

1 SUBSIDIARITA TRESTNÍ REPRESE (DOKTRINÁLNÍ, NORMATIVNÍ A JUDICIÁLNÍ POHLED – ČESKÝ POHLED)

SUBSIDIARITY OF CRIMINAL REPRESSION (DOCTRINAL, NORMATIVE AND JUDICIAL VIEW) – CZECH VIEW

Jiří Jelínek, Jiří Mulák

Tato kapitola²¹ zkoumá zásadu subsidiarity trestní represe z českého pohledu. Zásada subsidiarity trestní represe tvoří spolu se zásadou zákonnosti (*nullum crimen sine lege*) a se zásadou odpovědnosti za zavinění (*nullum crimen sine culpa*) páteř systému zásad českého trestního práva hmotného. V rovině doktrinální se zaměřuje na povahu subsidiarity trestní represe, která vychází z principu „*ultima ratio*“. Z hlediska normativního je výklad zaměřen na ustanovení § 12 odst. 2 a § 39 odst. 2 tr. zákoníku, na souběh korektivů v trestním právu hmotném a procesním a na institut mimořádného snížení trestu odnětí svobody (§ 58 odst. 1 tr. zákoníku), který byl proklamován jako vyvažující institut v souvislosti s opuštěním materiálně-formálního pojetí v úvahách o nenaplnění kvalifikované skutkové podstaty trestného činu, jestliže společná nebezpečnost byla nepatrná.

This chapter examines the principle of subsidiarity of criminal repression from the Czech perspective. The principle of subsidiarity of criminal repression forms, together with the principle of legality (nullum crimen sine lege) and the principle of liability for fault (nullum crimen sine culpa), the backbone of the system of principles of Czech substantive criminal law. At the doctrinal level, it focuses on the nature of subsidiarity of criminal repression, which is based on the principle of "ultima ratio". From the normative point of view, the interpretation focuses on the provisions of Sections 12(2) and 39(2) of the Criminal Code, on the concurrence of corrective measures in substantive and procedural criminal law, and on the institute of extraordinary reduction of imprisonment (Section 58(1) of the Criminal Code), which was proclaimed as a balancing institute in connection with the abandonment of the material-formal concept in the consideration of the non-fulfilment of the qualified facts of a criminal offence if the common dangerousness was insignificant.

²¹ Tato kapitola je výstupem projektu Cooperatio vědní oblast Law (LAWS), který je řešen na Právnické fakultě Univerzity Karlovy.

1.1 Úvod

Celou právní historií zmítají úvahy o tom, jaká jednání mají být označována za trestné činy (a jaký má být trestní postih), na která postačí prostředky jiných právních odvětví (občanské, obchodní, disciplinární, správní), nebo na která se právní regulace vůbec nevztahuje. Jednání, jež v minulosti byla považována za trestná (kriminalizována), v podmínkách demokratického právního státu, kterým Česká republika bezpochyby je, své místo již nemají. Na druhé straně nové skutkové podstaty trestných činů, jako adekvátní reakce na přítomnou závažnou kriminalitu (organizovaný zločin, terorismus, trestné činy z nenávisli) a současné trendy (např. dlouhá řada podob kyberkriminality), nutně vznikat musí. Vzhledem k těmto úvahám se limity rozsahu a dosahu trestního práva neustále posouvají. Trestní právo má však nepochybně nadále svoji nenahraditelnou roli, a to jak v právním řádu, tak ve společnosti, z čehož posléze plyne, že v žádném případě nemůžeme na uplatnění trestní represe rezignovat. Profesor Miříčka *na margo* toho kdysi poznamenal: „*Odstraňme právo trestní a budeme mít právo pěstní, návrat k svépomoci, odvetě.*“²² Profesor Radbruch uvádí: „*Nejlepší reformou trestního práva by bylo nikoliv jeho nahrazení lepším trestním právem, ale jeho nahrazení něčím dokonalejším, než je právo.*“²³ Očekávání, která lidé spojují s funkcí a rolí trestního práva ve společnosti, jsou velmi rozmanitá a pohybují se mezi dvěma extrémními (limitními) body. Jedním z těchto bodů je představa trestního práva jako „*všeléku na téměř všechny neduhy lidstva*“. Optikou tohoto pohledu je mimořádně žádoucí jeho intervenci rozšiřovat na další a další oblasti regulace a kontroly společenských procesů. Jedná se veskrze o autoritářský model, pro který je charakteristická důvěra v represí a také multiplikace trestní odpovědnosti. Druhým krajním bodem je představa, že trestní právo je naprosto neúčinné či zbytečné, neboť (zejména díky svému reaktivnímu a posteriornímu charakteru) selhává v boji se zlem, a proto je potřeba jej nahradit něčím jiným. V určité variantě jde o model liberální, který je charakterizován trendem ke snižování trestní represe. Reálná trestní politika toho či onoho státu, včetně České republiky se však pohybuje někde mezi těmito externalitami.

Pojem trestního bezpráví a jeho rozsahu se mění v průběhu lidské historie. Při určitém zjednodušení můžeme říci, že neustále probíhají dva souběžné protikladné procesy – kriminalizace a dekriminalizace, jakož i procesy penalizace a depenalizace.²⁴ V souvislosti s těmito pojmy vycházíme z definic poskytnutých Kratochvílem, který pojem kriminalizace vysvětluje jako „*prohlášení určitého typu společensky škodlivého činu za trestný čin, což se děje výlučně zákonem*“, dekriminalizaci jako „*zbavení trestného činu jeho trestnosti tak, že se skutková podstata novelou tr. zákona vypouští*“, a to buď zcela mimo právo, nebo jen mimo trestní právo, a depenalizaci jako „*zbavení*

²² MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné*. Praha: Všehrad, 1934, s. 11–12.

²³ RADBRUCH, Gustav. *Einführung in der Rechtswissenschaft*. Stuttgart: Koehler, 1964, s. 29.

²⁴ K tomu blíže srov. kapitoly „*Kriminalizace a dekriminalizace – kam směřujeme?*“ a „*Penalizace a depenalizace – opět, kam směřujeme?*“.

tr. činu jeho sankce tak, že se dosavadní jeho postih nahrazuje v novele tr. zákona nebo v novém trestním zákoníku mírnější sazbou“.²⁵ Lze se však setkat i s jinou klasifikací.²⁶

Zda některý z těchto trendů převažuje, není jednoduché určit, neboť záleží na mnoha faktorech (ideologie, stabilita toho či onoho společenství). Zákonodárce může na tyto faktory reagovat různým způsobem (z hlediska odpovědnosti i sankcionování).²⁷ Může reagovat adekvátně, jindy naprosto neadekvátně (falešně). V druhém případě tak může docházet k excesům, které mohou spočívat v přepínání trestní represe, nebo naopak k její neefektivnosti.

1.2 Doktrinální pohled na zásadu subsidiarity trestní represe

Otázce zásady subsidiarity trestní represe se v naší (míněno československé, později české) nauce věnovala již dlouhá řada autorů. Je nepochybné, že základní úvahy o subsidiaritě trestní represe položili již významní představitelé nauky trestního práva 19. a 20. století. Jmenujme na tomto místě např. Prušáka (distinkce „bezprávní civilní“ a „bezprávní trestní“;²⁸ trestní právo jako garant určující právní následky porušení normy, přičemž charakter sekundárního práva nemá za všech okolností),²⁹ Kallaba (rozlišení formální a materiální protiprávnosti),³⁰ Milotu (subsidiarita trestní represe v rovině sankcionování),³¹ Miříčku (subsidiarita trestní represe v rovině viny),³² Olšara (materiální protiprávnost; stanovení sociální škodlivosti je v prvé řadě na legislativě)³³ a pochopitelně Solnaře (trestní právo disponuje sankcemi za

²⁵ KRATOCHVÍL, Vladimír. Dekriminalizace (heslo). Depenalizace (heslo). In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Právní slovník*. Praha: C. H. Beck, 2009. Dostupné online via Beck-online [právní informační systém].

²⁶ Např. lze uvažovat termínech jako **dejuridizace** (vytváření způsobů alternativního řešení trestních věcí), **depenalizace** (postup, kdy čin přestává být soudně trestný, ale zůstává postizitelný jinými prostředky, např. správního práva) a **dekriminalizace** (označení určitého jednání za dovolené, tudíž bez sankce).

²⁷ MUSIL, Jan. Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe? *Kriminalistika*, 2007, č. 3, s. 161–175; MUSIL, Jan. Trestní odpovědnost jako prostředek ultima ratio. *Kriminalistika*, 2012, č. 3, s. 161–174.

²⁸ Civilní bezpráví Prušák považuje za omluvitelný a nezaviněný rozpor vůle jednotlivce s vůlí konstitutivní. Trestní bezpráví jako naopak rozpor neomluvitelný a zaviněný.

²⁹ PRUŠÁK, Josef. *Rakouské právo trestní*. Díl všeobecný. Praha: Všehrd, 1912, s. 4–5, 8, 27, 36.

³⁰ KALLAB, Jaroslav. *O skutkové podstatě a konkurenci trestných činů*. Praha: Bursík & Kohout, 1911, s. 121–124, 128; KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravsko-slezské: (část obecná i zvláštní)*. Praha: Melantrich, 1935, s. 22–31.

³¹ MILOTA, Albert. *Učebnice obojího práva trestního, platného v Československé republice. Právo hmotné*. Kroměříž: Gusek, 1926, s. 3, 31–34.

³² MIŘIČKA, August. *Trestní právo hmotné: část obecná i zvláštní*. Praha: Všehrd, 1934, s. 11–12.

³³ OLŠAR, Erich. *Příspěvek k nauce o vině*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1936, s. 148 an.; OLŠAR, Erich. *Studie o protiprávnosti (se zvláštním zřetelem k právu trestnímu)*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1940, s. 41 an.

porušení prvotních norem, a proto má charakter druhotný, sekundární a akcesoricický, a že trest je nejzazším instrumentem k ochraně právního řádu).³⁴

Zdařilá pojednání o zásadě subsidiarity trestní represe jako základní zásady či jako hmotněprávního korektivu rozsahu trestního bezpráví lze naleznout také v učebnicích trestního práva hmotného³⁵ i kriminologie.³⁶ Jedná se tedy o určitou ohniskovou normu.

Z pozdějších autorů, kteří se k otázce subsidiarity trestní represe blíže vyjadřovali a stále vyjadřují,³⁷ lze uvést příspěvky či delší statě Novotného (působení trestního práva v demokratické společnosti),³⁸ Nezkusila (subsidiarita trestní represe a princip oportunity),³⁹ Musila (subsidiarita trestní represe a zahraniční přístupy),⁴⁰ Pipka (formální pojetí a princip oportunity),⁴¹ Kratochvíla (propedeutické rozpracování zásady subsidiarity trestní represe a širší souvislosti),⁴² Fenyka (subsidiární úloha trestního práva,⁴³ legalita, legitimita a proporcionalita legislativního řešení,⁴⁴

³⁴ SOLNAŘ, Vladimír a kol. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. Praha: Knihovna Sborníku věd právních a státních, 1947, s. 33–34, 104 an.; KOLEKTIV AUTORŮ. *Trestní právo: Část obecná*. Praha: SPN, 1953, s. 10, 66, 86; SOLNAŘ, Vladimír a kol. *Československé trestní právo: Obecná část*. Praha: Orbis, 1959, s. 15; SOLNAŘ, Vladimír. Kodifikace trestního práva z roku 1961 z hlediska záruk zákonnosti. *Stát a právo*, 1965, č. 11, s. 89–116; SOLNAŘ, Vladimír. Nová kodifikace trestního práva a úkoly vědy. *Stát a právo*, 1957, č. III, s. 103–122.

³⁵ JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část*. Praha: Leges, 2022, s. 33 an., 136 an.; ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní právo hmotné*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 35 an, 100 an.; KRATOCHVÍL, Vladimír a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 28 an.; BORČEVSKÝ, Pavel. *Trestní právo hmotné v otázkách a odpovědích*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2021, s. 58 an.

³⁶ JELÍNEK, Jiří a kol. *Kriminologie*. Praha: Leges, 2021, s. 195 an.; GRÍVNA, Tomáš; SCHEINOST Miroslav; ZOUBKOVÁ, Ivana. *Kriminologie*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 252 an.

³⁷ Ať už jde o její pojmové vymezení, projevy, vztahy k protiprávnosti, k pojmu/pojetí trestného činu, k principu ultima ratio, zejména v období po legislativním zakotvení této zásady v trestním zákoníku a rovněž i po stanovisku Nejvyššího soudu (R 26/2013).

³⁸ NOVOTNÝ, Oto. Právní stát a trestní právo. *Právo a zákonnost*, 1991, č. 1, s. 14–26; NOVOTNÝ, Oto. Kriminální, trestní právo, kodifikace (vybrané problémy). *Trestní právo*, 1998, č. 10, s. 3–11; NOVOTNÝ, Oto. O pojmu trestného činu, jeho skutkové podstatě a jeho protiprávnosti. In: VANDUCHOVÁ, Marie; HOŘÁK, Jaromír (eds.). *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 229–241; NOVOTNÝ, Oto. Hypertrofie práva, její aspekty a jak jí čelit. *Právník*, 2016, č. 7, s. 619–625.

³⁹ NEZKUSIL, Jiří. K uplatnění principu oportunity v trestním právu. *Trestní právo*, 2009, č. 5, s. 7–19.

⁴⁰ MUSIL, Jan. Kriminologie a postmoderna. In: SCHEINOST, Miroslav a kol. *Kriminální očima kriminologů*. Praha: IKSP, 2010, s. 217 an.; MUSIL, Jan. Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe? *Kriminalistika*, 2007, č. 3, s. 161–175.

⁴¹ PIPEK, Jiří. Formální pojetí trestného činu a princip oportunity. *Trestněprávní revue*, 2004, č. 11.

⁴² 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.

⁴³ FENYK, Jaroslav. O subsidiární úloze trestní represe a trestním právu jako prostředku „ultima ratio“ nejen v novém českém trestním zákoníku. In: VANDUCHOVÁ, Marie; HOŘÁK, Jaromír (eds.). *Na křižovatkách práva: pocta Janu Musilovi k sedmdesátým narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 81–108.

⁴⁴ FENYK, Jaroslav. Subsidiarita trestní represe – rovnice o mnoha neznámých? *Státní zastupitelství*, 2013, č. 1, s. 13 an.

korektivy rozsahu trestního bezpráví,⁴⁵ s Císařovou – otázka společenské nebezpečnosti a materiální protiprávnosti⁴⁶), Gřivny (retrospektiva uplatňování zásady subsidiarity trestní represe za minulého režimu;⁴⁷ princip *ultima ratio* ve vztahu k trestní odpovědnosti právnických osob;⁴⁸ ne-/uplatnění subsidiarity trestní represe u krádeží v nouzovém stavu),⁴⁹ Šámala (obhajoba formálního pojetí a možnosti subsidiarity trestní represe u jednotlivých trestných činů),⁵⁰ Púryho (judičiální pohled na princip *ultima ratio*),⁵¹ Ščerby (kriminalizace a dekriminalizace),⁵² Wintra a Račka (zkoumají konkrétní politické, společenské či právněpolitické motivy, které k zavádění, měnění či rušení skutkových podstat trestných činů),⁵³ Jiříčka a Marka (řešení bagatelních deliktů),⁵⁴ Fryštáka (uplatnění subsidiarity trestní represe v aplikační praxi policejního orgánu),⁵⁵ Pelce (otázka subsidiarity trestní represe ve

⁴⁵ FENYK, Jaroslav. Zásada legality nebo oportunity v novém trestním řízení? In: *Dny práva 2010*. Brno: MUNI, 2010.

⁴⁶ FENYK, Jaroslav; CÍSAŘOVÁ, Dagmar. Společenská nebezpečnost a materiální protiprávnost jako dvě formy vyjádření jediného materiálního znaku trestní odpovědnosti. *Trestní právo*, 2003, č. 9.

⁴⁷ Podle Gřivny „v období let 1945–1989 neplnilo trestní právo tuto esenciální úlohu, nýbrž bylo také zneužíváno k postihu režimu nepohodlných osob a k dosahování cílů hodnotově indiferentních (např. řešení ekonomických problémů represí). Dělo se tak dvoji cestou, jednak rozdílem mezi psaným právem a jeho interpretací a faktickou aplikací, jednak také způsobem, jakým byly normy zejména skutkové podstaty ve zvláštní části konstruovány. Použité pojmy umožňovaly výklad, který hraničil s analogií“ srov. GŘIVNA, Tomáš. Trestní právo hmotné. In: BOBEK, Michal; MOLEK, Pavel; ŠIMÍČEK, Vojtěch (eds.). *Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: MPÚ a MU, 2009, s. 553–554.

⁴⁸ GŘIVNA, Tomáš. Trestní odpovědnost právnických osob ve světle principu *ultima ratio*. In: LORKO, Jakub; BELEŠ, Andrej (eds.). *Trestné právo ako ultima ratio – hmotoprávne a procesnoprávne aspekty*. Bratislava: Komenského univerzita, Právnická fakulta, 2016, s. 69–74.

⁴⁹ GŘIVNA, Tomáš. Nouzový stav jako okolnost podmiňující použití vyšší trestní sazby. In: FIRŠTOVÁ, Jana (eds.). *Zločin a trest v 21. století. Aktuální témata trestní politiky a trestního práva. Pocta Heleně Váňkové*. Praha: Institut forenzních, bezpečnostních studií a managementu, 2021, s. 85–94.

⁵⁰ Např. ŠÁMAL, Pavel. Subsidiarita trestní represe ve vztahu k jednotlivým skutkovým podstatám trestných činů v trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*, 2010, č. 5, s. 133–140; ŠÁMAL, Pavel. K diskuzi o subsidiaritě trestní represe. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvilovi*. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 413–450.

⁵¹ PÚRY, František. Poznámky k pojetí trestného práva jako „ultima ratio“. In: VANDUCHOVÁ, Marie; GŘIVNA, Tomáš (eds.). *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*. Praha: Wolters Kluwer, 2008, s. 252–264; PÚRY, František. Některá úskalí při uplatňování subsidiarity trestní represe v praxi. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvilovi*. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 323–334.

⁵² ŠCERBA, Filip. Extenze kriminalizace ve vztahu k možnostem trestní justice. *Právník*, 2016, č. 2, s. 140–153.

⁵³ WINTR, Jan; RAČEK, Pavel. Zvyšování trestní represe v letech 1993 až 2008. *Právník*, 2010, č. 6, s. 545–575.

⁵⁴ JIŘÍČEK, Pavel. Aplikace zásady subsidiarity trestní represe při řešení bagatelních deliktů ve světle stanoviska NS ČR, sp. zn. Tpjn 301/2012. *Trestní právo*, 2013, č. 9–10, s. 16–19; JIŘÍČEK, Pavel; MAREK, Tomáš. *Řešení bagatelních deliktů*. Praha: Leges, 2014, s. 54 an., 93 an.

⁵⁵ FRYŠTÁK, Marek. Zásada subsidiarity trestní represe v praxi policejního orgánu. In: KALVODOVÁ, Věra; FRYŠTÁK, Marek; PROVAZNÍK, Jan (eds.). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvilovi*. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 135–144.

vztahu k otázce protiprávnosti),⁵⁶ Růžičky (otázka uplatňování subsidiarity trestní represe jako materiálního korektivu rozsahu trestního bezprávi),⁵⁷ Provazníka (nejpodrobnější komentářové zpracování)⁵⁸ a Kandové (rozsah a konkurence korektivů rozsahu trestního bezprávi; kritický pohled)⁵⁹ a mnoho dalších autorů, včetně příspěvků autorů této kapitoly.⁶⁰

Zásada subsidiarity trestní represe (§ 12 odst. 2 tr. zákoníku) vyjadřuje myšlenku, že trestní právo je nejpřísnější (a tudíž také nejzazší) prostředek, který má stát k dispozici k ochraně taxativně vymezených zájmů (taxativně vyjmenované trestné činy ve zvláštní části), doplňuje ochranu poskytovanou normami jiných odvětví práva, přičemž nastupuje tam, kde ostatní prostředky právní nebo mimoprávní se ukáží jako neúčinné. Obvykle se tato myšlenka vyjadřuje formulací, že trestní právo představuje prostředek „poslední instance“ („*ultima ratio*“). Z toho vyplývá, že uplatnění ochranné funkce trestního práva je omezeno zásadou pomocné role trestní represe či zásadou ekonomie trestní hrozby, což jsou jiná označení zásady subsidiarity trestní represe. Je však zřejmé, že na protiprávní jednání je třeba reagovat prostředky trestního práva až v krajních případech.

Zásada subsidiarity trestní represe, byť není explicitně v normách ústavního pořádku definována, má rovněž svůj ústavněprávní rozměr, neboť vychází z ústavního imperativu zásady enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí (čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR; čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod), dále z principu proporcionality (čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod). Ústavní rozměr zásady subsidiarity trestní represe je dán i tím, že zásada subsidiarity trestní represe v mnoha ohledech souvisí s ústavní zásadou *nullum crimen sine lege* (§ 12 odst. 1 tr. zákoníku; čl. 39 Listiny základních práv a svobod), což potvrzuje i rozhodovací praxe Ústavního soudu ČR. Zásadu subsidiarity trestní represe lze jistě označit za prvek moderního demokratického právního státu (čl. 1 odst. 1 a čl. 9 odst. 2, 3 Ústavy ČR).⁶¹

⁵⁶ PELC, Vladimír. *Krajní nouze v trestní právu*. Praha: Leges, 2021, s. 145 an.

⁵⁷ RŮŽIČKA, Miroslav. K některým otázkám materiálního korektivu zakotveného trestním zákoníkem z pohledu státního zástupce. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Deset let od přijetí českého trestního zákoníku*. Praha: Leges, 2019, s. 48 an.

⁵⁸ PROVAZNÍK, Jan. § 12. In: ŠČERBA, Filip a kol. *Trestní zákoník. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020.

⁵⁹ Např. KANDOVÁ, Katarína. Nad zásadou subsidiarity trestní represe (nejen) u majetkových trestných činů ve světle recentního rozhodnutí Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, 2017, č. 17, s. 581–589; KANDOVÁ, Katarína. Ještě jednou k zásadě subsidiarity trestní represe v teorii a praxi českého trestního práva. *Trestněprávní revue*. 2018, č. 9, s. 206–214; KANDOVÁ, Katarína. K některým aktuálním hmotněprávním a procesním konsekvencím § 12 odst. 2 TrZ. *Trestněprávní revue*, 2018, č. 1, s. 1–6.

⁶⁰ JELÍNEK, Jiří. Pojem trestného činu a kategorizace trestných činů. *Bulletin advokacie*, 2009, č. 10, s. 36–42; JELÍNEK, Jiří. K desátému výročí přijetí českého trestního zákoníku – máme, co jsme chtěli? In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Deset let od přijetí českého trestního zákoníku*. Praha: Leges, 2019, s. 13 an.; MULÁK, Jiří. Trestní právo jako ultima ratio – poznámky k zásadě subsidiarity trestní represe. In: GRÍVNA, Tomáš; ŠIMÁNOVÁ, Hana (eds.). *Trestní právo s lidskou tváří. V upomínku na Marii Vanduchovou*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 197–217.

⁶¹ TOMOSZEK, Maxim. *Podstatné náležitosti demokratického právního státu*. Praha: Leges, 2016, s. 75–78.

Trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protispolečenských jednání a tam, kde postačí k regulaci prostředky zejména správního práva, občanského práva nebo obchodního práva, jsou trestněprávní prostředky nejen nadbytečné, ale z pohledu principů právního státu (přepínání kriminalizace a trestní represe) také nepřipustné.

K této otázce se opakovaně vyjádřil ve své ustálené judikatuře Ústavní soud ČR, který zdůrazňuje, že trestní právo v zásadě nemůže sloužit jako prostředek nahrazující ochranu práv a právních zájmů jednotlivce v oblasti soukromoprávních vztahů.⁶²

Jinak řečeno, proti jednáním porušujícím práva vyplývající z občanskoprávních, resp. obchodněprávních předpisů je třeba v první řadě brojit soukromoprávními prostředky, při jejich nedostatečnosti uplatnit sankce správní, a teprve poté na posledním místě uplatnit trestněprávní prostředky. Opačný postup, tedy užití prioritního trestněprávního postupu, aniž by prostředky jiných právních odvětví byly použity, by byl v rozporu s principem subsidiarity trestní represe.

1.3 Normativní zakotvení a rozměry zásady subsidiarity trestní represe

Trestní zákoník vyjadřuje zásadu subsidiarity trestní represe v § 12 odst. 2, podle něhož „*trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené*“⁶³ lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu“. Zásada subsidiarity trestní represe v platné úpravě tak doplňuje formální pojetí trestného činu uvedené legální definicí v § 13 odst. 1 tr. zákoníku a je určitým materiálním korektivem formálního pojetí trestného činu a rovněž i významnou interpretační a aplikační zásadou. Smyslem této zásady je zabránit přepínání trestní represe v případech málo závažných (bagatelních) protiprávních jednání.

Zásada subsidiarity trestní represe má tedy dva, resp. tři rozměry (legislativní, interpretační a také aplikační),⁶⁴ které na sebe navazují.

Legislativní rozměr (význam) zásady subsidiarity trestní represe je spojován s tím, že probíraná zásada působí jako kriminálně-politická směrnice, která limituje intenzitu trestní represe při definování skutkových podstat trestných činů a stanovení dalších obecných podmínek trestní odpovědnosti. Jde tedy především o otázku určitého „*prolnutí*“ materiální a formální protiprávnosti určitých deliktů, kdy materiální protiprávnost je důvodem protiprávnosti formální, a její „*povýšení*“ do sféry

⁶² Nález Ústavního soudu ČR ze dne 4. 8. 2010, sp. zn. II. ÚS 1098/10.

⁶³ Sousedním „*důsledky s ní spojené*“ jsou patrně myšleny trestní sankce, tedy tresty a ochranná opatření.

⁶⁴ Někdy je směřován interpretační a aplikační rozměr, a to patrně kvůli jejich výrazné podobnosti a provázanosti.

trestního práva (kriminalizace), nebo naopak její „vytěsnění“ ze sféry trestního práva (decriminalizace).

Zásada subsidiarity trestní represe v rovině legislativní tedy souvisí s tzv. fragmentárním charakterem trestního práva. Zákodárce nechrání prostředky trestního práva všechny zájmy, vztahy, hodnoty, všechny právní statky, ale vybírá si pouze „fragmety“, tedy takové zájmy, takové statky, které si právě trestněprávní ochranu zaslouhují. V opačném případě trestní právo ztrácí na své výjimečnosti.

Pro legislativní praxi znamená požadavek subsidiarity trestní represe nutnost pečlivě zvažovat, které skutky (činy) mají být kriminalizovány a v jaké podobě a u kterých postačí uplatnění občanskoprávní, obchodněprávní nebo administrativněprávní odpovědnosti. Se zásadou subsidiarity trestní represe souvisí i uznání primárního významu prevence při ochraně před kriminalitou a soustavné a soustředěné úsilí o omezování kriminogenních faktorů.⁶⁵ I když trestní zákoník z roku 2009 uvádí zásadu subsidiarity trestní represe v úvodních ustanoveních o základech trestní odpovědnosti jako základní zásadu, nabízí se otázka, zda se jí zákonodárce důsledně řídil. Český trestní zákoník je totiž v některých momentech založen na zpřísnění trestní represe ve srovnání s trestním zákonem z roku 1961.

Projevuje se to v několika směrech. Předně trestní zákoník z roku 2009 zavádí dlouhou řadu nových, zpravidla kazuistických skutkových podstat, ve kterých se postihují některá dříve netrestná jednání.⁶⁶ U trestných činů, které znal již trestní zákon z roku 1961, zákonodárce někdy neúměrně zostřil trestní represí stanovením nových znaků toho kterého trestného činu,⁶⁷ některé trestné činy jsou koncipovány jako tzv. předčasně dokonané trestné činy (obcházení trestnosti přípravy podle § 20 odst. 1 tr. zákoníku), u nichž ovšem není přípustná obecná či zvláštní účinná lítost.⁶⁸ V této spojitosti (tedy ve spojitosti s nedostatečným respektováním principu subsidiarity trestní represe zákonodárcem) je možné poukázat na některé nově zakotvené trestné činy, u nichž je kriminalizace prostředky trestního práva diskutabilní.⁶⁹

⁶⁵ MULÁK, Jiří. Kontrola Kriminality. Prevence kriminality. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Kriminologie*. Praha: Leges, 2021, s. 271.

⁶⁶ Srov. například široce koncipované skutkové podstaty trestných činů dotačního podvodu (§ 212 tr. zákoníku) nebo neoprávněného přístupu k počítačovému systému a nosiči informací (§ 230 tr. zákoníku).

⁶⁷ Srov. § 180 tr. zákoníku.

⁶⁸ Srov. např. trestný čin padělání a vystavení nepravdivé lékařské zprávy, posudku a nálezu podle § 350 tr. zák. a další případy.

⁶⁹ Srov. například kriminalizace provozování prostituce „v blízkosti“ školy nebo podobného zařízení podle § 190 tr. zákoníku. Není pochyb o tom, že takové jednání je nežádoucí, ale jen obtížně lze vysvětlit, proč k postihu takových jednání nestačí prostředky správního práva (nehledě již k neúměrně neurčité až vágní formulaci, že k prostituci musí dojít „v blízkosti“ výchovného zařízení, přičemž přesnější lokalizace chybí). Jako další příklady trestných činů, u kterých by podle našeho názoru postačovala odpovědnost podle správního práva, je možné uvést trestný čin poškození geodetického bodu (§ 278 tr. zákoníku) nebo kasuistický trestný čin nedovolené výroby a držení pečeti státní pečeti a úředního razítka (§ 349 tr. zákoníku), u něhož jde navíc o předčasně dokonáný trestný čin, neboť stanoví jako dokonáný trestný čin jednání, které je svojí povahou jednáním přípravným (opatření si prostředku či nástroje k trestné činnosti – pro padělání veřejné listiny).