním řízení všechno poněkud složitější, respektive zajisté bylo, zvláště relativně krátce po účinnosti nového trestního zákoníku. V současné době, v pátém roce jeho „účinkování“, se situace snad již poněkud stabilizovala a rozhodovací praxe poněkud sjednotila, přičemž jde také o to, v jakém směru. Zda žádoucím, či nikoliv, poměrujeme-li tento efekt možným dvojím způsobem interpretace a aplikace stanoviska č. R 26/2013; viz dále.

³⁹ Více k tomu KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 176, 177. Srov. i nálezy ÚS ze dne 29. 4. 2014, sp. zn. I. ÚS 3113/13, bod IV./19. odůvodnění.

⁴⁰ R 26/2013 Sb. rozh. tr., s. 196/464.

⁴¹ Ibidem. Problematika užití zásady subsidiarity trestní represe jednak jako *interpretačního pravidla* s důsledkem tím, že in concreto *nebyl* spáchán trestný čin, a jednak jako *korektivu toho, aby se neuplatnila trestní odpovědnost*, i když konkrétně *byl* spáchán trestný čin, by vydala na samostatné pojednání, proto se jí na tomto místě blíže nezabývám. Jen zcela stručně dovozují, že obojí způsob užití zásady subsidiarity (tj. interpretační i korekční) představuje ve své podstatě tak či onak *korektiv* trestního bezprávní, a to *korektiv hmotněprávní* (jako důsledek *interpretačního* užití zmíněné zásady), jakož i *korektiv procesní* (jako důsledek *korekčního* užití zmíněné zásady). Při respektování jinak obecné důležitosti a potřeby diferencovat pojmy nevidím proto důvod spojovat efekt „korekční“ jen s užitím této zásady jako korektivu k tomu, aby se neuplatnila trestní odpovědnost, jak činí odůvodnění citovaného stanoviska R 26/2013.

4. MATERIÁLNÍ STRÁNKA TRESTNÉHO ČINU Z POHLEDU VINY A TRESTU VE SVĚTLE TRESTNÍHO ZÁKONA (1961) A TRESTNÍHO ZÁKONÍKU (2009)

Spíše jen tezevitě si dovolím na tomto místě připomenout jinak poučenému čtenáři již víceméně známá fakta.

Předně podle trestního zákona (1961) materiální stránka trestného činu (*společenská nebezpečnost*) je, respektive *byla* pojmovým znakem jeho legální definice obsažené v § 3 odst. 1, jak již několikrát řečeno. Jako taková *představovala* znak trestného činu coby *jediného* základu trestní odpovědnosti (viny), respektive obsahovou (materiální) náplň standardních (formálních) znaků subjektu, objektu, subjektivní stránky uvedených v té které zákonné skutkové podstatě trestného činu. Kromě toho *byla* též znakem (ve smyslu jejich obsahové náplně) trestného činu jako *jednoho* z předpokladů ukládání trestů, to vedle možnosti nápravy a poměrů pachatele; § 31 odst. 1.

Naproti tomu materiální stránka trestného činu, jeho *společenská škodlivost* podle trestního zákoníku (2009), pojmovým znakem legální definice vyjádřené v § 13 odst. 1 *není*. Proto jako taková *nepředstavuje* znak trestného činu jakožto *jediného* základu trestní odpovědnosti (viny). Je pouze *materiálním korektivem* formálního pojmu trestného činu jako *jediného* základu trestní odpovědnosti (viny). Materiální stránka trestného činu v „kostýmu“ *povahy a závažnosti* působí coby materiální korektiv formálního pojmu trestného činu jako *jednoho* z předpokladů ukládání trestů, kromě poměrů pachatele, možnosti jeho nápravy a dalších kritérií; § 38 odst. 1, § 39 odst. 1, 2.

Tehdy i dnes je však materiální stránka trestného činu spjata s tímto pojmem ve *dvoji* roli a zejména dvojím významu, které, jak už bylo nesčetněkrát zdůrazňováno, nelze libovolně zaměňovat. V opačném případě, tedy v duchu vnímání a zacházení na způsob: „vina a trest, jedno jest“, se lze dočkat řady negativ z toho plynoucích.⁴²

Jestliže těmto negativům nezabránilo, respektive umožňovalo je předcházející „materiálně-formální“ pojetí trestného činu tzv. *lato sensu, de lege lata*, z hlediska viny,⁴³ neboť pojetí „formálně-materiální“⁴⁴ jako naopak jejich překážka jednoznačně nepřevážilo, je třeba se ptát, zda to dokáže alespoň „formálně-materiální pojetí“ trestného činu na bázi § 12 odst. 1, § 13 odst. 1 a § 12 odst. 2 trestního zákoníku, a za jakých předpokladů?

⁴² Srov. aktuálně a podrobněji KRATOCHVÍL, V. Materiální stránka trestného činu jako předmět dokazování ve smyslu § 89 odst. 1 písm. c) tr. řádu. *Státní zastupitelství*. 2014, č. 3, s. 47: „... ztotožnění viny a trestu způsobuje v rovině *viny* (základů trestní odpovědnosti) jistý „rozkol“. A sice tím, že rozměňuje požadovaný *rovný* přístup ke všem pachatelům stejného trestného činu, žádoucí právě z hlediska jejich *viny* a garantovaný nepřekročitelným rámcem skutkové podstaty trestného činu, kterou „rozpouští“ v tzv. „... všech okolnostech případu.“ Produktem uvedeného přístupu je právní nejistota, nepředvídatelnost rozhodování v trestních věcech a koneckonců i ve svém výsledku (trestní) *nespravedlnost*, o ohrožování ústavně založené dělby moci nemluvě (čl. 39 Listiny základních práv a svobod ve vazbě na čl. 15 an., čl. 54 an. a čl. 81 an. Ústavy). V rovině *trestů* (trestních sankcí, právních následků základů trestní odpovědnosti) by pak takovéto ztotožnění viny a trestu působilo rovněž „destruktivně“. V tomto případě tak, že by eliminovalo požadovaný naopak *nerovný* přístup ke všem pachatelům, byť stejného trestného činu, žádoucí právě z hlediska jejich *trestního sankcionování*, má-li jít o postih důsledně *individualizovaný*, jestliže by soud byl limitován nepřekročitelným rámcem skutkové podstaty trestného činu a nesměl zohlednit i další tzv. „... všechny okolnosti případu.“ Produktem takového přístupu by byla sice určitá „právní jistota“, „předvídatelnost rozhodování v trestních věcech“, avšak ve svém výsledku zase jen (trestní) *nespravedlnost*. Abychom se však na obou stranách, respektive v obou rovinách trestního práva (*vina a trest*) dobrali alespoň jisté *spravedlnosti*, je nezbytné obě roviny důsledně diferencovat. To logicky platí i pro samu materiální stránku trestného činu, ...“

⁴³ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. (Obecná část)*. Brno: MU Brno, 1994, s. 88, 89.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 89, 90.

5. „ANATOMIE“ USTANOVENÍ § 12 ODS. 2 TRESTNÍHO ZÁKONÍKU V JEHO AKTUÁLNÍM KOMENTÁŘI A V JUDIKATUŘE NEJVYŠŠÍHO SOUDU

5.1 „Případ“ a „trestný čin“ společensky škodlivý

Předně je zapotřebí zdůraznit, že citované ustanovení hovoří pouze a jen o „případech“ společensky škodlivých, nikoliv též o trestných činech či o trestném činu.

Aktuální komentářová literatura v této souvislosti pak uvádí, že: „... *trestným i činy mohou být pouze závažnější případy* (veškeré zvýraznění V. K.) *protispoločenských jednání, a to podle zásady, že tam, kde postačí k regulaci prostředky správního nebo civilního práva ... jsou trestněprávní prostředky ... nadbytečné ... nepřipustné.*“⁴⁵ Dále je zdůrazněno, že: „... *společenská škodlivost činu* (předchozí zvýraznění V. K.) *se vztahuje k spáchanému činu, který zasáhl zájmy chráněné trestním zákoníkem ... konkrétní spáchaný trestný čin je natolik společensky škodlivý, aby byl uplatněn trestní postih.*“⁴⁶ Konečně se připomíná, že: „*Při tomto přístupu* (tj. s oporou o § 12 odst. 2 trestního zákoníku, V. K.) *má hledisko společenské škodlivosti povahu významného interpretačního pravidla, které napomáhá zákonnou skutkovou podstatu konkrétního trestného činu* (zvýraznění V. K.) *i jeho jednotlivé formální znaky vyložit podle jejich smyslu ... Zvolené řešení má za cíl napomoci k odlišení trestných činů od těch deliktů, které by neměly být považovány za trestné činy ...*“⁴⁷

Otázka, která se v návaznosti na citovaný komentář přímo nabízí, je zdánlivě banální. Jedná se totiž o to, zda mezi pojmy *případ* a *trestný čin*, v kontextu díkce a obsahu § 12 odst. 2 trestního zákoníku, lze či nelze klást rovnítko? Přiznám se, že již od počátku, kdy se toto zákonné ustanovení objevilo na scéně, jsem neměl pochybnost o jejich obsahové totožnosti, respektive výrazem „případ“ jsem vždy rozuměl, v daném kontextu, „trestný čin“, jinak řečeno „případ trestného činu“, na rozdíl od takovýchto případů jiných. Také už jenom proto, že zákon tu hovoří o uplatňování trestní odpovědnosti pachatele, tedy o odpovědnosti, jejímž jediným a výlučným základem může být trestný čin, nikoliv nějaký amébový „případ“, byť společensky škodlivý.

Rovněž výše citovaný aktuální komentář, jak mám za to, chápe „trestný čin“ a „případ“, podle logiky § 12 odst. 2 trestního zákoníku, jako synonyma, která nelze obsahově jakkoliv oddělovat. Ovšem z textu na téže straně: „... *jde o zásadu* (subsidiarity trestní represe, V. K.), *kteřá musí být používána a aplikována v průběhu celé interpretace a aplikace konkrétní trestněprávní normy na posuzovaný případ* (zvýraznění V. K.), *a to jednak při výkladu jednotlivých znaků skutkové podstaty, ale i při celkové úvaze, zda jde o případ* (zvýraznění V. K.) *natolik společensky škodlivý, že nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu (princip ultima ratio).*“⁴⁸ podle mého soudu plyne, že tento zdroj ve skutečnosti pracuje s „materiálním pojetím případu“ a s „formálně-materiálním pojetím trestného činu“ jako se *dvěma odlišnými* kategoriemi; (viz níže 5. 2). I když z další části citovaného textu komentáře:

⁴⁵ ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 116.

⁴⁶ Ibidem, s. 117, 118.

⁴⁷ Ibidem, s. 135.

⁴⁸ Ibidem.

„Z logiky věci pak vyplývá, že z hlediska vymezení zásady subsidiarity trestní represe v § 12 odst. 2 a úvahy, zda jde na jejím podkladě o trestný čin či nikoli, nebude tato zásada aplikována v případech mimořádně závažných trestných činů ...“ by bylo možné naopak usuzovat, že citovaný pramen chápe „případ“ a „trestný čin“ tak, jak naznačuji za sebe v následujícím odstavci.

Ve světle toho, co bylo řečeno, se domnívám, že lze a je třeba spojovat s ustanovením § 12 odst. 2 trestního zákoníku nejen pojem „případu“, nýbrž i samotný pojem „trestného činu“. Přesněji a jinak řečeno, termín „případ“ nabízí pouze jiné pojmenování *téhož* stěžejního pojmu v citovaném zákonném ustanovení, jímž je ve skutečnosti pouze a jen „trestný čin“ coby základ trestní odpovědnosti; srov. i NS sp. zn. 7 Tdo 303/2012.

5.2 Co je (tedy) základem trestní odpovědnosti: „případ“, nebo „trestný čin“?

V průběhu diskuse o návrhu už shora citovaného stanoviska NS sp. zn. Tpjn 301/2012 (publikovaného pod č. R 26/2013 Sb. rozh. tr.) zazněla v návaznosti na výše citované pasáže tato slova: *„Společenská škodlivost se vztahuje ke společensky škodlivým případům, a i když budou naplněny formální znaky, tak by se nepovažoval čin za trestný. Dikce se nezužuje jen na činy společensky škodlivé, zákon mluví o případech společensky škodlivých. Mohou se vyskytnout další okolnosti, které mohou způsobit, že by se čin nepovažoval za trestný.“*; zvýraznění V. K.

Zejména předposlední věta („Dikce se nezužuje ...“) přinejmenším naznačuje ve spojení s § 12 odst. 2 trestního. zákoníku jakousi dualitu „činu“ a „případu“, respektive naopak. Tomu rozumím tak, že se tu zdůrazňuje diferenciaci mezi „případem“ opřeným jen o jeho společenskou škodlivost (pracovní název: „*materiální pojetí případu*“), a „činem“ pojímaným *formálně-materiálně*, jež mají, či nemají být posuzovány podle trestního práva, tedy nejprve „případ“ sám, a poté, je-li jako takový hoden zájmu ze strany trestního práva, i „čin“ coby případný základ trestní odpovědnosti jako čin soudně trestný, trestný čin.

Dualita „případu“ a „(trestného) činu“ neboli jakási zvláštní „dialektika“ *materiálního pojetí případu* a *formálně-materiálního pojetí trestného činu*, může znamenat, jak se obávám, přímé ohrožení právní jistoty, zejména pak toho jejího aspektu, jímž je předvídatelnost způsobu aplikace trestněprávních norem.

Podle „materiálního pojetí případu“ – *I. krok* – by se nejprve pohlédlo čistě materiálně na „případ“, tzn. z hlediska všech okolností ovlivňujících jeho společenskou škodlivost, tj. i z hlediska *všech dalších okolností*, které s ním souvisejí, tedy z hledisek nejen trestněprávně relevantních ve smyslu jejich podřaditelnosti pod znaky konkrétní skutkové podstaty, nýbrž i z hlediska okolností takto irelevantních. Teprve poté – *II. krok* –, byl-li by jako takový daný případ vůbec hoden zájmu ze strany trestního práva, by se zkoumalo, zda po stránce formální a materiální odpovídá znakům příslušné skutkové podstaty uvažovaného trestného činu chápáného formálně-materiálně.

Přitom právě onen „I. krok“ skrývá v sobě reálné nebezpečí, že se v množině tzv. „všech dalších okolností případu“ (tj. trestněprávně relevantních i irelevantních z hlediska viny pachatele) ovlivňujících jeho konkrétní společenskou škodlivost zcela „utopí“ jen ty, které jsou trestněprávně relevantní pro naplnění určité skutkové podstaty trestného činu (vina).

Výsledkem pak může být buď závěr, že s ohledem i na tyto ostatní okolnosti, byť trestněprávně irelevantní z hlediska viny, *nejde* o takový „případ“, jenž by byl hoden zájmu ze strany trestního práva (ačkoliv trestný čin spáchán *byl*, pokud by se vycházelo jen z okolností trestněprávně relevantních), anebo naopak, že s ohledem i na tyto ostatní okolnosti, byť trestněprávně irelevantní z hlediska viny, *jde* o takový „případ“, jenž by byl hoden zájmu ze strany trestního práva, tedy vedoucí k závěru o existenci základu trestní odpovědnosti (ačkoliv trestný čin spáchán *nebyl*, pokud by se vycházelo jen z okolností trestněprávně relevantních).

Naznačené „nebezpečí I. kroku“ pak úzce souvisí se ztotožňováním (nediferencováním) funkce materiální stránky trestného činu z hlediska viny a trestu, respektive z něj přímo vyplývá, a to se všemi vzpomenuťmi negativními dopady; viz výše bod 4.

Optikou jiných pojmů, jakými jsou *skutkový děj*, *skutkový stav věci* a *skutková podstata trestného činu*, by v duchu možného chápání zásady subsidiarity trestní represe, vyjádřeného v předmětném stanovisku NS, byl klíčovým pojmem pro úsudek, zda použít, či nepoužít trestní represe, nikoliv fakt, že byla, či nebyla naplněna *skutková podstata příslušného trestného činu*, nýbrž závěr orgánu činného v trestním řízení, zda se v konkrétně posuzovaném *případě* s ohledem na jeho konkrétní společenskou škodlivost má, nebo nemá uplatnit trestní odpovědnost, postačí-li u této druhé možnosti uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu. Přitom onen „případ“ by odpovídal výše uvedenému pojmu *skutkový děj*.

Zmíněné možné chápání a uplatňování zásady subsidiarity trestní represe, včetně rizika a negativ nediferencování mezi materiální stránkou trestného činu z hlediska viny a trestu, by tak vlastně představovalo sofistikovanou podobu bývalého *materiálně-formálního pojetí trestného činu lato sensu, de lege lata, z hlediska viny*.⁴⁹ Tím by se „společenská nebezpečnost“ pro právní jistotu právě takovéhoho chápání trestného činu ještě násobila, neboť by tu nešlo o nic jiného než o již zmíněné ryze „materiální pojetí případu“ (skutkového děje). Otázky pojetí „trestného činu“ jakožto základu trestní odpovědnosti, tradiční to materie již klasického trestního práva 18. století, by tak byly poněkud odsouvány stranou.

Z šestice právních vět citovaného stanoviska trestního kolegia Nejvyššího soudu se výše popsané a rozebírané problematiky přímo dotýká věta 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.

⁴⁹ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. (Obecná část)*. Brno: MU Brno, 1994, s. 88, 89.

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.“

Jakýmsi „neuralgickým“ bodem textu citované právní věty, z hlediska problému sledovaného v tomto článku, jsou následující proložené pasáže jejího textu: „*Společenská škodlivost není zákonným znakem trestného činu, ... 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.*“

V odůvodnění této právní věty můžeme k tomu číst: „*Lze tedy shrnout, že konkrétní společenskou škodlivost je třeba řešit v každém takovém posuzovaném případě přísně individuálně především:*

- a) s přihlédnutím ke konkrétním skutkovým okolnostem podřaditelným pod jednotlivé znaky skutkové podstaty spáchaného trestného činu, ale i*
- b) vzhledem k dalším okolnostem případu, což důvodová zpráva naznačuje odkazem na § 39 odst. 2, ...“⁵⁰; veškeré zvýraznění V. K.*

Citovaná právní věta zdůrazňuje nejen nutnost posuzovat míru materiální stránky trestného činu „*případ od případu*“, bez opory o jakékoliv obecné (typové) měřítko uvedené v zákoně, jakož i mimo zákonné znaky trestného činu, ale zejména i nutnost hodnotit ji s ohledem na intenzitu naplnění kritérií vymezených v § 39 odst. 2 tr. zákoníku ..., a sice ve vztahu i k *dalším okolnostem případu*, ne tedy striktně pouze a jen v rámci znaků zvažované skutkové podstaty trestného činu /viz písm. a) /, byť by sama nebyla jejím znakem. Tím se takto „přiznává“, že pro oblast základů trestní odpovědnosti (rovinu viny) konstituuje stanovisko takový její základ, jenž odpovídá parametrům toho, co bylo výše označeno jako *materiálně-formální pojetí trestného činu lato sensu, de lege lata, z hlediska viny*. Jde o přístup, jenž se vyznačuje vysokou mírou směřování viny a trestu, lépe řečeno směřováním funkcí, které má naopak diferencovaně plnit z obou hledisek (tj. viny a trestu) materiální stránka trestného činu.

Pokud by tedy shora popsán přístup stanoviska R 26/2013 měl být vnímán jako jediný správný způsob uplatňování zásady subsidiarity trestní represe v praxi a jestliže by si orgány činné v trestním řízení, zejména soudy tento způsob beze zbytku a jednotně osvojily, potud se lze rozloučit s jakýmkoliv ambicemi směrem k upevňování právní jistoty jakožto jednoho z atributů právního státu. Důsledkem naopak bude, že co soud, to *individuální zákonodárce*. Přístup sice nepochybně velmi individuální, bohužel, však vysoce nerovný, nepředvídatelný a tudíž nespravedlivý, pohybujeme-li se v rovině základů trestní odpovědnosti, tedy viny.

Vše, co bylo dovozeno z právní věty II., vyznívá ovšem dosti pesimisticky. Nic však není ztraceno, zamyslíme-li se nad jejím obsahem v kontextu právní věty I. Domnívám se

⁵⁰ R 26/2013 Sb. rozh. tr., s. 203/471.

totiž, že již samotné stanovisko nabízí reálnou možnost, jak je pochopit, interpretovat a aplikovat zcela v souladu se standardními atributy právního státu, tedy v duchu *formálně-materiálního pojetí trestného činu*, s nimiž, zdá se, je „na štíru“ jen právní věta II., pokud by byla vnímaná izolovaně, bez bližších souvislostí právě s větou I.

Připomeňme si znění podstatné části právní věty 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 případech 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. ...“

Relevantními pasážemi jejího odůvodnění z hlediska námi nabízené, protože akceptovatelné její interpretace a aplikace jsou pak tyto: *„... zásada subsidiarity trestní represe se uplatňuje vedle obecné definice trestného činu ve smyslu § 13 odst. 1 tr. zákoníku. Přitom je však třeba zdůraznit, ... že její použití či uplatnění nestojí mimo znaky konkrétního spáchaného trestného činu ... 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 svém celku charakterizují jako čin společensky škodlivý, před kterým je třeba společnost i jednotlivé fyzické a právnické osoby chránit, ...“*⁵¹; veškeré zvýraznění V. K.

K tomu je zapotřebí ještě přidat část odůvodnění i právní věty II., a sice: *„... trestní zákoník jinak terminologicky důsledně rozlišuje hodnocení a posuzování rozhodných skutečností z hlediska míry společenské škodlivosti při použití zásady subsidiarity trestní represe v souvislosti s řešením otázky viny od hodnotících kritérií pro posuzování povahy a závažnosti trestného činu při určování druhu trestu a jeho výměry, tedy za situace, kdy již je shledána potřebná míra společenské škodlivosti pro uplatnění trestní odpovědnosti (viny, V. K.) pachatele.“*⁵²; veškeré zvýraznění V. K.

Za klíčové konstatování v odůvodnění považuji ten fakt, že formálně definovaný pojem trestného činu v § 13 odst. 1 trestního zákoníku je zároveň chápán jako souhrn takových znaků, které ho ve svém celku charakterizují jako čin společensky škodlivý. Jinými slovy, odůvodnění zde nehovoří o ničem jiném, jak mám za to, než o takovém pojmu, respektive i pojetí trestného činu, které jsem výše označil jako *formálně-materiální*. Navíc též zdůrazňuje, a tím podporuje závěr o onom formálně-materiálním pojetí trestného činu, nezbytnost diferencovaného pohledu na jeho samu společenskou škodlivost, tj. pohledu diferencovaného z aspektu viny a trestu.⁵³

⁵¹ R 26/2013 Sb. rozh. tr., s. 198/466, 199/467.

⁵² R 26/2013 Sb. rozh. tr., s. 202/470. NS sp. zn. 3 Tdo 1455/2012. V podrobnostech srov. ŠAMAL, P. Subsidiarita trestní represe ve vztahu k jednotlivým skutkovým podstatám trestných činů v trestním zákoníku. *Trestně-právní revue*. 2010, č. 5, s. 134.

⁵³ Více k tomu srov. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 209 an.

Lze učinit dílčí závěr:

Přijaté sjednovací stanovisko NS k subsidiaritě trestní represe (R 26/2013 Sb. rozh. tr.) je možné interpretovat a v té návaznosti aplikovat orgány činnými v trestním řízení, zejména pak soudy *dvojím* způsobem.

První způsob spočívá v tom, že společenská škodlivost jakožto materiální stránka trestného činu coby jediného základu trestní odpovědnosti (viny), se hodnotí z hlediska viny pachatele ve vztahu pouze a jen ke všem znakům zvažované skutkové podstaty trestného činu, nikoli však též k dalším okolnostem případu. To znamená *diferencovaně* s ohledem na *vinu* a *trest*, což vede, v rovině viny pachatele (základů trestní odpovědnosti) k aplikaci takového pojetí trestného činu, jež jsme jinde označili jako pojetí *materiálně-formální stricto sensu, de lege lata, z hlediska viny* neboli pojetí *formálně-materiální*. Jeho nesporná *pozitiva* ve vztahu k právní jistotě atd., a tudíž i jeho *přijatelnost* byla rovněž již vzpomenuata; viz výše, bod 4. Pokud by se v trestní praxi ujal jako převažující právě tento způsob „práce“ se společenskou škodlivostí trestného činu v rámci zásady subsidiarity trestní represe jakožto převažující, respektive jako „správný judikaturní“ a v tom smyslu pro soudy závazný, potom by to byla velmi *dobrá* zpráva. Situace ve srovnání s dobou před přijetím trestního zákoníku by tu byla v podstatě srovnatelná. Ovšem tehdejší soudní praxe se spíše jen sporadicky přidržovala striktního přístupu, tzn. že by posuzovala a využívala společenskou nebezpečnost trestného činu v rámci jeho skutkové podstaty a jejích znaků jako hranic dosahu trestního bezpráví; srov. níže odkaz na Breiera.

Druhý způsob spočívá naopak v tom, že společenská škodlivost coby materiální stránka trestného činu jako jediného základu trestní odpovědnosti (nikoliv tedy stránka „materiálně pojímaného případu“ coby takového jeho základu), se hodnotí z hlediska viny pachatele ve vztahu ke všem znakům zvažované skutkové podstaty trestného činu a dalším okolnostem případu. To znamená *nediferencovaně* s ohledem právě na *vinu* a *trest*, což vede k důsledkům spojovaným právě s pojetím trestného činu označovaným jako pojetí *materiálně-formální lato sensu, de lege lata, z hlediska viny*. Jeho nesporná *rizika* pro právní jistotu atd., a tudíž i jeho *nepřijatelnost* byla již vzpomenuata; viz výše, bod 4., bod 5. 2. Pokud by se v trestní praxi ujal jako převažující právě tento způsob „zacházení“ se společenskou škodlivostí trestného činu v rámci zásady subsidiarity trestní represe jakožto převažující, respektive jako „správný judikaturní“ a v tom smyslu pro soudy závazný, potom by to *dobrá* zpráva *nebyla*. Situace ve srovnání s dobou před přijetím trestního zákoníku by tu byla opět v podstatě stejná. Také tehdejší soudní praxe hojně využívala, respektive i zneužívala společenskou nebezpečnost vedle, „nezávisle“ na skutkové podstatě trestného činu a jejích znacích jakožto limitů dosahu trestního bezpráví, při řešení již otázek viny samotné.⁵⁴

⁵⁴ Historicky lze odkázat např. už na práci BREIER, Š. O pojme drobnej delikvencie vo vztahu k možnosti rozlišit jednotlivé deliktuálne formy. *Socialistické súdnictvo*. 1970, č. 11, s. 11, 12, 15. Autor zde varuje před takovýmto chybným, tudíž nepřijatelným nakládáním s materiální stránkou trestného činu vycházející z recidivy, při odlišování tehdejších trestných činů od přečinů.

6. ZÁSADA SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE V JUDIKATUŘE NEJVYŠŠÍHO SOUDU A ÚSTAVNÍHO SOUDU

6.1 Judikatura NS před přijetím stanoviska Tpjn 301/2012 (R 26/2013 Sb. rozh. tr.)

Časový úsek před přijetím stanoviska NS R 26/2013 Sb. rozh. tr. zahrnuje období platnosti tehdy účinného trestního *zákona* (1961), jakož i dobu od účinnosti trestního *zákoníku* (2009), tj. od 1. 1. 2010, do 30. 1. 2013, kdy NS předmětné stanovisko přijal.

Dřívější soudní praxe vycházející z konstantní judikatury k § 3 odst. 1, 2, 4 trestního zákona byla *dvojí*, odpovídající v podstatě dvojímu způsobu interpretace a aplikace i sjednocovacího stanoviska NS R 26/2013 Sb. rozh. tr., jež jsem předestřel v závěru předchozího bodu 5. 2 jako dílčí závěr.

Jedni pracovali s citovaným zákonným ustanovením v souladu s požadavky legality trestního práva hmotného. Jinými slovy, ctili, z hlediska viny pachatele *formálně-materiální pojetí* trestného činu. Druzí se přidrželi přístupu z aspektu legality trestního práva poměrně „uvolněného“, neboť v rovině základů trestní odpovědnosti vycházeli v případě trestného činu z jeho *materiálně-formálního pojetí lato sensu, de lege lata z hlediska viny*.

Jednu či druhou praxi můžeme doložit konkrétními rozhodnutími, zejména Nejvyššího soudu samotného. O formálně-materiální pojetí trestného činu se zřejmě opírala např. rozhodnutí⁵⁵ NS R 43/1990, R 19/1994, R 26/1994, R 43/1996, R 20/1998, R 2/2001, R 20/2006 aj. Naopak pojetí materiálně-formální *lato sensu, de lege lata z hlediska viny* se odrazilo v R 12/1970, nebo v R 13/1973-II (pokud se aplikovalo jen z hlediska viny pachatele).

Z doby po přijetí nového trestního zákoníku (ovšem jen do 30. 1. 2013, tj. přijetí stanoviska Tpjn 301/2012) je aplikace formálně-materiálního pojetí trestného činu doložena např. těmito rozhodnutími: sp. zn. 6 Tdo 986/2012, 6 Tdo 1234/2012.

Naproti tomu pojetí materiálně-formální *lato sensu, de lege lata z hlediska viny* se podává např. z rozhodnutí NS sp. zn. 8 Tdo 1219/2012, 8 Tz 16/2012.

6.2 Judikatura NS po přijetí stanoviska Tpjn 301/2012 (R 26/2013 Sb. rozh. tr.)

V návaznosti na přijaté stanovisko Tpjn 301/2012 je situace následující.

Aplikace formálně-materiálního pojetí trestného činu může být doložena rozhodnutími NS: sp. zn. 3 Tdo 1386/2013, 5 Tdo 587/2014, 5 Tdo 1240/2013, 6 Tdo 520/2013, 6 Tdo 803/2014, 7 Tdo 489/2014.

Pojetí materiálně-formální *lato sensu, de lege lata z hlediska viny* lze dokumentovat např. těmito rozhodnutími NS: sp. zn. 4 Tdo 614/2014, 8 Tdo 775/2014.

Je možné se též setkat s aplikací obojího pojetí trestného činu, a to v jediném rozhodnutí, tedy s jakousi jejich kombinací („na druhou“); srov. sp. zn. 3 Tdo 911/2014.

⁵⁵ Z důvodů limitovaného rozsahu článku pochopitelně neuvádíme podrobnější výtahy z toho kterého rozhodnutí. Je na čtenáři, aby si je v případě zájmu vyhledal podle sp. zn. na [www NS](http://www.ns.cz).

6.3 Modifikovaná interpretace stanoviska NS Tpjn 301/2012 (R 26/2013 Sb. rozh. tr.)

V zájmu posílení „pozice“ a šancí výše v závěru bodu 5. 2 zmíněného „prvního“ způsobu interpretace a praktického užití nadepsaného sjednocovacího stanoviska jsem už svého času navrhl jisté úpravy znění I. a II. právní věty, potažmo i III. Ty měly následující proložením vyznačenou podobu:

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. Tento závěr je však korigován uplatněním 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 použití materiálního korektivu z hlediska viny spočívajícího v aplikaci subsidiarity trestní represe vyplývá z toho, že jednotlivé případy (činy) musí vykazovat takovou míru společenské škodlivosti hodnocené v rámci znaků uvedených v trestním zákoníku, která zakládá jejich protiprávnost a trestnost ve smyslu § 13 odst. 1 tr. zákoníku. V opačném případě o trestný čin nejde. Z hlediska ukládání trestu se hodnotí povaha a závažnost spáchaného trestného činu mimo rámec znaků uvedených v trestním zákoníku (§ 39 odst. 2 tr. zákoníku).

II. Zakotvení zásady subsidiarity trestní represe a z ní vyplývajícího principu ultima ratio do trestního zákoníku má z hlediska viny význam i interpretační, neboť znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby za trestný čin byl považován jen čin společensky škodlivý. Společenská škodlivost činu 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 spáchaného méně závažného trestného činu, u něhož je nutné ji zhodnotit s ohledem na intenzitu naplnění kritérií vymezených jinak pro účely trestání v § 39 odst. 2 tr. zákoníku, a to ve vztahu ke konkrétním znakům zvažované skutkové podstaty trestného činu, resp. v jejich rámci. Úvaha o tom, zda jde o čin, který není trestným činem pro nedostatek škodlivosti pro společnost, se uplatní v případech, ve kterých posuzovaný skutek z hlediska spodní hranice trestnosti neodpovídá běžně se vyskytujícím trestným činům dané skutkové podstaty.

III. Kritérium společenské škodlivosti, resp. povahy a závažnosti činu je projevem principu ‚ultima ratio‘, z kterého vyplývá, že trestní právo má místo pouze tam, kde jiné prostředky z hlediska ochrany práv fyzických a právnických osob jsou vyčerpány, neúčinné nebo nevhodné, neboť byl spáchán po formální a materiální stránce trestný čin, na nějž je třeba reagovat prostředky trestního práva.

Stručně ke zdůvodnění navržených úprav a v návaznosti na část odůvodnění stávajícího, neupraveného, jsem doporučil uvést, že konkrétní společenskou škodlivost

z hlediska viny, jakož i povahu a závažnost trestného činu z hlediska trestu je třeba řešit a hodnotit v každém takovém posuzovaném případě přísně individuálně především:

- a) *z hlediska viny s přihlédnutím ke konkrétním skutkovým okolnostem podřaditelným pod jednotlivé znaky skutkové podstaty spáchaného trestného činu,*
- b) *z hlediska trestu vzhledem k dalším okolnostem případu, což důvodová zpráva naznačuje odkazem na § 39 odst. 2, dále pak*
- c) *s přihlédnutím k trestní sazbě zvažovaného trestného činu, která vždy vyjadřuje typovou společenskou škodlivost takového trestného činu, a v neposlední řadě také*
- d) *při zvážení, zda nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu, nejde-li v konkrétním případě o trestný čin.“*

6.4 Zásada subsidiarity trestní represe v recentní judikatuře Ústavního soudu

Stranou zájmu Ústavního soudu zásada subsidiarity trestní represe samozřejmě nezůstala již dříve,⁵⁶ ale ani relativně aktuálně. Z poslední doby lze upozornit zejména na nález prvního senátu jmenovaného soudu ze dne 29. 4. 2014, sp. zn. I. ÚS 3113/13.

Ten v bodu IV./31. vyslovil zajímavou myšlenku: „*Jestliže obecné soudy neaplikují zásadu subsidiarity trestní represe, 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 Listiny ...*“ Škoda, že nebyla v dalším textu více rozvedena a zdůvodněna,⁵⁷ i když i toto její „úsporné“ vyjádření samo o sobě je pozoruhodné a více než zřetelné. Jestliže totiž na jiném místě nález konstatuje, že „... *Toto ustanovení (§ 12 odst. 2) je nutno chápat jako součást definice trestného činu, byť její prvotní část byla věčena do § 13 odst. 1 trestního zákoníku...*“, potom nerespektování nejen dikce a smyslu již § 13 odst. 1 trestního zákoníku, nýbrž i znění § 12 odst. 2 je skutečně rozporné se zmíněnou zásadou (principem) *nullum crimen, nulla poena sine lege*, jež požaduje Listina ve svém čl. 39. Totéž platí i *a contrario*, jak mám za to, a sice tak, že aplikace zásady subsidiarity trestní represe vycházející ze společenské škodlivosti konkrétního (případu) trestného činu, vyjádřená v § 12 odst. 2 trestního zákoníku, je-li vedena, respektive probíhala-li v duchu pojetí trestného činu materiálně-formálního *lato sensu*, z hlediska viny, tzn., hodnotí-li se tato společenská škodlivost podle všech okolností mimo hranice skutkových podstat trestných činů coby limitů oné zákonnosti (... *sine lege*), jde rovněž o rozpor se jmenovanou zásadou *nullum crimen...*, jakož i s čl. 39 Listiny. Výše citovaný závěr Ústavního soudu, který nemohu než akceptovat, protože v podstatě míří k formálně-materiálnímu pojetí trestného činu, se ovšem poněkud mýlí s jinde naznačeným, a Ústavním

⁵⁶ Srov. jeho judikaturu podrobně citovanou např. v komentářích k § 12 odst. 2 tr. zákoníku či v důvodové zprávě k návrhu tohoto právního předpisu.

⁵⁷ Ani nález ze dne 10. února 2011, sp. zn. III. ÚS 2523/10, ve svém bodu VI./46., který byl v podstatě převzat do bodu IV./31. nálezu sp. zn. I. ÚS 3113/13, bližší rozvedení této ideje nenabízí.

soudem patrně (?) akceptovaným pojetím trestného činu, v návaznosti na subsidiaritu trestní represe, a to materiálně-formálním *lato sensu, de lege lata* z hlediska viny.⁵⁸

6.5 Ústavní aspekty dvojí interpretace a aplikace stanoviska NS Tpjn 301/2012 (R 26/2013 Sb. rozh. tr.)

Interpretace a aplikace stanoviska *prvního* typu, která vychází z pojetí trestného činu *formálně-materiálního*, umožňuje zohlednit konkrétní míru materiální stránky trestného činu z hlediska viny, tj. při samotné právní kvalifikaci jednání pachatele, zcela *konformně* s ústavně zakotvenou dělbou mocí na moc *zákonodárnou, výkonnou* a *soudní*. Tím, že zmíněné pojetí trestného činu mnohdy poněkud obtížně uchopitelnou jeho materiální stránku *limituje* při jejím hodnocení prostřednictvím znaků skutkových podstat, stanovených zákonodárcem (čl. 39 Listiny), *neumožňuje* neústavní vstupy moci soudní právě do moci zákonodárné. Zákonodárce podmínky trestní odpovědnosti stanoví, soud či jiný orgán činný v trestním řízení je pouze interpretuje a aplikuje. Činí tak na bázi právně formální, v rámci níž pracuje s materiální náplní neboli s materiální stránkou trestného činu – díky jeho *formálně-materiálnímu* pojetí.

Naproti tomu interpretace a aplikace stanoviska *druhého* typu, vycházející z pojetí trestného činu *materiálně-formálního, lato sensu, de lege lata, z hlediska viny*, umožňuje též zohlednit konkrétní míru materiální stránky trestného činu z hlediska viny, tedy při samotné právní kvalifikaci jednání pachatele, ovšem zcela *nekonformně* s ústavně zakotvenou dělbou mocí na moc *zákonodárnou, výkonnou* a *soudní*. Tím, že toto pojetí trestného činu někdy nesnadno postižitelnou jeho materiální stránku *nelimituje* při jejím hodnocení z hlediska viny jen cestou znaků skutkových podstat, stanovených zákonodárcem (čl. 39 Listiny), ale připouští zohlednění *všech dalších okolností případu*, tedy relevantních i z hlediska trestání (odtud směřování viny a trestu), *umožňuje* neústavní vstupy moci soudní právě do moci zákonodárné. Zákonodárce podmínky trestní odpovědnosti sice stanoví, ale soud či jiný orgán činný v trestním řízení je interpretuje a aplikuje nad, respektive mimo rámec znaků skutkové podstaty trestného činu, tedy v podstatě i směrem k trestnímu sankcionování. Činí tak na bázi sice právně formální, avšak zároveň mimo její rámec, kdy takto „volně“ pracuje s materiální stránkou trestného činu, a to díky jeho pojetí *materiálně-formálnímu, lato sensu, de lege lata, z hlediska viny*.

ZÁVĚRY

Analýza zásady subsidiarity trestní represe vedená výše naznačenými hledisky a cíli tohoto sdělení dovoluje formulovat následující závěry:

⁵⁸ Např. ve svém bodu IV./22. odůvodnění nález uvádí: „... skutečnost, že v řízení nebylo vyvráceno, že vlastník nemovitosti se svého cíle na místo nedovolené svépomoci mohl domoci občanskoprávní žalobou, sice trestní postih trestným činem porušování domovní svobody apriori nevylučuje, nicméně nejedná se o skutečnost z hlediska trestního posouzení irelevantní, nýbrž o skutečnost indikující, že je třeba nutnost trestního postihu z hlediska zásady subsidiarity trestní represe zvláště uvážit a odůvodnit; skutečnost, která by ve spojení s dalšími okolnostmi případu (zvýraznění V. K.) mohla svědčit o absenci trestnosti činu dle hledisek vyjádřených v § 12 odst. 2 trestního zákoníku.“

1. Dosavadní a nyníjší *formálně-materiální pojetí trestného činu* z hlediska *viny* není výraznou změnou určující charakter nové kodifikace trestního práva. Aplikovatelné bylo toto pojetí podle trestního *zákona* a je i nyní, podle trestního *zákoníku*.
2. Z výkladu ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku se podává, že jediným základem trestní odpovědnosti pachatele nemůže být a není jen *případ* společensky škodlivý, nýbrž *případ trestného činu* natolik společensky škodlivého, v němž nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu.
3. *Společenskou škodlivost* činu jakožto materiální stránku trestného činu, i když není *de lege lata* součástí jeho legální formální definice, je třeba posuzovat a hodnotit v každém konkrétním případě, při řešení otázky *viny* pachatele, *striktně v hranicích aplikované skutkové podstaty uvedené v trestním zákonu*.
4. *Povahu a závažnost* činu jakožto materiální stránku trestného činu, i když není *de lege lata* součástí jeho legální formální definice, je třeba posuzovat a hodnotit v každém konkrétním případě, při ukládání *trestních sankcí* pachateli, nejen v hranicích aplikované skutkové podstaty uvedené v trestním zákonu, co do intenzity naplnění jejích znaků, nýbrž i s přihlédnutím ke *všem dalším okolnostem dané věci*.
5. Obsah právní věty II. stanoviska NS sp. zn. Tpjn 301/2012 (R 26/2013) je třeba interpretovat a aplikovat v kontextu právní věty I. tak, aby svůj výlučný prostor dostal pokud možno *první* způsob interpretace a praktického užití stanoviska, tzn. způsob, který důsledně diferencuje mezi funkcemi trestného činu a jeho materiální stránky z hlediska *viny* (kde se požaduje formálně-materiální pojetí trestného činu, odmítáno je materiálně-formální pojetí trestného činu *lato sensu, de lege lata*, z hlediska *viny*) a *trestu, trestních sankcí* (kde se připouští materiálně-formální pojetí trestného činu *lato sensu, de lege lata*, z hlediska *trestu*).⁵⁹
6. *První* způsob interpretace a aplikace stanoviska NS sp. zn. Tpjn 301/2012 (R 26/2013) je *ústavně konformní*, způsob *druhý* je *ústavně nekonformní*.
7. Judikatura Nejvyššího soudu *není* při aplikaci jeho stanoviska sp. zn. Tpjn 301/2012 (R 26/2013) z daných hledisek zcela *jednotná*.

⁵⁹ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 58, 59.

Case, Crime, Social Harmfulness and Guilt in Criminal Law (About the Subsidiarity Principle of Criminal Repression a Little Differently)

Vladimír Kratochvíl

Abstract: *Present day formal-material concept and as well the conception of the criminal act, from the viewpoint of guilt, does not represent a significant change in determining the character of the new codification of the criminal law. Particularly, the formal-material conception was possible to apply according to the Criminal Code of 1961 as well as according to the Criminal Code of 2009. The so called “socially harmful case” cannot be the only basis for criminal responsibility but the case of the “criminal act” which is so much socially harmful, that the application of another type of legal responsibility is not sufficient. Social harmfulness of the act, as the material side of the criminal act, must be judged, in concreto, from the point of view of guilt, strictly only within the limits of the applied actus reus (body of the crime). The character and the seriousness of the act, as the material side of the criminal act, must be judged, in concreto, by the penalty not only within the limits of the applied actus reus (body of the crime), according to the intensity of the features, but also with regard to all other circumstances of the particular case. The content of the legal clause number II. in the Statement of the Supreme Court Tpjn 301/2012 (R 26/2013) must be interpreted and applied in the context of the legal clause number I. This is a condition of the way of interpretation and practical use of this statement, which consistently differentiates between the functions of the crime and its material side from the point of view of guilt and penalty. This way of interpretation and application of the statement is conformable to the Constitution, no other interpretation is possible. The Judicature of the Supreme Court is however not unified when applying this statement.*

Key words: *socially harmful “case”, formal-material concept and conception of criminal act, criminal law as ultima ratio, subsidiarity of criminal repression*