

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Šimon Otruba

Principy kriminalizace:

**Která kritéria bychom měli zvážit při rozhodování,
zda kriminalizovat určitá jednání?**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Jakub Drápal, M.Phil., Ph.D.

Katedra: Katedra trestního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 17. 6. 2024

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

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 133 457 znaků včetně mezer.

diplomant Šimon Otruba

V Praze dne 17.6. 2024

Poděkování

Za lidský přístup a cenné rady při zpracovávání práce děkuji svému vedoucímu práce JUDr. Jakubu Drápalovi, M.Phil., Ph.D. Dále bych rád poděkoval své rodině za neochvějnou podporu v průběhu celého studia.

Obsah

Úvod.....	6
1 Pojetí a důvody kriminalizace	8
1.1 Definice pojmu kriminalizace	9
1.2 Obhajoba kriminalizace a trestního práva.....	9
1.3 Etické a společenské aspekty kriminalizace	13
1.4 Přestupky a jejich místo v právním řádu.....	15
1.5 Cíle a struktura práce	17
2 Zahraniční teoretická literatura	19
2.1 Teorie kriminalizace – úvod.....	19
2.2 Ashworthův a Horderův přístup ke kriminalizaci	20
2.2.1 Zásada individuální autonomie	22
2.2.2 Zásada blahobytu	22
2.2.3 Zásada škody a další	23
2.2.4 Zásada minimalismu	24
2.2.5 Problematika morálně závadného chování	28
2.3 A. P. Simesterův a Von Hirschův přístup ke kriminalizaci	29
2.3.1 Nesprávnost (Wrongfulness)	29
2.3.2 Zásada škody (Harm principle).....	31
2.3.3 Regulační alternativy a další principy	34
2.3.4 Úvahy a omezení	35
2.4 R. A. Duffův přístup ke kriminalizaci.....	36
2.4.1 Hledání hlavních zásad kriminalizace	36
2.4.2 Co kriminalizovat dle R. A. Duffa?	38
2.4.3 Duffův checklist.....	39
2.5 Husakův přístup ke kriminalizaci	40
2.5.1 Vnitřní omezení kriminalizace.....	42
2.5.2 Právo nebýt trestán.....	42
2.5.3 Tři vnější omezení kriminalizace.....	43
2.6 Další přístupy ke kriminalizaci	46
2.6.1 Tatjana Hörnle	46
2.6.2 Nils Jareborg	47
2.7 Shrnutí přístupů zahraničních autorů a jejich implementace	49

2.8	Konfrontace českého a zahraničního pojetí kriminalizace.....	50
3	Vytvoření checklistu pro (de)kriminalizaci	52
3.1	Analýza klíčových závěrů zahraniční teoretické literatury	52
3.2	Vytvoření checklistu pro úvahy o (de)kriminalizaci určitého jednání.....	57
3.2.1	Konkrétní a prakticky použitelný návod pro posouzení, zda je určité jednání vhodné kriminalizovat či dekriminalizovat	58
4	Aplikace principů na české prostředí.....	60
4.1	Analýza kontroverzních okruhů jednání	60
4.1.1	Neplacení výživného: Diskuse o efektivitě a spravedlnosti trestního postihu	60
4.1.2	Nenávistný projev	62
4.1.3	Eutanázie.....	65
4.1.4	Znásilnění „ano znamená ano“ a znásilnění „ne znamená ne“	68
	Závěr	75
	Seznam použitých zdrojů.....	78
	Abstrakt.....	82
	Abstract.....	83

ÚVOD

Trestní právo je bezesporu jedním z nejsilnějších nástrojů, kterými stát disponuje pro ochranu a řízení společnosti. Trestní zákony poskytují státním orgánům moc nad jednotlivci. Tato moc zasahuje do životů občanů, a proto je nezbytné, abychom měli jasně stanovené principy a zásady, které vymezují hranice a směr této moci. Rudolf von Jhering, německý právník a právní teoretik, který byl průkopníkem sociologického chápání práva, to ve svém spise *Boj o právo* vystihl trefně slovy:

*"Spravedlnost, jež v jedné ruce drží váhy, odvažující jimi právo, nese v druhé ruce meč, aby právo uhájila. Meč bez váh je holé násilí, váha bez meče bezmocnost práva. Obojí patří k sobě, a dokonalý právní stav panuje pouze tam, kde síla, jakou spravedlnost vládne mečem, vyrovná se obratnosti při zacházení s váhami."*¹

Tato symbolika nám nejen připomíná sílu (trestního) práva, ale také zdůrazňuje zodpovědnost, která je nezbytná jeho používání. Meč trestní represe je mimořádně mocným nástrojem, a proto by měl být používán s maximální opatrností, pouze v případech, kdy jiné sankce selhaly. Tento princip, nazývaný též subsidiaritou trestní represe, nám ukazuje, že trestní postih by měl být až posledním prostředkem, když všechny ostatní způsoby selžou. Věčným dilematem v oblasti trestního práva je otázka, kdy je oprávněné označit určité jednání za trestné a podrobit ho trestnímu stíhání. Antony Duff jako přední odborník na trestní právo ve svých úvahách poukazuje na jeden z podstatných problémů – chaotičnost, která v něm vládne v důsledku absence jasných principů.²

Jak tedy můžeme upřesnit kritéria, podle kterých určujeme, co by mělo být označeno za trestné? Jak zajistit, aby kriminalizace respektovala principy a nezpůsobovala více škody než užítku? Tyto otázky vedou k důkladnému zamyšlení se nad tím, jakým způsobem vytváříme zákonný rámec pro kriminalizaci a jakým způsobem můžeme dosáhnout rovnováhy mezi ochranou společnosti a respektováním individuálních práv.

Hlavním cílem mojí diplomové práce je poskytnout pohled na principy kriminalizace, od teoretického základu až po jejich praktickou aplikaci v konkrétním

¹ JHERING, R. *Boj o právo: Právní věda všedního dne*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. s. 81.

² DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford University Press, 2018. s. 334

právním kontextu. Budu zkoumat, která kritéria kriminalizace jsou nejrelevantnější a jakým způsobem by měla být kriminalizace použita, aby byla efektivní a spravedlivá.

V první části práce se věnuji definici pojmu kriminalizace a důvodům pro kriminalizaci určitých jednání. Jádrem této části bude rozsáhlý přehled různých teoretických pohledů na principy kriminalizace. Praktická část této práce se zaměří na vytvoření použitelného checklistu pro hodnocení možnosti kriminalizace určitých jednání. Budu analyzovat klíčové závěry zahraniční teoretické literatury a identifikovat obecná kritéria a faktory pro hodnocení kriminalizace. V poslední části práce se zaměřím na aplikaci těchto principů kriminalizace v rámci českého právního prostředí. Zde budu podrobněji zkoumat čtyři vybraná kontroverzní jednání – neplacení výživného, nenávistný projev, znásilnění a asistovaná sebevražda.

1 POJETÍ A DŮVODY KRIMINALIZACE

Věčným dilematem v oblasti trestního práva je otázka, kdy je oprávněné označit určité jednání za trestné a podrobit ho trestnímu stíhání. Společnosti se neustále potýkají s tím, jakým způsobem mohou nejlépe chránit své členy a zajistit spravedlnost. Uznávaný německý profesor Günther Kaiser ve svém úvodu do základů kriminologie říká, že jasným požadavkem na trestní právo je nutnost vypořádat se s kriminalitou účinněji, spravedlivěji, lidštěji a co možná nejnižšími společenskými náklady.³ Jakými kritérii bychom však měli posuzovat, zda by mělo být určité jednání kriminalizováno? Jakým způsobem můžeme zajistit, aby kriminalizace byla oprávněná a neporušovala zásady spravedlnosti a svobod? Kriminalizace určitých trestních jednání totiž přímo ovlivňuje celkové zacházení s činem jako takovým, jakož i s jeho pachatelem. Právě tímto se trestní právo odlišuje od práva občanského. Profesori Andrew Simester a Andreas von Hirsch spatřují hlavní rozdíl mezi trestním a občanským právem v tom, jakým jazykem promlouvají: Trestní právo má svébytný moralizující jazyk, který občanskému právu chybí.⁴ Je proto velmi důležité pečlivé uvážení, zda je daný čin natolik závažný, aby si zasloužil být zařazen mezi trestné činy do trestního zákoníku.

Existuje názor, že pokud společnost vnímá trestní právo jako nespravedlivé a kriminalizující nevinné osoby, ztratí v něj důvěru.⁵ A naopak, když stát nezakáže jednání, které společnost považuje za nepřijatelné, vystavuje se riziku soukromých odplat. V obou případech to způsobuje, že občané méně dobrovolně dodržují zákony. Přitom hlavním cílem trestu by mělo být podněcování občanů k dobrovolnému dodržování zákonů. Toho lze nejlépe dosáhnout pečlivým zvážením názorů a vnímání společnosti ke spravedlnosti. Rozhodně souhlasím s názorem Douglase Husaka, že pokud se občané budou domnívat, že nesprávná jednání nejsou trestána správně nebo nejsou netrestána vůbec, sníží se velice rychle jejich důvěra ve spravedlnost.⁶

³ KAISER, Günther. *Kriminologie: úvod do základů*. Praha: Beck, 1994, s. 59.

⁴ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs: on the principles of criminalisation*. Oxford ; Portland, Or: Hart Pub, 2011, s. 4.

⁵ *Ibid.*, s. 210.

⁶ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2008. s. 89

1.1 Definice pojmu kriminalizace

Nejjednodušší definicí je tato: „*Kriminalizace je proces, při kterém se jednání a jednotlivci mění v trestné činy a zločince*“⁷. Je to zcela obyčejná a konstatující definice, která nemá žádný hodnotící obsah. Díky její jednoduchosti je však tato definice velmi přesná. Pokud je ale nějaké jednání kriminalizováno, a to především legislativním postupem, kdy je určité jednání přidáno na seznam v trestním zákoníku, hodnotový soud to v sobě nese, nebo alespoň v naší společnosti ano. Takové jednání je tímto způsobem označeno za nevhodné, škodlivé pro společnost, a ten, který ho spáchá, je hoden trestu.

Kriminalizace je tedy specifickou formou regulace lidského chování, jak ji obecně definuje tato výstižná definice: „*Regulace je koneckonců v podstatě příbuzným souborem úmyslných aktivit, jimiž se snažíme kontrolovat, nařizovat nebo ovlivňovat chování jiných osob.*“⁸ Zatímco regulace může mít mnoho podob, kriminalizace využívá donucovacích mechanismů trestního práva k ovlivnění chování. Je to další způsob, kterým zákonodárci usměrňují chování společnosti.

Kriminalizace je jednou možností, jak reagovat na nevhodné chování, a otázkou tedy je, kdy je právě kriminalizace nejvhodnější.⁹

1.2 Obhajoba kriminalizace a trestního práva

Trestní právo považujeme za nedílnou část našeho právního systému. Důležitou součástí bádání je takové samozřejmosti podrobit zkoumání. Otázka, zda je potřebný takový systém, který trestá lidské bytosti, by měla být vyřešena jako ta základní, ještě před tím, než začnu uvažovat o trestnosti jednotlivých jednání. Vždy bychom se měli ptát, zda jsou základy našich institucí a systémů stále platné a oprávněné. Potřebujeme vůbec systém, který kriminalizuje určitá jednání a za ně pak ukládá a vymáhá tresty?

Představme si, že by všechny trestné činy byly najednou legální. V takovém světě by pravděpodobně drasticky narostla nerovnost. Silní by terorizovali a vykořisťovali ty slabé. Bohatí by si zaplatili ochranu službu a chudí by byli ponecháni na milost lupičům a vrahům. Takový svět by se nikomu nelíbil, a tak Douglas Husak ve své práci „*The Price of Criminal law scepticism: Ten Functions of the Criminal Law*“ napsal

⁷ MICHALOWSKI, Raymond J. *Order, law, and crime: an introd. to criminology*. New York: Random House, 1985., s. 6

⁸ BLACK, J. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a „Post-Regulatory“ World. *Current Legal Problems*. 2001, roč. 54, č. 1, s. 142. DOI: 10.1093/clp/54.1.103

⁹ DUFF, R A. *The Realm of Criminal Law*, s. 233.

10 důvodů, proč je ospravedlnitelné mít systém zaměřený na odrazování a trestání osob v souvislosti s trestnou činností. Vyjmenovávám ty nejdůležitější:

- 1) **Prevence kriminality:** „*Trestní právo samo o sobě má schopnost snižovat kriminalitu prostřednictvím usvědčování pachatelů, vytvářením specifického odstrašujícího efektu a generálního odstrašení*“.¹⁰ Tento efekt však naráží na rozdílné vnímání trestu z pohledu opětovně trestaného člověka. Takový pachatel bude mnohem méně odstrašen.¹¹ Každopádně pokud chceme snížit zločinnost ve společnosti, tak je pravdou, že trestní právo a tresty skutečně fungují a četnost zločinných jednání omezují.¹²
- 2) **Veřejné vyjádření odsouzení:** Rozsudek veřejně označuje někoho za zločince se vši vážností a společenským dopadem, který toto označení přináší. Není to jen formální rozhodnutí, ale posílá jasnou zprávu, že ta osoba udělala něco špatného. Husak ilustruje tuto funkci na situaci, kdy muž strčil svůj telefon pod sukni oběti a vyfotil danou oblast. Protože obrázek nebyl považován za „*dostatečně grafický*“, nejednalo se o trestný čin. Nakonec však, po veřejných protestech, bylo „*podukňování*“ zákonem označeno za trestný čin. Poslankyně daného parlamentu řekla, že „*kriminalizace je jasným signálem, že se toto chování nebude tolerovat*“. Husak z tohoto případu vyvozuje, že pokud bychom nepotrestali dané jednání, tak by to mohlo znamenat, že je takové jednání „*tolerováno nebo není bráno vážně*“. Platí to i opačně. Pokud by se snížil trest nebo odstranila určitá skutková podstata, mohlo by to mít negativní dopad na vnímání veřejnosti.¹³
- 3) **Potlačení nezákonného násilí a braní spravedlnosti do vlastních rukou:** Vigilantismus není jen o vykonávání spravedlnosti přímo občany v reakci na nedostatečnou ochranu státem. Existuje i jev nazvaný "stínový vigilantismus", který popisuje například státní úředníky, kteří se dopouštějí nesprávností při prosazování svého vlastního pojetí spravedlnosti. Tito samozvaní strážci zákona jsou dle autorů knihy *Shadow Vigilantes: How Distrust in the Justice*

¹⁰ HORDER, Jeremy a Andrew ASHWORTH. *Ashworth's principles of criminal law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2022., s. 26.

¹¹ JELÍNEK, Jiří. *Kriminologie*. Praha: Leges, 2021, s. 199.

¹² APEL, Robert a Daniel S. NAGIN. General Deterrence. In: *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*. Oxford University Press, 2011, s. 179. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780195395082.013.0007

¹³ HUSAK, Douglas N. The Price of Criminal Law Skepticism: Ten Functions of the Criminal Law. *SSRN Electronic Journal*. 2020, s. 8. DOI: 10.2139/ssrn.3656248

System Breeds a New Kind of Lawlessness pro samotné právní prostředí horší než ti klasičtí. Argumenty mohou být tvrzení, že od tohoto stínového vigilantismu lze jen těžko někoho odradit z důvodu jeho vlastního morálního odůvodnění, nebo že funguje bez jakékoli kontroly.¹⁴ Každopádně je lepší, jak tvrdí Husak, tyto „*mimoprávní prostředky nápravy*“ omezit.¹⁵ Jakkoli je stínový vigilantismus pro společnost škodlivý, ten klasický je dle mého názoru pro společnost mnohem horší, protože vede k eskalaci násilí a ke zneužití moci. To, že trestní právo potlačuje klasický vigilantismus, je tak argument pro jeho existenci.

- 4) **Delegování vyšetřovacích a stíhacích pravomocí specializovaným orgánům:** Kromě pravomoci trestat mají státní úředníci na základě existujících trestních zákonů i jiné pravomoci.¹⁶ Díky tomu může například policie zabránit trestným činům ještě předtím, než je někdo spáchá. Pokud někdo vyrábí výbušninu, je v pravomoci policie zabránit potenciálnímu neštěstí. Pokud pachatel utíká s kradeným majetkem, může být příslušnými orgány zadržen a majetek mu odejmut.¹⁷
- 5) **Proporcionalita:** V pojetí profesorů Hordera a Ashwortha proporcionalita znamená, že trestní právo přináší humánní a proporcionalní odpověď na trestnou činnost.¹⁸ Podle Husaka je téměř nemyslitelné, aby přísnost trestu byla oddělena od závažnosti provinění. Podle jeho slov se doposud neobjevila žádná teorie trestání a ukládání trestů, která by mohla být považována za správnou, a tím by nahradila retributivní teorii, jejíž neodmyslitelnou součástí proporcionalita je. Tato funkce je navíc ve společnosti hluboce zakořeněna.¹⁹
- 6) **Splnění veřejné poptávky po spravedlnosti:** Společnost má velký zájem na potrestání pachatelů závažných trestných činů. Husák upozorňuje na nesoulad mezi výsledky odborné debaty a reálnou sociologickou situací ve skutečnosti. Vysvětluje, že i když to akademické podněty myslí dobře, veřejnost nemá zájem nějak zásadně změnit systém trestního práva. „*Dokonce i jednotlivci, kteří obecně uznávají, že systém trestního soudnictví je příliš represivní, mohou vyjadřovat*

¹⁴ ROBINSON, P.H. a S.M. ROBINSON. *Shadow Vigilantes: How Distrust in the Justice System Breeds a New Kind of Lawlessness* [online]. Prometheus Books, 2018, s. 196. Dostupné z: <https://books.google.cz/books?id=6awpDwAAQBAJ>

¹⁵ HUSAK, Douglas N. *The Price of Criminal Law Skepticism*, s. 12.

¹⁶ Ibid., s. 13.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ HORDER, Jeremy a Andrew ASHWORTH. *Ashworth's principles of criminal law*, s. 26.

¹⁹ HUSAK, Douglas N. *The Price of Criminal Law Skepticism*, s. 16.

nespokojenost, když je k určitým typům pachatelů přístupováno se shovívavostí.“²⁰ Soudím, že společnost je stále velmi přísná, a je otázkou, zda taková reforma může někdy vůbec přijít. Jistě ale nebude protlačena jako společenská iniciativa.

Georg Friedrich Wilhelm Hegel, významný německý filozof, konstatuje, že pomocí spravedlivého trestu se pachatel smíruje se společností.²¹ Pokud tedy je trest vykonán, měla by odsouzenému společnost odpustit. Závisí to však na tom, jestli společnost na uložený trest nahlíží jako na spravedlivý.

- 7) **Náklady na obhajobu:** Obžalovaný v trestním řízení může požádat o přidělení advokáta, jehož náklady budou hrazeny státem. Díky tomu se narovná síla zbraní obou stran a pravděpodobnost spravedlivého rozsudku se zvyšuje. Naopak poškozený si nemusí najmout advokáta, protože na straně žalobce je v trestním řízení stát. Kdyby neexistovala veřejně financovaná obhajoba, pravděpodobně bychom byli svědky toho, že by lidé byli potrestáni i přesto, že jsou nevinní. Navíc trestní právo většinou vyžaduje přísnější důkazní standard, který dále zajišťuje, že nebude trestně odpovědná nevinná osoba.²²
- 8) **Vedlejší důsledky:** Po skončení trestu pachatelů trestných činů se často setkáváme s takzvanými vedlejšími důsledky. Ty mohou zahrnovat zákazy vykonávání určitých profesí, odepření výkonu služby v armádě či různá další omezení. Tím mohou pomoci snížit riziko opakování trestné činnosti a chránit potenciální oběti. Na druhou stranu návrat odsouzených do společnosti po trestu odnětí svobody je již sám o sobě bez těchto vedlejších důsledků velmi těžký.²³ Je tedy otázkou, zda by člověk, který byl řádně potrestán, měl být vystaven další represí. Odůvodněním může být riziko recidivy, ale přesto se domnívám, že by se taková diskriminace neměla uplatňovat plošně. Pokud pachatel po výkonu trestu není napravený, je to chyba toho člověka nebo systému? Husak však tvrdí, že tyto vedlejší důsledky dávají možnost se informovaně rozhodnout

²⁰ Ibid., s. 18.

²¹ KOMASINSKI, ANDREW, 2018. Hegel's Complete Views on Crime and Punishment. *Journal of the American Philosophical Association* [online]. B.m.: Cambridge University Press, vol. 4, no. 4, pp. 525–544. Retrieved z: doi:10.1017/apa.2018.35

²² HUSAK, Douglas N. *The Price of Criminal Law Skepticism*. s.14

²³ Ibid. s. 21

soukromým subjektům a že by se „něco významného ztratilo, kdyby nebylo možné ukládat žádné vedlejší důsledky“.²⁴

Profesor Jeremy Horder v reakci na tyto Husakovy funkce trestního práva uvádí, že trestní systém zůstává nezbytný. Zároveň kritizuje současný systém jako nedokonalý a navrhuje cestu k humánnějšímu modelu. Dle jeho vize by stát měl veřejnost vést k upřednostnění upřímné lítosti pachatelů a jejich skutečné snahy o nápravu před pouhým lpěním na odplatě. Zároveň by pachatelé měli projevovat vůli k maximálnímu odčinění škod způsobených obětí. Horder zdůrazňuje, že tento restorativní a reintegrační přístup se již úspěšně aplikuje v případě trestných činů právnických osob.²⁵ Bohužel se domnívám, že u právnických osob má takový přístup své opodstatnění, které nelze aplikovat u osob fyzických.

Horder ale také ví, že jeho vize přístupu, založeného na upřímné nápravě a restorativní justici, se může jevit jako utopická, z části také kvůli tomu, jak je nastavena politická soutěž. V zemích, jako je Velká Británie či USA, se podle něj politické strany v rámci předvolební kampaně snaží využít obavy veřejnosti z kriminality a prosazují stále přísnější tresty a větší dohled státu.²⁶ Husak o tomto přístupu píše, že takový vypočítavý přístup se bohužel málokdy setká s opozicí, protože nikdo nechce být nařknut ze zastupování zločinecké lobby.²⁷ V českém prostředí se to například projevilo na vlně kritických a bulvarizujících článků v reakci na národního protidrogového koordinátora Jindřicha Vobořila, který v rozhovoru uvedl, že by v Česku mohl existovat regulovaný trh s kokainem.²⁸ Hodnotím, že tím se přímo ukázkově projevilo, s jakou opozicí se musí takový přístup ke kriminalizaci vyrovnávat.

1.3 Etické a společenské aspekty kriminalizace

Kriminalizace jakožto proces, kterým se určuje, které činy budou považovány za trestné a budou podléhat právnímu stíhání a sankcím, nesouvisí pouze s právním rámcem, ale také s etikou, morálními hodnotami a společenskými cíli. Odůvodnění jednotlivých politik může být „ideologické, empirické nebo etické“.²⁹

²⁴ Ibid., s. 22.

²⁵ HORDER, Jeremy a Andrew ASHWORTH. *Ashworth's principles of criminal law*, s. 27.

²⁶ HORDER, Jeremy a Andrew ASHWORTH. *Ashworth's principles of criminal law*. s. 27

²⁷ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 16

²⁸ LÁNSKÝ, Tomáš. Vobořil může přijít o místo kvůli slovům o kokainu. *MF DNES*. 2023, roč. 2023, č. 21. září, s. 1. ISSN 1210-1168.

²⁹ BANKS, Cyndi. *Criminal justice ethics: theory and practice*. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, Inc., 2020. s. 268

Kriminalizace není nekontroverzní, technokratické legislativní téma. Nese s sebou „společenské odsouzení, stigma a trestní represe je spojená s poklesem sociální prestiže pachatele“³⁰. Existuje i názor, že „vzhledem k tomu, jaké spotřebovává zdroje a jaké působí škody na životech lidí, je dokonce sporné, zda je vůbec oprávněné mít a používat trestní právo.“³¹

S trestem se pak pojí mnohé negativní následky. Tyto následky porušují lidská práva, a tak by měly být učiněny pouze po úvaze a co nejvíce spravedlivě. „*Rozsah trestních zákazů je zvláště příznačný pro vztah politického společenství ke svobodám občanů.*“³² Proto je důležité podloženě rozhodnout, které činy by měly být kriminalizovány, a které si toto tvrdé zacházení nezaslouží. V ideálním případě by měl existovat klíč, díky kterému dokážeme rozdělit činy na ty trestné, tedy činy, které mají být postihovány trestním právem v celé své přísnonosti a na ty ostatní.

Etika se do tvorby trestních norem promítá ve dvou podobách. Zaprvé, při tvorbě norem existuje požadavek na ty, kdo je formulují, aby přitom jednali eticky. Simester a Von Hirsch píší, že „*svědomitý zákonodárce by (...) měl podporovat prohibici pouze tehdy, pokud pro to existují dobré morální důvody*“³³.

Zadruhé, při tvorbě trestních norem, včetně těch ukládajících přísné tresty, nesmíme opomíjet etickou rovinu. To znamená, že zákonodárci, kteří ví, že jejich kroky nepovedou ke kýmým cílům a mohou způsobit nové formy nespravedlnosti, avšak činí tak jen se záměrem získat hlasy voličů pro své další zvolení, se dopouštějí neetického jednání.³⁴ Tento jev pojmenoval poprvé Anthony Bottoms jako populistickou punitivnost.

Jde o složitý jev, který v zásadě vychází z protichůdných sil ve společnosti. Na jedné straně je tu široká veřejnost, která pociťuje obavy z kriminality a má tak tendenci požadovat přísnější tresty. Tato poptávka pak vytváří příležitost pro politiky populisticky naslouchat těmto náladám a prosazovat zpříšňování trestní

³⁰ MUSIL, J. Trestní odpovědnost jako prostředek ultima ratio. In: GERLOCH, A. - ŠTURMA, P. Odpovědnost v demokratickém právním státě. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 55-57.

³¹ EDWARDS, James. Theories of Criminal Law (Stanford Encyclopedia of Philosophy). In: *Stanford.edu* [online]. 2018 [cit. 20.10.2023]. Dostupné z: <https://plato.stanford.edu/entries/criminal-law/>

³² DUBBER, Markus D., Tatjana HÖRNLE a Tatjana HÖRNLE. Theories of Criminalization. In: DUBBER, Markus D. a Tatjana HÖRNLE, eds. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, 2014, s. 679. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199673599.013.0030

³³ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s.32

³⁴ BANKS, Cyndi. *Criminal justice ethics*. S. 268

legislativy, i když tyto kroky nemusí být podloženy vědeckými důkazy o jejich účinnosti. Na druhé straně stojí odborníci – kriminologové, právníci, sociologové – kteří upozorňují, že přílišné zpřísnování trestů nemusí být tou nejlepší cestou ke snížení kriminality.

Populistická punitivnost tak pochází z rozdílu mezi veřejným míněním a odbornými názory na roli a účel trestního systému. Zároveň je však živnou půdou pro politiky, kteří tuto propast využívají k získání voličských hlasů skrze sliby tvrdých opatření na úkor skutečně efektivních a vyvážených řešení.³⁵

1.4 Přestupky a jejich místo v právním řádu

V rámci diskuse o kriminalizaci je důležité uvést, že existuje významný rozdíl v rozsahu trestního práva u kontinentálního evropského práva a práva angloamerického. Zatímco kontinentální právo zná systematické rozlišení mezi trestnými činy a správními delikty, obecné právo takovým jasným rozlišením nedisponuje. V podstatě přestupky, které známe z našeho právního prostředí, jsou v tom angloamerickém brány jako trestné činy. Profesor James Chalmers z univerzity v Glasgow píše, že přinejmenším v Anglii formální kategorie, jako jsou německé Ordnungswidrigkeiten nebo francouzské contraventions, chybí. Zmiňuje, že zákonodárci často zbytečně využívají trestního práva a naznačuje, že by bylo vhodnější, kdyby tyto záležitosti spadaly pod jiný právní rámec.³⁶

I významný trestněprávní filozof Andrew Ashworth si stěžuje, že přestože některé orgány mohou využívat alternativní způsoby potrestání, anglické právo nezná žádnou obecnou kategorii přestupků nebo správních deliktů. Ashworth argumentuje, že trestní právo by mělo být jasně odděleno od jiných typů sankcí a regulací, jako jsou občanskoprávní nebo správní sankce. Zdůvodňuje to tím, že trestní právo plní represivní funkci a mělo by se řídit zásadou minimalizace, na rozdíl od jiných oblastí práva.³⁷

Britský expert na trestní právo Anthony Duff píše, že pro to, abychom usilovali o změnu trestněprávního systému, máme velmi dobrý důvod. Vadí mu totiž, že současný stav systému nezachovává občanskou důstojnost, a navíc není nastaven tak, aby mírně reagoval na drobná provinění. Jeho cílem je vytvořit takový rámec, který by efektivně

³⁵ *Penal Populism - ECPS* [online] [cit. 03.03.2024]. Dostupné z: <https://www.populismstudies.org/Vocabulary/penal-populism/>

³⁶ CHALMERS, James. A P Simester and Andreas von Hirsch, CRIMES, HARMS, AND WRONGS: ON THE PRINCIPLES OF CRIMINALISATION Oxford: Hart Publishing (www.hartpub.com), 2011. xix + 237 pp. ISBN 9781841139401. £45. *Edinburgh Law Review*. Edinburgh University Press, 2013, roč. 17, č. 2. DOI: 10.3366/elr.2013.0166

³⁷ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press, 2013, s. 70. DOI: 10.1093/he/9780199672684.001.0001

řešil výzvy a problémy společnosti, aniž by přitom zbytečně zatěžoval a omezoval práva a svobody občanů. Nakonec však shrnuje, že „hlubší problém trestního práva ve Velké Británii nespočívá v jeho rozsahu, nýbrž v nedostatku jasných zásad. Konstrukce trestního práva se stala bezzásadovou a chaotickou“.³⁸

V reakci na kritiku některých britských expertů, týkající se nedostatečného oddělení trestního práva od méně závažných deliktů, tak mohu říci, že v České republice jsme díky existenci přestupků ve výhodnější situaci. Máme alternativní formu regulace méně závažného nežádoucího chování oddělenou od trestních činů. To nám umožňuje lépe diferencovat při regulaci a využívat trestní právo skutečně jako až tu nejzazší možnost v souladu s principem ultima ratio.

Vzhledem k tomu, že část citovaných autorů pochází z prostředí angloamerického práva, je zapotřebí se s tím v této práci vypořádat. Jak již bylo zmíněno, pro common law systém je typické, že nemá tak vyhraněné rozlišení mezi trestnými činy a správními delikty, jako je tomu v kontinentálním právu. To může vést k rozsáhlejší kriminalizaci i poměrně méně škodlivých jednání. Z toho důvodu je možné, že principy kriminalizace v common law se budou zaměřovat na odlišné problémy, které se s takovým přístupem pojí. Nelze však říci, že principy v tamním prostředí budou fungovat odlišně než v kontinentální právní kultuře. Vždy půjde o nějaké sjednocující ideje, které stojí nebo by ideálně měly stát nad jednotlivými normami. I tak nelze předpokládat, že všechny závěry učiněné autory z common law prostředí budou automaticky aplikovatelné v českých podmínkách. Jejich východiska a cíle mohou být ovlivněny širším pojetím trestního práva. Přesto se mi při bližším pohledu a zkoumání ukazuje, že závěry a argumentace angloamerických autorů jsou natolik obecně platné, že je lze aplikovat i v našem právním prostředí.

Domnívám se, že důvodem je to, že žijeme ve společné západní civilizaci, založené na demokratických hodnotách a respektu k lidským právům. Právní principy jsou svým obsahem natolik přesvědčivé, že jsou všeobecně akceptovány bez ohledu na konkrétní stát nebo právní systém. Proto se domnívám, že využití argumentace těchto autorů k obecným zásadám kriminalizace je možné i v českém prostředí, aniž by docházelo k závažnější deformaci jejich obsahu v důsledku odlišného právního prostředí.

³⁸ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. str. 334

Při aplikaci konkrétních závěrů z tamní literatury je však stále nezbytné reflektovat rozdílné vnímání hranic trestního práva. Zároveň ale rozhodně nelze tuto skupinu autorů zcela pominout jen kvůli jejich odlišnému právnímu systému, ve kterém působí.

Tady je důležité zmínit, že právní systém v mnoha státech Spojených států amerických, na rozdíl od Velké Británie, rozlišuje kategorii tzv. "infractions", které jsou chápány jako méně závažné delikty než trestné činy. Za "infraction" typicky nehrozí trest odnětí svobody, nýbrž jen peněžité sankce. Příkladem takového deliktu mohou být dopravní přestupky. Zásadní rozdíl oproti trestným činům spočívá v tom, že odsouzení za "infractions" není zaznamenáváno do rejstříku trestů a jeho záznam nemůže být vyžadován, například při přijímacích řízení nebo na pohovoru před přijetím do zaměstnání.³⁹ Kategorie infractions tak plní obdobnou roli jako přestupky v kontinentálním právu: umožňuje alternativní regulaci méně závažného protiprávního jednání odděleně od trestních činů. To znamená, že například povaha argumentů amerického právního filozofa Douglase N. Husaka může odpovídat více našemu systému než argumenty britských autorů.

1.5 Cíle a struktura práce

Cílem této diplomové práce je systematicky prozkoumat principy kriminalizace, což zahrnuje nejen definování toho, co by mělo být kriminalizováno, ale také proces rozhodování o tom, co kriminalizovat a jak taková rozhodnutí provádět. Myšlenky, které jsou prezentovány v této práci, jsou převzaty z knih autorů, kteří jsou pro danou problematiku relevantní.

Cílem mé práce bude nastínit čtenáři problematiku teorie kriminalizace, a to především pomocí deskriptivní metody. Nekladu si tedy za cíl zkoumané problémy vyřešit, pouze popsat. Dále v práci využiji doktrinální přístup, a to během představování odlišných pohledů vybraných filozofů a vědců na relevantní oblast.

Tato práce usiluje o propojení teorie s praktickými aplikacemi v oblasti kriminalizace. Cílem je zajistit, aby teoretické poznatky měly dopad i mimo akademickou sféru, především při tvorbě legislativy. Klíčem je poskytnout co nejkonkrétnější nástroje, umožňující racionální a systematický přístup k otázkám

³⁹ JO-ANNA. *What's the Difference Between an Infraction, Misdemeanor, and Felony?* [online]. 2018 [cit. 04.06.2024]. Dostupné z: <https://thenieveslawfirm.com/different-types-of-charges/>

trestního práva. Často totiž politická rozhodnutí vycházejí spíše z emocí a intuitivních reakcí na mediálně známé kauzy než z odborné analýzy.⁴⁰

⁴⁰ HÖRNLE, Tatjana. One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles? *Law, Ethics and Philosophy*. 2019. s. 211

2 ZAHRANIČNÍ TEORETICKÁ LITERATURA

2.1 Teorie kriminalizace – úvod

Markus D. Dubber a Tatjana Hörnle ve své společné kapitole v rámci Oxfordské příručky pro trestní právo připomínají dějiny teorie kriminalizace. Jako první se teorií kriminalizace začali zabývat političtí filozofové a teoretici trestního práva, které zajímal především účel zákazů v trestních zákonech. Autoři z angloamerické i kontinentální evropské kultury zaměřili svoji pozornost na cíle kriminalizace a později pak do svých úvah začlenili také pojmy, jako je zásada škody nebo ochrana právního dobra.⁴¹

Pro účely své práce jsem si zvolil nejvýznamnější současné trestně právní filozofy a teoretiky, kteří mohou ve svých dílech lépe reagovat na aktuální stav společnosti. Sami se často vrací k základům, které před nimi položili jiní autoři, a probírají jejich názory a diskutují o nich.

Nejprve rozebírám práci Andrewa Ashwortha a jeho kolegy Jeremyho Hordera, kteří společně pracovali na nevšední učebnici trestního práva. V ní nejenže pokrývají základní témata trestního práva, ale také pomocí příkladů a kritiky obohacují čtenářův rozhled i o problematiku kriminalizace. Andrew Ashworth je emeritním profesorem anglického práva na univerzitě v Oxfordu. Je autorem rozsáhlých prací o anglickém trestním právu a několik let byl redaktorem časopisu *Criminal Law Review*.

Jeremy Horder je britský právník a akademik. Získal doktorát na Oxfordské univerzitě a v letech 2005-2010 působil jako zmocněnec pro právo Anglie a Walesu. Je profesorem trestního práva na London School of Economics and Political Science.⁴² Desáté vydání Ashworthových principů trestního práva je již třetím v pořadí, které Horder psal bez vedení od původního autora Andrewa Ashwortha.

Dále rozebírám dílo A.P. Simestera a Andrewa Von Hirsche: *Crimes, harms, and wrongs: on the principles of criminalisation*. Andrew von Hirsch je právní filozof a teoretik trestního práva, zakládající ředitel centra pro teorii trestního práva a trestní etiku na Institutu kriminologie Právnické fakulty Univerzity v Cambridge.⁴³

⁴¹ DUBBER, Markus D., Tatjana HÖRNLE a Tatjana HÖRNLE. *Theories of Criminalization*, s. 680.

⁴² SCIENCE, London School of Economics and Political. Jeremy Horder. In: *London School of Economics and Political Science* [online] [cit. 05.06.2024]. Dostupné z: <https://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/jeremy-horder/home.aspx>

⁴³ MULLALLY, Paul. Professor Andreas von Hirsch. In: . 4. 1. 2018 [cit. 05.06.2024]. Dostupné z: <https://www.crim.cam.ac.uk/People/professor-andreas-von-hirsch>

Profesor Andrew P. Simester je přední světový odborník na trestní právo a teorii. Působí jako profesor trestního práva na Národní univerzitě Singapuru a od roku 2023 je děkanem její právnické fakulty. Jeho hlavní zájmy se zaměřují na oblasti právní filozofie a trestního práva. Je autorem řady publikací, citovaných nejvyššími soudy po celém světě. Za svůj přínos obdržel čestné doktoráty a byl zvolen členem předních akademických institucí.⁴⁴

Poté se podívám na dílo R. A. Duffa z roku 2018 s názvem *Sféra trestního práva* (*The Realm of Criminal Law*). Hlavním cílem této knihy je formulovat teorii kriminalizace a objasnit zásady a hodnoty, které by měly být základem rozhodovacího procesu o tom, jaké činy jsou důvodem ke kriminalizaci. Profesor R. A. Duff je předním odborníkem na filozofii trestu a trestního práva.

Nakonec pracuji s dílem s názvem *Nadměrná kriminalizace* (*Overcriminalization*) od Douglase Husaka. Husak je americký právní filozof, který se zajímá především o trestní právo a drogovou politiku. Zmíněná kniha se zabývá znepokojivým stavem trestního soudnictví v USA. Husak tvrdí, že rozšíření trestních zákonů v posledních letech vedlo k nespravedlivým a nepřiměřeným trestům. Jeho cílem je formulovat normativní teorii kriminalizace, která by rozlišovala oprávněné zákony od nespravedlivých a navrhovala omezení toho, co by mělo být předmětem kriminalizace. Kniha se zabývá naléhavou potřebou přehodnotit a zvrátit trend nepřiměřených trestních zákonů ve Spojených státech.⁴⁵

2.2 Ashworthův a Horderův přístup ke kriminalizaci

Dle Ashwortha a Hordera (dále jen Ashworth⁴⁶) kriminalizace určitého druhu jednání znamená tři věci. Za prvé „*prohlásit, že jde o veřejnou špatnost, která by neměla být páchána, za druhé zavést hrozbu trestu, aby byl dán pragmatický důvod, proč ji nepáchat, a za třetí odsoudit ty, kteří ji takové jednání i tak páchají*“.⁴⁷

„*Takové použití státní moci*“, jak píše Ashworth, „*vyžaduje ospravedlnění skrze demokratické principy*“. Rozhodnutí o kriminalizaci určitého jednání by nemělo být ponecháno pouze na subjektivním nebo nahodilém posouzení, protože následky

⁴⁴ Andrew SIMESTER [online] [cit. 05.06.2024]. Dostupné z: <https://law.nus.edu.sg/people/a-p-simester/>

⁴⁵ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization.*, předmluva

⁴⁶ Budu psát jen Ashworth, i když budu psát o společném díle s Horderem z roku 2013, pokud píši o jen Horderovi, většinou tím budu myslet to, že čerpám z jeho samostatného vydání knihy z roku 2022.

⁴⁷ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press, 2013. DOI: 10.1093/he/9780199672684.001.0001, s. 54

kriminalizace jednání jsou závažné a jsou spojeny s významným veřejným odsouzením. V návaznosti na Husaka prohlašuje Ashworth, že v liberálním státě by občané měli mít "právo nebýt trestáni", což znamená, že kdokoli, kdo chce učinit z doposud legální aktivity trestný čin, musí nést důkazní břemeno a prokázat opodstatněnost takového kroku.⁴⁸

Ashworth však otevřeně přiznává, že „*neexistuje jedna obecná teorie, která by nám umožnila říci, zda by určité jednání mělo být kriminalizováno či nikoli.*“ Tvrdí, že „*škála potenciálních trestných činů je tak široká a rozmanitá, že se to zdá být nemožné*“, a měli bychom od jejího hledání upustit. Místo toho navrhuje respektovat určitá vodítka, která by měla proces kriminalizace usměrňovat.⁴⁹ Tato vodítka shrnul do obecných zásad, které by podle něj měly být při zvažování kriminalizace dodržovány a které by měly procesu kriminalizace dát konkrétnější a systematictější rámec.

V následujících kapitolách se budu věnovat jednotlivým zásadám, se kterými Ashworth pracuje. Tyto zásady mají pomoci strukturovat debatu o tom, jaká jednání by měla být kriminalizována a za jakých okolností. Poskytují určitá kritéria a principy, jimiž by se měl tento proces řídit, aby byl spravedlivý, konzistentní a odrážel základní hodnoty liberálního právního státu. S postupným seznámením se s více a více zásadami se nám vytváří ucelenější a konkrétnější obrázek o promyšlené kriminalizaci.

Hranice trestní odpovědnosti nejsou vyryté do kamene, ale spíše jsou formovány historií a politikou.⁵⁰ Ashworth také připomíná, že praktický dopad trestního práva na občany závisí na činnosti orgánů, jako jsou policisté a další úředníci, kteří působí v trestním řízení. Zákonodárce poskytuje nástroje nebo pravomoci, avšak rozhodnutí o tom, kdy je použit a kdy nepoužit, přijímají donucovací orgány.⁵¹

Horder v novějším vydání knihy na tuto problematiku reaguje. Raději volí užší a konkrétnější znění právní normy, byť za cenu případného uniknutí spravedlnosti některými pachateli.⁵² Dá se říci, že odkazuje na zásadu Williama Blackstona z jeho díla *Komentáře k anglickým zákonům*, vydaném v 60. letech 17. století, s názvem

⁴⁸ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 55.

⁴⁹ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 55.

⁵⁰ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 35.

⁵¹ *Ibid.*, s. 44.

⁵² HORDER, Jeremy a Andrew ASHWORTH. *Ashworth's principles of criminal law*. s. 70

Blackstonův poměr, někdy i Blackstonův princip, která říká: „*Je lepší, když unikne deset viníků, než aby trpěl jeden nevinný.*“⁵³

2.2.1 Zásada individuální autonomie

Jako první ze zásad uvádí Ashworth zásadu individuální autonomie. Ta říká, že jednotlivci mají být považováni za odpovědné za svá jednání, a to na základě svobodné vůle a vlastních rozhodnutí. Tato zásada zdůrazňuje svobodu jednotlivce při vytváření svého vlastního osudu a určování směru svého života. „*Historicky bylo tvrzení o svobodné vůli konfrontováno s deterministickým názorem, že lidské chování je naprosto určeno neovladatelnými příčinami.*“⁵⁴

Došlo se k názoru, že nějaká důvěra ve svobodnou vůli musí existovat, jinak by se naše vidění světa muselo změnit. Svět, ve kterém osoby nemají svobodnou vůli a jsou pouhými loutkami osudu, by nutně musel změnit naše uvažování o vině a trestu. Navíc se domnívám, že je příjemnější vědomí toho, že náš život není dopředu rozhodnut, tedy že jsme pány svého osudu. Náš trestní systém je založen na tom, že se někdo svobodně rozhodl spáchat trestné jednání, a proto je za něj potrestán. Obecně se tak předpokládá, že příčetné dospělé osoby mohou být řádně činěny odpovědnými za své jednání a za věci, které jsou pod jejich kontrolou, až na výjimky, kdy mohou poukázat na nějakou omluvu svého jednání.⁵⁵

2.2.2 Zásada blahobytu

Podle Ashwortha má stát povinnost kultivovat takové prostředí a podmínky, které občanům poskytnou možnost naplno uplatnit svou svobodnou vůli a rozhodovat se podle vlastního uvážení. Nicola Lacey, britská právní vědkyně, si pod pojmem blahobyt představuje "*naplnění určitých základních zájmů, jako je zachování osobní bezpečnosti, zdraví a schopnosti realizovat zvolený životní plán*"⁵⁶. Konkrétní vymezení základních zájmů by mělo být předmětem veřejné diskuse a demokratického rozhodování ve společnosti. S tím se pojí i to, že ne každého zájem bude zcela ochráněn, a naopak pro ochranu společnosti mohou být individuální zájmy přesunuty na druhou kolej.⁵⁷

⁵³ BLACKSTONE, William a Wayne MORRISON. *Blackstone's commentaries on the laws of England in four volumes*. London: Cavendish, 2001, s. 358.

⁵⁴ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. s. 56

⁵⁵ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 56.

⁵⁶ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. s. 58

⁵⁷ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 58.

Celé to pak stojí na zvážení proporcionality těchto dvou prvních zásad. Princip individuální svobody a práva jednotlivce rozhodovat o svém životě je bezpochyby důležitý. Avšak toto právo nelze vnímat izolovaně, ale musí být zasazeno do širšího společenského kontextu a rámce. Občané by měli mít zajištěn prospěch z existence systémů a struktur, které jim umožní naplňovat jejich autonomii, ale v krajním případě může být trestní právo oprávněné k udržení nezbytných společenských praktik. Do nějaké míry lze tedy akceptovat kriminalizaci jako „*jediný ospravedlnitelný prostředek k udržení určitých společenských praktik jako nezbytných pro obecné blaho*“.⁵⁸

2.2.3 Zásada škody a další

John Stuart Mill tuto klíčovou zásadu vymezil v eseji *O svobodě* z roku 1859, kde tvrdil, že „*jediným účelem, pro který lze oprávněně vykonávat moc nad kterýmkoli členem civilizovaného společenství proti jeho vůli, je zabránit působení škody ostatním*“.⁵⁹ Tato zásada klade hranici trestnímu právu, za kterou by při kriminalizaci určitých typů chování nemělo zajít, i kdyby část veřejnosti toto chování považovala z morálního či jiného hlediska za nežádoucí. Funguje tak jako negativní omezení, které nám říká, že pokud dané jednání nezpůsobuje škodu nebo její riziko, není správné ho kriminalizovat.

Problematická je definice škody, protože vždy můžeme narazit na subjektivní vnímání ze strany jednotlivců i společnosti. Co jeden člověk vnímá jako újmu, nemusí druhý vůbec pokládat za škodlivé. „*Pokud se snažíme definovat škodu ve smyslu porušení legitimních zájmů lidí, musíme brát v úvahu morální, kulturní a politickou povahu těchto zájmů, jak jsou uznávány v daném společenském systému*“.⁶⁰

Tato zásada však nemůže z různých důvodů fungovat izolovaně. Druhým důležitým prvkem, který nám pomůže určit, jaké jednání kriminalizovat, je podle Ashwortha vedle zásady škody i nespravedlnost nebo nesprávnost (v originále wrongfulness⁶¹). Podle jejich slov k ospravedlnění kriminalizace nestačí pouhé způsobení škody. Tato škoda musí být způsobena nesprávně.⁶²

⁵⁸ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. s. 58

⁵⁹ MILL, John Stuart. *On liberty*. New York, N.Y.: Cambridge University Press, 2012.

⁶⁰ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 59.

⁶¹ Protiprávnost je nejběžnější překladový ekvivalent pro "wrongfulness" v právních kontextech. Zde však autoři hovoří o "pre-legal wrong" a je vhodnější použít jako překlad slovo "vadné/nesprávné/chybné jednání", které dosud nebylo kriminalizováno.

⁶² ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 60.

Dalším prvkem je veřejný charakter deliktů. Tento aspekt zahrnuje „*obecné povinnosti občanů, které jsou tak zásadní, že porušení těchto povinností může být důvodem pro trestní postih*“. Prvek veřejnosti závisí na tom, zda se protiprávní jednání týká veřejného zájmu nebo společenských hodnot. Bohužel, neexistují žádné ostré hranice, které by nám určovaly, zda je určité chování dostatečně škodlivé, dostatečně nesprávné nebo zda má dostatečně veřejný prvek, který by ospravedlňoval jeho kriminalizaci.

Alespoň částečná odpověď se nachází ve veřejném hodnocení daného chování. Například domácí násilí, ačkoli k němu dochází v soukromí, je považováno za morální a společenské pochybení, které si zaslouží trestní stíhání, protože ovlivňuje blaho společnosti, a je právě na ní, aby takové jednání potrestala. Naopak cizoložství není podle Ashwortha chováním vhodné ke kriminalizaci, i když jistě škodu způsobuje a je přímým porušením slibu – je nesprávné. Tím porušuje zásadu škody i nesprávnosti. Stále to však nestačí ke kriminalizaci, protože to není věc, kterou by měla společnost potrestat. Hodnota manželství není natolik důležitou, aby ji stát chránil pomocí trestního práva a stíhal ty, kteří ho ohrožují.⁶³

Dle Ashwortha však existuje jedna jasná oblast, kde kriminalizace nezpochybnitelná. Jedná se o situace, kdy má stát povinnost chránit základní lidská práva a svobody. Příkladem může být právo na život, které je v právním řádu pevně zakotveno. V takovýchto jasně daných případech je stát oprávněn, a dokonce povinen využít prostředků trestního práva.⁶⁴

2.2.4 Zásada minimalismu

Odlišný ideový proud od zásady škody a jejích pomocných upřesňujících elementů představuje minimalismus v trestním právu. Tato zásada se zasazuje o omezené a promyšlené používání trestních sankcí ve společnosti. Tento přístup není založen na lhostejnosti ke zločinu nebo na podceňování významu právního řádu, jak by se na první pohled mohlo zdát. Naopak, jeho jádrem je uvědomění, že nadměrné spoléhání na trestní právo může mít negativní sociální a individuální důsledky. V hierarchii zásad kriminalizace bych zásadu minimalismu postavil vedle zásady škody

⁶³ Ibid., s. 61.

⁶⁴ Ibid.

a jejích elementů. Obě tyto zásady totiž omezují kriminalizaci, každá však z trochu jiného pohledu.

Důležitost minimalismu v trestním právu spočívá v jeho schopnosti chránit jednotlivce před nespravedlivým nebo nadměrným státním zásahem. Tento přístup klade důraz na zásadu respektování lidských práv a na princip, že trestní právo by mělo být použito pouze jako poslední možnost, a to v situacích, kde jiné metody selhávají nebo jsou neúčinné. Minimalistický přístup se snaží omezit rizika spojená s kriminalizací a trestáním, a to především v případech, kde by takové kroky mohly mít více škodlivých než prospěšných účinků na společnost.

Tímto způsobem minimalismus usiluje o dosažení rovnováhy mezi potřebou trestního práva chránit společnost a nutností chránit individuální práva a svobody. Jeho hlavními složkami jsou právě tyto zásady: respektování lidských práv, právo nebýt vystaven trestání bez důvodného odůvodnění, použití trestního práva jako poslední možnosti a kritické zhodnocení důsledků kriminalizace určitých jednání.

a) Zásada respektování lidských práv

Andrew Ashworth a Jeremy Horder zdůrazňují, že minimalistický přístup k trestnímu právu by měl především respektovat lidská práva. To znamená, že žádné trestní zákony by neměly porušovat základní lidská práva a svobody, jako jsou svoboda projevu, svoboda shromažďování a sdružování, svoboda myšlení a náboženského vyznání, právo na soukromí a právo nebýt v žádném z těchto práv diskriminován. Zásah do nich je přípustný, ale jen pokud je nezbytný.⁶⁵

b) Právo nebýt vystaven trestání ze strany státu

*„Rozhodnutí kriminalizovat jednání, a tak autorizovat trestání by mělo být odlišné od jiných legislativních rozhodnutí. (...) Důkazní břemeno by mělo ležet na těch, kteří by chtěli uložit trestní odpovědnost.“*⁶⁶ Od vážnosti trestu se přímo odvíjí i míra, kterou zákonodárce musí naplnit při zdůvodnění kriminalizace jednání.⁶⁷

c) Kriminalizace jako poslední možnost – zásada subsidiarity

Trestní právo by mělo být až posledním řešením pro regulaci nejzávažnějších forem protiprávního či škodlivého chování, protože je nejsilnější právní zbrání. Na méně závažná nevhodná jednání existují mírnější nástroje jako je třeba společenský tlak,

⁶⁵ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. s. 63

⁶⁶ Ibid., s. 62.

⁶⁷ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. s. 62

občanskoprávní žaloby nebo správní právo. Kriminalizace by měla přicházet na řadu pouze u těch nejhorších excesů, kde selhávají všechny ostatní kontrolní mechanismy.⁶⁸

d) Zásada nekriminalizovat tam, kde by to bylo kontraproduktivní

Čtvrtý Ashworthův prvek minimalistického přístupu ke kriminalizaci je princip, který říká, že bychom neměli vytvářet nové zločiny, pokud by jejich zavedení mohlo společnosti přivodit větší škodu než užitek. Zároveň by se neměly definovat činy jako trestné v případě, že jejich faktické potírání a postihování nebude reálně proveditelné.

Z tohoto principu se dá lehce vyčíst, že trestnost nějakého jednání má i výraznou sdělovací hodnotu, protože alespoň zřetelně dává společnosti najevo, že je takové jednání nevhodné a bude potrestáno. I malá účinnost trestného činu nějakého efektu dosahuje. Otázkou ale je, jestli nízká účinnost, například proto, že je dané nevhodné jednání těžko vymahatelné, nezneváží i respekt k ostatním normám.⁶⁹

Kontraproduktivnost se může projevovat různě. Dobrým příkladem je situace okolo drog a s nimi souvisejících trestných činů. „*Zákony o drogách a mravnostních deliktech tak mohou (i) vytvářet aktivní černé trhy, (ii) vést policii k použití invazivních prostředků k vymáhání práva, (iii) umožnit policii selektivní přístup k vymáhání práva a (iv) vést k určité míře policejní korupce.*“⁷⁰ Tyto důsledky dále rozvíjím.

Kriminalizace drog nebo mravnostních činů vede k tomu, že se vytvoří šedá ekonomika, kde se tyto látky nebo činnosti prodávají a provádějí mimo regulaci státu. Tento fenomén zvyšuje riziko pro lidi, kteří tyto produkty užívají, buď z důvodu neznalosti přesného obsahu takového produktu, nebo proto, že mohou být méně ochotní vyhledat zdravotní péči ze strachu z prozrazení své trestné činnosti, a zároveň s tím komplikuje vymáhání zákona, protože kriminalizované aktivity jsou obtížněji sledovatelné a regulovatelné.⁷¹

Druhým důsledkem je, že zákony o drogách a mravnostních deliktech mohou vést k tomu, že policie používá invazivní způsoby vymáhání. Když se stát snaží potlačit nelegální aktivity spojené s těmito zákony, může to znamenat, že policejní orgány budou

⁶⁸ Ibid. s. 63

⁶⁹ Ibid., s. 63.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ DRUG POLICY ALLIANCE. DPA Fact Sheet Approaches to Decriminalization Feb2015 1 [online]. Drug Policy Alliance, 2015. Dostupné z: https://www.unodc.org/documents/ungass2016/Contributions/Civil/DrugPolicyAlliance/DPA_Fact_Sheet_Approaches_to_Decriminalization_Feb2015_1.pdf

provádět razie, sledování a kontroly občanů na základě podezření. To může zvyšovat napětí mezi policií a občany a narušovat soukromí.⁷²

Třetím aspektem je selektivní přístup k vymáhání. Zákony o drogách a mravnostních deliktech mohou poskytovat policii určitý prostor pro volbu, na které případy se zaměří. To může vést k tomu, že určité skupiny obyvatelstva jsou cíleně více stíhány než jiné, což může mít negativní sociální důsledky a zvyšovat nerovnosti, to ale samozřejmě platí úplně o všech zákonech. Dodává, že „*vymáhání drogových zákonů je jedním z důvodů neúměrně vysokého počtu pachatelů jiné než bílé pleti ve vězení v Británii a USA*“.⁷³

Posledním významným faktorem je riziko policejní korupce. Kriminalizace a vymáhání zákonů v oblasti drog a mravnosti mohou vytvářet prostředí, ve kterém se mohou objevovat korupční praktiky. Policisté mohou být náchylnější k úplatkům a zneužití své pravomoci, pokud se dostávají do kontaktu s lukrativními ilegálními trhy.

Nicméně existují rizika, spojená s dekriminací drog. Povolení či dekriminace by mohlo vytvořit příznivější prostředí pro závislost na omamných látkách. To by mohlo motivovat jednotlivce k častějšímu a intenzivnějšímu užívání drog. Došlo by k nárůstu zdravotních problémů, sociálních a ekonomických obtíží. To by mohlo negativně ovlivnit nejen jednotlivce samotné, ale také jejich rodiny a celou společnost, takže by ve výsledku bylo způsobeno více škod, než způsobuje současná situace.

V rámci podpory minimalismu předpisů obecně jsem přišel na zajímavý paradox, kdy špatně nastavená pravidla vedla k přesně opačnému důsledku, než se daný předpis snažil omezit. V jedné mateřské škole v Izraeli se snažili přimět rodiče, aby si své potomky vyzvedávali z předškolního zařízení včas, a proto zavedli sankci za pozdní příchod ve formě pokuty. Avšak místo toho, aby nová sankce působila jako odstrašující prostředek, rodiče ji vnímali jako poplatek za možnost legálně si dítě vyzvednout později, pokud zaplatí určenou částku. V důsledku toho rodiče začali brát pozdní příchody jako morálně ospravedlnitelné díky finančnímu vyrovnání a jejich pozdější příchody se staly ještě běžnějšími. Předtím rodiče svá zpoždění vnímali jako porušení sociálních pravidel a z etického hlediska to pro ně bylo nepřijatelné, proto

⁷² ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 63.

⁷³ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 64.

se snažili opožděnému vyzvedávání dětí předcházet. Nyní rodiče považovali pokutu za poplatek, kterým si platili službu. Přístup rodičů, který chtěli zavedením pokuty změnit, se po zrušení pokut nezlepšil: „*Pokuta byla po necelých sedmnácti týdnech zrušena. V následujících čtyřech týdnech zůstal počet rodičů, kteří pro své děti přišli pozdě, na stejně vysoké úrovni jako v předchozím období, byl tedy vyšší než v prvních čtyřech týdnech. Netvrdíme, že účinek je při každém zavedení pokuty podobný. Je snadné spekulovat, že v případě velmi vysoké pokuty by žádný rodič nepřišel pro své dítě pozdě.*“⁷⁴

Celkově je třeba pečlivě pohlédnout na to, jak zákony ovlivňují společnost a zda jejich dopady nepřesahují zamýšlené cíle trestní politiky. Je důležité, aby zákonodárci a tvůrci politiky brali v úvahu všechny potenciální důsledky a hledali vyvážený přístup k těmto otázkám.

2.2.5 Problematika morálně závadného chování

Můžeme kriminalizovat jednání jen proto, že je morálně závadné? Ashworth nabízí zajímavou výměnu názorů mezi Lordem Devlinem, anglickým soudcem, a filozofem Johnem Stuartem Millem. Jak se domnívá Devlin, je společnost oprávněna použít trestní právo proti takovému chování, které by mohlo být hrozbou pro její existenci. Škodlivý vliv na soudržnost společnosti může mít odchylka od společné morálky, na které je tato soudržnost postavena, a proto lze trestání nemorálního chování nejen ospravedlnit, ale také požadovat.⁷⁵

S tím nesouhlasí liberalista John Stuarda Mill, jehož postoj shrnuje Ashworth tak, že neexistuje žádný jiný přijatelný důvod pro kriminalizaci chování než to, že způsobuje škodu ostatním. Údajnou nemorálnost chování nepovažuje za dostatečný důvod pro to, aby bylo kriminalizováno.⁷⁶

Ashworth pak připomíná i Feinbergovu zásadu: „*Pro podporu navrhovaného trestního zákazu je vždy dobrým důvodem to, že je pravděpodobně nezbytný k ochraně jiných osob než pachatele před závažnou újrou a že by takový zákaz pravděpodobně byl účinným prostředkem k dosažení tohoto cíle, pokud by byl přijat.*“⁷⁷

⁷⁴ GNEEZY, Uri a Aldo RUSTICHINI. A Fine is a Price. *The Journal of Legal Studies*. 2000, roč. 29, č. 1, s. 3. DOI: 10.1086/468061

⁷⁵ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 64.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ FEINBERG, J. *Offense to Others* [online]. Oxford University Press, 1988, s. 1. Dostupné z: https://books.google.cz/books?id=_4O3uhyZi4gC

Andrew von Hirsch a A.P. Simester k této zásadě dodávají, že i Feinbergův přístup je příliš široký. Proto navrhuji svůj vlastní test morální závadnosti neboli test urážlivosti: „*Jednání lze zakázat pouze tehdy, pokud se ostatní nemohou snadno (tj. bez nepřiměřeného omezení vlastních možností) vyhnout tomu, aby se s ním setkali*“.⁷⁸ Zároveň by měla existovat určitá míra společenské tolerance a jednání mělo být bezprostředně urážlivé, a ne pouze vytvářet riziko následného pohoršení.⁷⁹ Horder tuto myšlenku dále rozvíjí a porovnává dva druhy jednání. Popisuje, že je velký rozdíl mezi opalováním se na nudistické pláži, která je řádně označená a nikoho tak nemůže pohoršit, co tam vidí, a mezi sexem na veřejných záchodech, kde nic netušící oběť v podobě návštěvníka toalet může být vystavena nevyžádanému obrazu. Takové chování může naplnit kritérium hrubého nedostatku úcty nebo ohleduplnosti vůči druhým.⁸⁰

Nakonec Ashworth shledává, že politický oportunistus a moc zůstávají hlavními faktory kriminalizace. I přes snahu akademiků stále platí, že politické přesvědčení je hlavním hybatelem kriminalizace. I tak je ale diskuse důležitou součástí legislativního procesu.⁸¹

2.3 A. P. Simesterův a Von Hirschův přístup ke kriminalizaci

Autoři přiznávají, že jejich práce nenabízí jasná a přímočará pravidla, podle kterých by se dalo jednoduše rozhodovat, zda je určité jednání vhodné kriminalizovat. Místo toho předkládají situace a tvrzení, která pomáhají proniknout do dané problematiky. Jejich dílo má za úkol spíše nasměrovat a strukturovat diskusi, nikoli přímo konkrétně určovat, co by mělo či nemělo být kriminalizováno.⁸²

2.3.1 Nesprávnost (Wrongfulness)

A. P. Simester a Andreas von Hirsch začínají důležitou myšlenkou, že při posuzování, zda by určitá jednání měla být kriminalizována či nikoliv, je klíčovým faktorem otázka jejich správnosti či nesprávnosti. Trestní právo je, jak ho autoři definují, důrazným prostředkem státu k odsuzování určitých činů. Morálně oprávněná kriminalizace vyžaduje, aby jednání, která jsou kriminalizována, byla nějakým způsobem považována za eticky neakceptovatelná.⁸³

⁷⁸ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*, s. 129.

⁷⁹ *Ibid.*, s. 130.

⁸⁰ HORDER, Jeremy a Andrew ASHWORTH. *Ashworth's principles of criminal law*. s. 73

⁸¹ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. s. 68

⁸² SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. S. 32

⁸³ *Ibid.*, s. 19.

Autoři se shodují na tom, že naprostou většinu trestných jednání, jejichž postihováním se trestní právo zabývá, je možné označit za nesprávná.⁸⁴ Kladou si však otázku, zda je nesprávnost skutečně tím nejpodstatnějším kritériem, protože důvody, proč jsou tato jednání nesprávná, mohou být velice různé.⁸⁵

Nesprávnost jako podmínku kriminalizace rozebírají autoři ze tří možných pohledů:

- 1) *„To, že je jednání nesprávné, nestačí k tomu, aby bylo ospravedlněno jeho kriminalizování (teze o nedostatečnosti).*
- 2) *To, že je jednání nesprávné, je nezbytné pro ospravedlnění jeho kriminalizace (teze o nezbytnosti).*
- 3) *To, že je jednání nesprávné, je nedostatečné k tomu, aby byl dán, byť jen pro tento důvod, podnět pro jeho kriminalizaci (teze o nekvalifikovanosti).“⁸⁶*

První teze říká, že jednání může být nesprávné, to ale nepostačuje k jeho kriminalizaci, protože existují mnohem závažnější důvody pro opak. Musí být například prokázáno, že trestní právo dané jednání účinně reguluje a že pro boj s takovým jednáním neexistuje lepší nástroj. Tím může být například vhodné nastavení daně, jak se ukázalo při nezvládnuté prohibici alkoholu, která vedla k černému trhu a nárůstu kriminality. Dále je samozřejmě zapotřebí, aby byla *„vypracována definice trestného činu, která by byla účinná, vymahatelná a splňovala požadavky právního státu, a pokud takové požadavky nejsou splněny, je lepší jednání nezakazovat, přestože pro to jsou na první pohled vhodné důvody.“⁸⁷*

Druhá teze, tedy teze o nezbytnosti, říká, že nesprávnost je pro kriminalizaci jednání nezbytná. Trestní právo má za cíl trestat jedince za činy, které jsou *„morálně nesprávné“*.⁸⁸

Tomuto tvrzení by na první pohled mohly vymykát trestné činy *mala prohibita*. Tedy činy, které jsou nesprávné jen proto, že to říká nějaká norma. Byl takový čin nesprávný, než byl uzákoněn jako trestný? Nebyl, ale nyní, jak popisují citovaní autoři, nesprávným být velice dobře může. *„Stát totiž může přispívat k vytváření morálních*

⁸⁴ Ibid., s. 20.

⁸⁵ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 20

⁸⁶ Ibid., s. 22.

⁸⁷ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 22

⁸⁸ Ibid., s. 23.

*důvodů*⁸⁹. Velmi dobře to autoři ilustrují na následujícím příkladě. Auta na samotném počátku automobilismu mohla jezdit po jakékoliv straně silnice. Od chvíle, kdy se jedna strana autoritativně stanovila za správnou, byla jízda v protisměru zbytečně nebezpečná, a tím pádem i nesprávná. V takových případech má stát velmi dobrý důvod pro přijetí příslušného zákona. Opodstatnění takového zákona vyplývá z cílů, kterým slouží a které stojí za jeho přijetím. Je to v podstatě zcela lhostejné, po které straně silnice budou auta jezdit. Samotná existence autoritativní odpovědi je nesmírně cenná pro bezpečí cestujících.⁹⁰ Z toho jasně plyne, že pokud je zákaz nějakého jednání řádně odůvodněn, je takové jednání považováno za nesprávné, a proto by se ho nikdo neměl dopouštět.⁹¹

Třetí teze je vlastně zesílenou verzí teze o nedostatečnosti. Její nedostatečnost a také nekvalifikovanost spočívá v tom, že jsou zde kvalifikovány pouze určité druhy špatností. Pouhá nemorálnost sama o sobě nemůže být důvodem k zákazu.⁹² Autoři se přiklánějí k myšlence, že i poslední teze o nekvalifikovanosti má své opodstatnění. Pro ně je stát pouhým nástrojem, který má za úkol zvýšit blaho lidí, kteří v něm žijí. Pokud kriminalizace jednání nijak neovlivní život občanů, nemělo by se k ní přistupovat. *„Čistě morální špatnosti nespádají do její působnosti. To znamená, že bychom měli zvážit upuštění od myšlenky, že morální pochybení je výchozí bod pro ospravedlnění kriminalizace.“*⁹³

Na druhou stranu je zcela možné, že některá z „morálních špatností“ velmi snadno a zároveň velmi podstatně ovlivňuje životy lidí. Autoři zde však na druhou miskou vah kladou osobní svobodu.⁹⁴ Nezabývali se však už tím, že i osobní svoboda má svoji hranici. Klíčovým slovem v odůvodnění jejich třetí teze tak bude slovo „čistě“. Řekl bych, že většina jednání, která jsou zakázána trestním právem, jsou zároveň s tím i nemorální. Jsou ale nutně škodlivé i z jiných důvodů, a proto jsou kriminalizována.

2.3.2 Zásada škody (Harm principle)

Trestní právo je vhodně vyhrazeno pouze pro nesprávné jednání. Jádrem zásady škody je myšlenka, že působnost kriminalizace by měla být rovněž omezena na jednání,

⁸⁹ Ibid., s. 25.

⁹⁰ Ibid., s. 26.

⁹¹ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 28

⁹² Ibid., s. 29.

⁹³ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 30

⁹⁴ Ibid., s. 29.

zahrnující poškozování zájmů jiné osoby. O zásadě škody jsem psal již v předchozí kapitole, kde jsem dával dohromady principy pana Ashwortha. Autoři tento princip dále rozvíjejí. Stejně jako Ashworth přidávají trochu rozšířenější definici J. S. Milla, který říká, že „*jediným cílem, pro který je lidstvo oprávněno, ať už individuálně či kolektivně, zasahovat do svobody jednání kohokoli z nich, je sebeobrana. Jediným účelem, pro který lze oprávněně vykonávat moc nad kterýmkoli členem civilizovaného společenství proti jeho vůli, je zabránit škodám, způsobovaným ostatním. Jeho vlastní prospěch, ať už fyzický nebo morální, není dostatečným důvodem.*“⁹⁵

V angloamerické teorii trestního práva je princip škody hlavním základem pro posouzení legitimacy kriminalizace. Aby bylo možné ospravedlnit zásah do svobody jednajícího prostřednictvím trestního zákazu, musí být prokázáno, proč je jeho jednání škodlivé nebo potenciálně škodlivé pro ostatní.

Pro bližší vysvětlení pojmu škoda autoři nabízejí Feinbergovu definici: „*Je to zmaření, oddálení nebo potlačení nějakého zájmu*“⁹⁶. Simester a Von Hirsch to dále vysvětlují, že způsobení škody znamená poškození některého z našich zájmů, který tím utrpěl. Má-li člověk prospívat, musejí prospívat i jeho zájmy. Zásada škody je naplněna tehdy, došlo-li k nepříznivému zásahu do něčeho podstatného, co postiženému člověku zhoršilo kvalitu jeho života.⁹⁷

V souvislosti se zájmy pak autoři přicházejí s požadavky, které pomáhají upřesnit a zlepšit obsah zásady škody, což je pro její aplikaci zásadní. „*Zaprvé, mají tendenci přetrvávat delší dobu. Takovým zájmem může být majetek, zdraví nebo třeba dobrá pověst. Krátkodobý pocit hněvu nebo uraženosti takovýto charakter nemají. Druhým požadavkem ve vztahu k zájmu je jeho schopnost ovlivňovat životní spokojenost. Poslední kritérium pak požaduje, aby zájem měl objektivní rozměr*“⁹⁸. To znamená, že zájem existuje a může být poškozován nezávisle na vědomí jednotlivce. Autoři to výborně ilustrují na rozdílu mezi pomluvou a urážkou. Dobrá pověst člověka existuje a může být poškozována pomluvami, i když si osoba není vědoma, že je pomlouvána. Tento zájem je objektivní, protože jeho poškození není závislé na okamžitém uvědomění si dané

⁹⁵ MILL, John Stuart. *On liberty*. Strojově přeloženo deeppl.com

⁹⁶ FEINBERG, J. *Offense to Others*, s. 33.

⁹⁷ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 36

⁹⁸ *Ibid.*, s. 37.

osoby. Naopak urážka je subjektivní, protože k jejímu poškození dochází pouze tehdy, když si osoba urážlivé jednání uvědomí.⁹⁹

Dobré je také zmínit také to, že škoda nemusí být vždy nesprávná. Existují jasné situace, kdy je nějaká škoda opodstatněná a situace si ji vyžaduje. Pokud někdo například daruje ledvinu svému blízkému, jistě mu možná i nějaká penězi vyčíslitelná škoda vznikla. I osoba, která zastřelí psa útočícího na dítě, způsobí škodu, ale její jednání bychom asi jako nesprávné neodsoudili. Autoři přicházejí i s příkladem, kdy reklamní kampaň jednoho podnikatele přesvědčí i zákazníky druhého, aby využili jeho služeb. Druhému podnikateli také vznikla škoda, ale „*není poškozen (ve zde použitém smyslu), protože neztrácí nic, na co měl dříve nárok*“.¹⁰⁰

Na druhou stranu, existují i určité druhy jednání, které lze kriminalizovat, přestože nejsou doprovázené vznikem škody. O takových jednáních hovoří zásada urážky. Ta říká, že je dobré kriminalizovat jednání, pokud je to efektivní způsob, jak předejít vážným urážkám.¹⁰¹ Takové urážky však musí mít samozřejmě požadovanou intenzitu, musí být tedy natolik závažná, rozsáhlá a působit újmu, aby bylo legitimní je kriminalizovat. Na opačné straně stojí svoboda projevu, avšak s přesvědčením, že by neměla být bez omezení. Dle autorů není přijatelné používat urážky a ponižování vůči menšinám. Dalším vyvažujícím kritériem je společenská tolerance, kdy by mělo být tolerováno i jednání bezohledné či neuctivé. Zcela jistě bychom neměli kriminalizovat běžné, i třeba vulgární, urážky.¹⁰²

Domnívám se, že zásada urážky dobře ukazuje, že je výhodné mít netrestní regulativní nástroj. Zatímco britští filozofové se složitě snaží najít míru mezi tím, co má být kriminalizováno a co už nikoli, v kontinentálním právu označíme taková jednání za přestupek.

Závěrem autoři uvádí, že v souvislosti s tvorbou trestných činů je třeba brát v úvahu další omezení. Trestné činy musejí být definovány tak, aby byly účinné, uplatnitelné v praxi a odpovídaly principům právního státu a zájmům státu.¹⁰³

⁹⁹ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 37

¹⁰⁰ Ibid. s. 39

¹⁰¹ Ibid. s. 91

¹⁰² Ibid. s. 123

¹⁰³ Ibid. s. 189

2.3.3 Regulační alternativy a další principy

*„Trestní sankce jsou nejpřísnějším nástrojem státu pro ovládnutí chování jednotlivců a jsou spojeny s výrazným zásahem do osobní svobody a měly by být aplikovány pouze v případech, kdy existuje jasné a důležité společenské ospravedlnění.“*¹⁰⁴ Co když však existují jiné nástroje, které mohou být vhodnější? *„Obecně lze konstatovat, že pokud existuje jiný způsob, jak účinně regulovat dané jednání, který nezahrnuje trestní postih, tak by se takové alternativě mělo dát přednost.“*¹⁰⁵

Ukazuje se, že například systém daňových opatření nebo jiných ekonomických nástrojů, které by mohly zajistit státu příjmy a současně omezit danou činnost, aniž by docházelo k trestněprávním postihům, je jednou z těch šťastnějších alternativ. Vhodnost naznačuje ku příkladu zkušenost s prohibicí alkoholu, kde trestní represivní opatření vedlo ke katastrofálním důsledkům. Nyní je konzumace alkoholu do jisté míry snižována vyšším daňovým zatížením, které snižuje poptávku, protože zvyšuje cenu pro spotřebitele. Díky tomu *„cena takovýchto neřestí lépe odpovídá jejich skutečným sociálním nákladům.“* Nevýhodou daňových opatření je rozdílný dopad na různé skupiny obyvatel. Některých se vůbec nemusí dotknout.¹⁰⁶

Další účinnou strategií v boji proti škodlivému chování je veřejná kampaň. Výstižným příkladem je kampaň proti řízení pod vlivem alkoholu, která si klade za cíl zvýšit povědomí o nebezpečnosti tohoto jednání, zejména tam, kde bylo předtím nedostatečně chápáno. V některých případech však reklama může být zbytečná, pokud je škodlivost určitého chování již většinou dobře rozpoznávána.¹⁰⁷

Pro provádění některých nebezpečných činností, jako držení střelných zbraní nebo řízení motorových vozidel, je vyžadována licence. Celkový zákaz by společnost spíše zbytečně omezil. Místo toho jsou tyto činnosti povoleny, ale jen za stanovených podmínek, které se dají vhodně měnit dle situace. Dalším vhodným regulátorem jsou specializované profesní komory pro jednotlivá konkrétní odvětví. *„Tyto komory mohou mít pravomoc ukládat sankce za porušení vnitřních předpisů, včetně zákazu provozování*

¹⁰⁴ Ibid., s. 197.

¹⁰⁵ Ibid., s. 193.

¹⁰⁶ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. S. 193

¹⁰⁷ Ibid., s. 194.

činnosti a udělování finančních pokut“. Závěrem autoři uvádějí svépomoc jako v určitých situacích vhodný prostředek, který dokáže vyřešit závadnou situaci rychle a efektivně.¹⁰⁸

2.3.4 Úvahy a omezení

Autoři přiznávají, že v určitých případech je použití trestního práva nutné. To platí zejména tam, kde je důležité jasně definovat určité jednání jako nesprávné a nepřijatelné. Navíc existují i činy, které nemají konkrétní oběť, například činy poškozující životní prostředí. V takových chvílích je účinnější je chránit trestním právem.¹⁰⁹

Dalším významným kritériem, které by mělo být bráno v úvahu při rozhodování, zda kriminalizovat určitá jednání, je princip právního státu. Tento princip popisuje takový stát, který funguje na základě zákona a všechny jeho instituce jsou mu podřízeny. Zároveň tento princip obsahuje pravidlo dělby moci, ochranu základních práv, rovnost všech před zákonem, ale také zásadu právní jistoty. Právní jistota je esenciálním předpokladem pro předvídatelnost a spravedlnost ve státě.

Nezbytnou součástí tohoto principu je i požadavek na srozumitelnost zákonů. *„Čím jasněji a konkrétněji je trestný čin formulován, tím menší je možnost vzniku nespravedlnosti“*. Autoři přímo píší, že *„pokud právo nemůže dodržet tuto podmínku, tak by nemělo existovat“*.¹¹⁰

Problém také představují obsahově otevřené pojmy, jako jsou například slova „nepřiměřený“ nebo „podvodný“. Taková slova mohou pro každého znamenat něco jiného. Riskuje se tak, že osoba špatně vyhodnotí význam právní normy a ponese si kvůli tomu následky. Autoři však přeci jen uznávají, že tato slova poskytují flexibilitu, která zajišťuje reakci na různé typy možných jednání. Každopádně je na místě s těmito výrazy spíše šetřit.¹¹¹

O kontraproduktivě kriminalizace jsem psal již v předchozí kapitole. Autoři zde přidávají další dva příklady, které podporují minimalismus trestní represe. První z nich popisuje situaci, kde jsou trestně postihováni pacienti s HIV v případě, že své onemocnění neoznámí svým sexuálním partnerům. Takové legislativní pravidlo by v rozporu se svým dobrým úmyslem mohlo přispět k šíření nemoci, protože

¹⁰⁸ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 195

¹⁰⁹ Ibid., s. 198.

¹¹⁰ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 199

¹¹¹ Ibid., s. 200.

by to odrazovalo od testování. Skutková podstata trestného činu šíření nakažlivé lidské nemoci totiž kriminalizuje pouze jednání úmyslné, čehož by se jedinec, neznalý své diagnózy, nemohl dopustit. Stejně tak můžeme argumentovat, že kriminalizované prodávání drog je problematické, zejména pro následnou kriminalitu. Autoři však tvrdí, že pokud by se prodej drog stal legálním, klesla by jejich cena na trhu, a tím by se i snížila potřeba uživatelů drog zlepšovat si svoji finanční situaci krádežemi.¹¹²

Jako další důvod, proč nekriminalizovat určité jednání, autoři uvádí, že by se k jeho „odhalení musely použít příliš invazivní metody dohledu“. Pokud stát nemůže jednání potrestat, není ani rozumné jej zakázat, protože to snižuje autoritu takového systému.¹¹³ „Trestní právo je mocný, nákladný a invazivní nástroj. Nemělo by být používáno lehkovážně.“¹¹⁴

2.4 R. A. Duffův přístup ke kriminalizaci

Profesor Anthony Duff zde přistupuje k teorii kriminalizace s důrazem na popis trestního práva jako „autonomní právní instituce, která zahrnuje procesy kriminalizace, vyšetřování, soudního rozhodování a vykonávání trestů“¹¹⁵. Na rozdíl od některých teoretiků nezačíná autor identifikací samotných principů kriminalizace, ale chce nejdříve popsat, jaké je postavení trestního práva ve státě. Píše, že „teorie kriminalizace musí být založena na popisu role trestního práva jako součásti institucionální struktury státu“. Touto cestou se snaží vyvinout teorii kriminalizace, která bude schopná lépe reflektovat politické a společenské aspekty.¹¹⁶

2.4.1 Hledání hlavních zásad kriminalizace

V naší snaze pochopit a vymezit hlavní zásady kriminalizace se obracíme k teoretickému rozlišení zásad, které nabízí R. A. Duff ve svém díle. Rozdíl mezi tak zvanými "širokými" a "úzkými" zásadami¹¹⁷ je podstatný pro porozumění tomu, jak se od sebe různé zásady liší. Široké zásady, jak je popisuje Duff, jsou ty, které nabízejí úplnější rámec pro rozhodování o vhodnosti kriminalizace nějakého jednání. Tyto zásady jsou natolik komplexní, že nevyžadují dalšího rozhodování pro jejich

¹¹² SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 209

¹¹³ Ibid. s. 210

¹¹⁴ Ibid., s. 211.

¹¹⁵ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*, s. 52.

¹¹⁶ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. s. 52

¹¹⁷ V originále autor píše o zásadách tlustých a tenkých, ale pro české prostředí se hodí spíše tento překlad.

aplikaci. Jako extrémní případ „široké zásady“ uvádí R. A. Duff zásadu, že o kriminalizování určitého jednání by rozhodovalo veřejné mínění, to znamená, že takové jednání většina populace považuje za špatné. Ke zjištění, zda tomu tak je, by se zkrátka vždy provedlo šetření veřejného mínění.¹¹⁸

Na druhou stranu, "úzké" zásady jsou méně konkrétní a pro své uplatnění vyžadují doplňující normativní úsudky. V tomto kontextu se jedná o zásady, které poskytují méně detailní vodítka, a tudíž jsou závislé na dalších, často subjektivních, rozhodnutích. I v tzv. „úzké“ zásady je možné uvést hraniční případ. Byla by to zásada, podle které by bylo správné kriminalizovat určitý typ jednání pouze tehdy, pokud by jeho kriminalizování mělo smysl.¹¹⁹ Taková zásada nepomáhá v konkretizaci, ale naopak nás vrací na samotný začátek úvah, zda dané jednání splňuje kritéria pro kriminalizaci¹²⁰. Duff si není jistý, zda můžeme vždy najít úplnou „širokou“ zásadu. Jeho ambicí je proto navrhnout úzké zásady:

„A. Máme důvod kriminalizovat určitý druh jednání tehdy a pouze tehdy, pokud představuje veřejný delikt (veřejný delikt je škodlivé jednání subjektu proti společnosti v nejširším smyslu).

B. Určitý druh jednání představuje veřejný delikt tehdy a jen tehdy, pokud porušuje společenský řád státu.“¹²¹

V rámci své argumentace autor předkládá zásadu kriminalizace, zároveň však ihned upozorňuje na možná zklamání, která tato zásada přináší.¹²² Problém je v neurčité definici společenského řádu. Duff píše, že zkrátka mohou existovat, a také existují, i takové společnosti, kde společenský řád prostě zakazuje i takové věci, které jsou pro nás zcela normální. Příkladem budiž homosexuální styk nebo ženy jako řidičky za volantem automobilů. Takové chování je zcela v souladu se současným západním světem, ale z Duffovy úzké zásady nevyplývá, že tato neškodná jednání není možné kriminalizovat.¹²³

Duff zdůrazňuje, že vytváření a udržování společenského řádu je v rukou těch, kteří v daném politickém systému žijí, a že může existovat mnoho legitimních koncepcí

¹¹⁸ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*, s. 253.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*, s. 253

¹²¹ Ibid. s. 276

¹²² Ibid. s. 234

¹²³ Ibid., s. 232.

občanského řádu. Kritická diskuse a posouzení těchto řádů z hlediska jejich spravedlnosti, etické vhodnosti a celkového přínosu pro společnost je však důležitá.

Dalším zklamáním je absence konkrétního obsahu této zásady. To znamená, že zásada kriminalizace sice existuje, „*ale zatím nám není dáno žádné podstatné vodítko, jak máme určit, které druhy jednání této definici odpovídají*“¹²⁴. Tím pádem není schopná účinně sloužit jako nástroj pro rozhodování o tom, co by mělo být kriminalizováno. Zásada nám říká, že delikt je takové jednání, které porušuje společenský řád státu, ale neposkytuje žádný návod k určení toho, která jednání této definici odpovídají.¹²⁵ Místo toho tato zásada přenechává tuto úlohu veřejné diskusi. Ta by měla zahrnovat otázky týkající se toho, „*jaké druhy jednání by měly být v rámci tohoto řádu považovány za veřejné delikty, a jaké jsou vhodné způsoby reagování na takové delikty*“¹²⁶. Pokud tedy nevyhovuje tato neúplná zásada, pak bychom měli doufat v nějakou konečnou hlavní zásadu. Autor však říká, že hledání takové hlavní zásady je vždy odsouzeno k nezdaru.¹²⁷

Profesorka Tatjana Hörnle z Institutu Maxe Plancka pro studium kriminality, bezpečnosti a práva ve své reakci na Duffa dokonce souhlasí s tím, že nemá smysl usilovat o „unifikovanou“ teorii kriminalizace. Autorka zdůrazňuje, že efektivnější a realističtější přístup spočívá v tom, že od samého počátku počítáme s existencí více teorií kriminalizace, které se budou vzájemně doplňovat a obohacovat¹²⁸.

Duff nadále upřednostňuje jeden zastřešující princip, přičemž připouští, že „*úzkost zásady radikálně snižuje její věcnou užitečnost*.“¹²⁹ Za citovanou úzkou zásadou si však přesto stojí, protože podle jeho názoru pomůže určit, „*jaké argumenty musí předložit ti, kdo chtějí určitý druh jednání kriminalizovat, a jaké druhy úvah jsou pro takové úvahy relevantní; tímto způsobem může vést a ovlivňovat naše rozhodnutí o kriminalizaci*.“¹³⁰

2.4.2 Co kriminalizovat dle R. A. Duffa?

Duff píše, že návrh kriminalizovat určité jednání by měl začínat úvahou, zda se jedná o veřejný delikt. Aby jednání bylo veřejným deliktem, musí splňovat dvě

¹²⁴ Ibid., s. 233.

¹²⁵ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. s. 255

¹²⁶ Ibid., s. 333.

¹²⁷ Ibid., s. 276.

¹²⁸ HÖRNLE, Tatjana. One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles? *Law, Ethics and Philosophy*. 2019. s. 210

¹²⁹ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. s. 262

¹³⁰ Ibid., s. 333.

podmínky: „že dané jednání spadá do veřejné sféry, jak je definována v pojetí společenského řádu daného státu, a že je v tomto kontextu nesprávné“¹³¹.

S konkrétnější definicí se pak dá lépe pracovat, a tím i definovat, jaká jednání definici veřejného deliktu nespĺňují. Soukromá povaha jednání je první vlastností, která veřejný delikt vylučuje. Nesprávnost zase vylučuje „svobodný a informovaný souhlas“¹³². Argumentuje tím, že zákon a stát by neměly hodnotit tato jednání na základě morálního hodnocení nebo společenského prospěchu.

Autor také uvádí, že kriminalizace je jednou z možných reakcí na veřejný delikt, není však jedinou možnou. Jako první odlišnou reakci, než je kriminalizace, autor uvádí, že nejjednodušší je nereagovat na ni právně nijak. Příkladem budiž předbíhání ve frontě. Takové jednání je jistě veřejně pochybné, a člověk, který frontu předbíhá, bude muset počítat s kritikou od pokojně stojících i například s tím, že nebude obsloužen. Bylo by však nerozumné předbíhání ve frontě kriminalizovat, protože se nejedná o natolik závažnou věc. Duff však dává k úvaze následující situaci. „*Předpokládejme, že přesakování front se stalo problematičtější: možná, že vzhledem k měnícím se společenským postojům a očekáváním vedlo pravidelně k mírnému násilí.*“¹³³ Jak se nyní zabráni násilí? Budou nyní trestně odpovědní ti, kteří předbíhají ve frontě a potvrdíme tak, že násilí, i když neoprávněné, nebylo neopodstatněné, nebo by za takovou reakci měli být výhradně odpovědní ti, kteří se uchýlili k násilí, a možná pouze bránili své právo, které nebylo předtím dostatečně chráněno? Duff tyto otázky nechává otevřené, ale zdůrazňuje, že by odpověď měla být proporcionální k provinění.¹³⁴

2.4.3 Duffův checklist

R. A. Duff nabízí svůj vlastní checklist pro kriminalizaci. Nejdříve, z důvodů výše popsaných, je třeba stanovit, zda je jednání charakteru veřejného. Dále je třeba argumentovat, že dané jednání je, v kontextu společenského řádu, nesprávné. Poté je nezbytné prokázat, že předpis efektivně napomáhá společnému dobru nebo předchází relevantním škodám, aniž by přitom uvalil nespravedlivou zátěž na ty, kteří jsou povinni se jeho ustanovením řídit. Pokud jednání toto vše splňuje, představuje veřejný delikt, který si zaslouží odsouzení.¹³⁵ Dále je třeba rozhodnout, zda je kriminalizace správnou

¹³¹ Ibid., s. 278.

¹³² Ibid., s. 279.

¹³³ Ibid., s. 280.

¹³⁴ Ibid., s. 281.

¹³⁵ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford University Press, 2018. s. 333

reakcí, a zvážit, zda by jiná než trestní reakce nebyla lepší. Teprve poté, co jsme tuto úvahu provedli, je vhodné začít zkoumat praktické aspekty spojené s kriminalizací. Během tohoto zkoumání se může ukázat, že vzhledem ke všem okolnostem nemáme v zásadě dostatečný důvod kriminalizovat určité jednání, ačkoli to mohlo být na první pohled důvodné.

Duff si však sám klade otázku, zda by tento přístup dokázal omezit přehnanou kriminalizaci, a odpovídá, že to záleží na tom, co vlastně od kriminalizace očekáváme. Hodnotí, že současné trestní právo je represivní, a že je jím také postihováno mnoho jednání, která si to nezasluhují. Říká, že by si rád představil radikální reformu trestněprávního systému, která by se zaměřila na zachování důstojnosti občanů, a zároveň s tím by „*system byl dostatečně pružný, aby bylo možné reagovat mírným, neutlačujícím a přiměřeným způsobem na drobná pochybení*“¹³⁶. Tato představa reformy trestního práva je motivována touhou po systému, který by byl spravedlivější a respektující základní lidská práva, přičemž by efektivně řešil problémy, aniž by zbytečně zatěžoval občany. Duff zdůrazňuje, že současný „*problém trestního práva nespočívá v jeho širokém záběru, ale spíše ve vnitřní chaotičnosti a nekonzistentnosti, které pramení z nedostatku pevných a jasných zásad*“.¹³⁷

2.5 Husakův přístup ke kriminalizaci

Douglas Husak si stojí za tím, že existuje příliš mnoho trestních zákonů a že mnoho trestů je nepřiměřených a nespravedlivých. I když se Husakova analýza zaměřuje na situaci ve Spojených státech, je třeba poznamenat, že trendy nadměrné kriminalizace a přílišného trestání, které Husak identifikuje, jsou závažnými problémy i v mnoha dalších zemích a právních oblastech.¹³⁸ Jeho hlavním cílem je vypracovat teorii kriminalizace, která by určila, které trestní zákony jsou oprávněné a které nejsou. Argumentuje tím, že nadměrná kriminalizace je problémem, protože vede ke značnému nárůstu trestů, z nichž mnohé jsou nepřiměřené.¹³⁹ Problém je, že nemáme teorii, která by nám dokázala říct, které tresty a trestní zákony jsou opodstatněné.

Říká, že úroveň kriminalizace a trestání v USA není možné ospravedlnit. Pro ilustraci uvádí, že „*v roce 2005 byl každý 138. obyvatel uvězněn. Odhaduje se,*

¹³⁶ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*, s. 334.

¹³⁷ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. str. 334

¹³⁸ MUNRO, Vanessa E. Review: *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, by Douglas Husak. *New Criminal Law Review*. 2009, roč. 12, č. 2. DOI: 10.1525/nclr.2009.12.2.323, s. 323

¹³⁹ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s.3

že každé dvacáté dítě narozené ve Spojených státech si někdy v životě odsedí trest ve státním nebo federálním vězení.“¹⁴⁰ Husak i přes všechna negativa přijímá, že zasloužené trestání je nutné, zároveň však přiznává, že lidé dodržují zákony ne proto, že je od jejich nedodržování „odrazuje strach ze zatčení a trestního stíhání“, ale proto, že „si osvojili společenské normy“.¹⁴¹ Trest je však zasloužený jen tehdy, pokud je spravedlivý, a Husak se snaží ukázat, že mnoho trestů je nespravedlivých. Pokud si přejeme obhájit tresty, které v současnosti uplatňujeme, musíme se snažit identifikovat kategorie jednání, která by stát ospravedlňovala k ukládání tvrdých sankcí a odsouzení.¹⁴²

Nejprve Husak argumentuje ekonomickými důvody. Nabobtnalý systém trestního soudnictví vyžaduje ohromné finanční a lidské prostředky, které by mohly najít lepší uplatnění jinde. „Tyto prostředky by mohly být určeny na snížení daní, zlepšení školství nebo prevenci trestných činů, na kterých nám skutečně záleží.“¹⁴³

Dále Husak zdůrazňuje důležitost principu proporcionality. Přílišná kriminalizace často vede k výrazné nespravedlnosti, dokonce i v případech, kdy si pachatelé za své jednání nějaký trest zaslouhují.¹⁴⁴ Bez této zásady dochází k „šokujícím nespravedlnostem“.¹⁴⁵

Husak si také na mnoha místech stěžuje na přehlížení tak důležitého tématu, jako je přehnaná kriminalizace a kriminalizace obecně. Podivuje se, že na vysokých školách se téma kriminalizace nevejde do výuky, a považuje za skandální, že se nikdo z řad studentstva neučí, jaké jednání by mělo či nemělo být kriminalizováno.¹⁴⁶ Vysvětlení je podle něj jednoduché: „téma kriminalizace je prostě příliš těžké“¹⁴⁷. Teoretici se podle Husaka smířili se „smutnou realitou nadměrné kriminalizace“.¹⁴⁸

Husak na úvod svých omezujících zásad přiznává, že podrobná a komplexní teorie kriminalizace by si „vyžádala nic menšího než teorii státu“, a možná až s omluvou konstatuje, že někdy přináší spíše nové nejasnosti, než aby přicházel s definitivními odpověďmi. I neúplná teorie je však lepší než žádná.¹⁴⁹

¹⁴⁰ Ibid. s. 4

¹⁴¹ Ibid. s. 7

¹⁴² Ibid. s. 95

¹⁴³ Ibid., s. 12.

¹⁴⁴ Ibid., s. 14.

¹⁴⁵ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 15

¹⁴⁶ Ibid. s. 64

¹⁴⁷ Ibid., s. 62.

¹⁴⁸ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 63

¹⁴⁹ Ibid. s. 120

2.5.1 Vnitřní omezení kriminalizace

Husakova teorie kriminalizace spočívá v celkem sedmi obecných principech či omezeních, jejichž cílem je omezit pravomoc státu při vydávání trestních norem. Tři z nich autor označuje jako vnější omezení a ostatní jako omezení vnitřní, protože je odvozuje ze samostatného trestního práva. Mezi ty vnitřní patří: omezení netriviální škody nebo zla, omezení nesprávnosti, omezení zaslouženosti a omezení důkazního břemene. Omezení vnitřní a vnější povahy se často mohou mezi sebou prolínat. Nespravedlivé zákony totiž mohou porušovat několik omezení současně, a tak může rozdělení na vnitřní a vnější omezení, které Husak vytvořil, působit uměle.¹⁵⁰

První omezení říká, že trestní odpovědnost je neodůvodněná, pokud není uložena za trestný čin, jehož cílem je zakázat netriviální škodu nebo zlo. Druhý princip, který se neodlišuje svým významem od zásady nesprávnosti dříve popsané, nelze trestní sankci uložit, pokud jednání obžalovaného není nesprávné (wrongful).¹⁵¹ Třetí Husakovo omezení – omezení zaslouženosti¹⁵² (desert constraint), klade důraz na to, že státní trest by měl být ospravedlnitelný pouze tehdy, je-li zasloužený, a do té míry, do jaké je zasloužený. To znamená, že tresty by měly být proporcionální a spravedlivé vzhledem k povaze trestného činu a jednání obviněné osoby.¹⁵³ Čtvrté omezení trestních zákonů říká, že důkazní břemeno by mělo ležet na těch, kteří prosazují ukládání trestních sankcí.¹⁵⁴

Husak konstatuje, mnohé činy ležící za hranicemi klíčové agendy trestního práva ignorují stanovená omezení pro postihování jednání jako trestného a kritizuje, že zákonodárci tyto zásady při vytváření trestních předpisů dostatečně nezohledňují.¹⁵⁵ Bez těchto omezení nemůže žádná teorie kriminalizace fungovat.¹⁵⁶

2.5.2 Právo nebýt trestán

Husak často operuje s lidským právem nebýt trestán. Podle jeho názoru je to základní omezení, proti kterému bychom měli poměřovat všechny návrhy na kriminalizaci.

¹⁵⁰ Ibid., s. 58.

¹⁵¹ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 82

¹⁵² Překlad tohoto omezení „desert constraint“ byl pro mě složitý. Nakonec jsem se rozhodl pro překlad „omezení zaslouženosti“, protože to podle mě nejlépe vyjadřuje jeho obsah.

¹⁵³ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*, s. 82.

¹⁵⁴ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 103

¹⁵⁵ Ibid., s. 84.

¹⁵⁶ Ibid., s. 83.

„Trestní právo tvoří soubor právních norem, které upravují udělování trestů pachatelům. Aby byly tyto tresty ospravedlnitelné, měly by být proporcionální a ukládány pouze v případech trestných činů, jejichž cílem je zakázat netriviální škodu nebo zlo. Kromě toho by neměly být ukládány osobám, jejichž jednání není nesprávné.“¹⁵⁷ Všechny tyto podmínky musí být naplněny, abychom odůvodnili trest. Husak tvrdí, že je to z toho důvodu, že trest se skládá „z tvrdého zacházení a z morálního odsouzení“. Proto je zapotřebí vymezit podmínky, za kterých je takové omezení práv ospravedlnitelné.¹⁵⁸

Přestože teorie kriminalizace musí řešit zásadní napětí mezi respektem k individuálním právům a použitím státní donucovací moci, existují pro trestání dobré důvody. „Trestání je totiž nejúčinnějším prostředkem, jak odradit od budoucích trestných činů, podpořit sociální soudržnost a ochránit práva těch občanů, kteří zákony dodržují.“¹⁵⁹ Na druhou stranu je velmi obtížné trestání ospravedlnit vzhledem k jeho závažnosti. „Je hrubým zjednodušením říct, že tresty zacházejí s osobami nesprávným způsobem“¹⁶⁰. Stojí si tak za tím, že jednotlivci mají právo na to, aby nebyli trestáni. Husak proto argumentuje, že je třeba použít přísný a náročný test, který určí, kdy je právo trestat nadřazeno právu jednotlivce nebýt trestán.¹⁶¹

2.5.3 Tři vnější omezení kriminalizace

Vnější omezení kriminalizace doplňují ta vnitřní a určují, co musí být splněno, aby bylo možné ospravedlnit porušení cenného práva: práva nebýt trestán. Celkově Douglas Husak „načrtnul“¹⁶² tři vnější omezení. Prvním z vnějších omezení je požadavek, aby trestní zákony sloužily k podpoře klíčových státních zájmů. Je důležité si uvědomit, že když stíháme lidi za trestné činy, tak tím vlastně chráníme důležité věci, na kterých státu záleží.¹⁶³ Husak píše, že „zákonodárci musí identifikovat státní zájem, posoudit jeho legitimitu a rozhodnout, zda je tento zájem dostatečně závažný.“¹⁶⁴

Po identifikaci zájmu je třeba prověřit jeho legitimitu. To, jak Husak poznamenává, není jednoduché a také by byla zapotřebí teorie státu, která sama o sobě

¹⁵⁷ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 92

¹⁵⁸ *Ibid.*, s. 92.

¹⁵⁹ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 93

¹⁶⁰ *Ibid.*, s. 95.

¹⁶¹ *Ibid.*, s. 103.

¹⁶² *Ibid.*, s. 120.

¹⁶³ *Ibid.*, s. 121.

¹⁶⁴ *Ibid.*, s. 132.

nikdy nebude bez kontroverze. Tento úkol však má své řešení, pokud se omezíme pouze na státní zájmy, které lze chránit trestním právem¹⁶⁵.

Dále problém zúžíme konstatováním, že stát nemá legitimní zájem na zákazu veškerého jednání, které lze označit za nesprávné. „*Člověk jedná nesprávně, když například zapomene na den narození svého manžela nebo zradí důvěru přítele, ale zřejmě se nestane způsobilým k státnímu trestu.*“¹⁶⁶ Taková jednání spadají do soukromé sféry, a tudíž nemají být trestána veřejným právem.

Hranice mezi veřejným a soukromým zájmem však nikdy nebude neměnná, protože se mění dle společenského vývoje. Příkladem může být plození dětí, které není v současnosti nijak omezeno. Pokud se však z přelidnění stane naléhavý problém, situace se může změnit.¹⁶⁷

Poslední fází je určení, zda je onen zájem klíčový. Příkladem budiž prevence fyzické újmy, která je „*naléhavá a podstatná*“¹⁶⁸. Dalším příkladem jsou ekonomické újmy, které mohou být považovány za zájmy státu nebo poskytování veřejných statků jako jsou například silnice nebo kontrola letového provozu. „*Osoby, které neoprávněně zasahují do státních snah poskytovat veřejné statky, jsou výbornými kandidáty na zasloužený trest.*“¹⁶⁹

Druhé vnější Husakovo omezení říká, že zákon musí daný zájem přímo prosazovat. Husak píše, že stát by se měl vyhnout takovým regulacím, které nemohou dosáhnout svého účelu. Dokonce ani neobstojí již dříve zmiňovaný argument: nestačí říct, že zákon bude odrazovat od chování, které je jím kriminalizováno. Podle mě ani nelze předpokládat, že pouhá účinnost nového zákona bude občany od zakázaného jednání odrazovat.¹⁷⁰

Husak uvádí, že k tomu, aby nějaké pravidlo skutečně mělo sílu ovlivňovat chování občanů, musí splňovat několik podmínek. Především je důležité, aby o takovém pravidlu potenciaální pachatelé věděli a tato jejich znalost musí být schopná ovlivnit jejich chování v momentě rozhodování. Což není vůbec nic snadného, protože jsou

¹⁶⁵ Ibid., s. 135.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 135

¹⁶⁸ Ibid., s. 138.

¹⁶⁹ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. S. 139

¹⁷⁰ Ibid., s. 145.

to hlavně „psychické stavy, jako je hněv, vztek, touha po pomstě nebo odplatě, opilost a impulzivita, co často přehluší racionální uvažování“¹⁷¹.

Nakonec ještě u pachatelů musí převážit dojem, že náklady převažují možné benefity útoku. Taková úvaha se ale nedělá lehce, jestliže pachatelé neznají znění zákona a tedy neví, co je za případný trestný čin čeká. Dále nepomáhá ani víra některých pachatelů v to, že jejich trestný čin zůstane nepotrestaný. Nejistota a dlouhé prodlevy v trestním řízení zase oslabují odstrašující účinek trestních sankcí.¹⁷²

Husak tak shrnuje své tvrzení že „pouhá tvrzení o odstrašujícím účinku tak nejsou dostatečným ospravedlněním kriminalizace“¹⁷³ a „nikdo by neměl dovolit, aby právo nebyť trestán bylo potlačeno, pokud není pravděpodobné, že opatření vedoucí k dosažení cíle budou účinná.“¹⁷⁴

Třetí a poslední omezení říká, že zákonodárce musí pečlivě zvážit a zhodnotit alternativní metody dosažení toho samého cíle. Toto pravidlo vyžaduje, aby neexistovala jiná, od kriminalizace odlišná metoda, která by byla stejně účinná, ale méně invazivní než daný zákon.¹⁷⁵

Husak shrnuje, že aby byly trestní zákony oprávněné, musí splňovat vnější omezení. „Trestný čin musí chránit podstatný zájem státu, musí tento zájem přímo prosazovat a nesmí být rozsáhlejší, než je k dosažení jeho účelu nezbytné“¹⁷⁶. Husak uvažuje, zda tato omezení nemají interpretační obtíže a zda nemohou být formulována tak, aby byla schopna oprávnit prakticky jakýkoli výsledek, který by zákonodárci preferovali. Husak si však nemyslí, že by tomu tak bylo. Místo toho tvrdí, že v praxi je možné tato omezení uplatnit na mnoho trestných činů.¹⁷⁷

Duff se domnívá, že Husakova omezení jsou dobrým příkladem úzkých zásad, protože „všechny ponechávají mnoho normativní práce při určování toho, co se má považovat za netriviální škodu nebo zlo, a tak dále.“¹⁷⁸

¹⁷¹ Ibid., s. 146.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 146.

¹⁷⁴ Ibid., s. 153.

¹⁷⁵ Ibid., s. 154.

¹⁷⁶ Ibid., s. 158.

¹⁷⁷ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 158

¹⁷⁸ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*, s. 254.

2.6 Další přístupy ke kriminalizaci

2.6.1 Tatjana Hörnle

Profesorka Tatjana Hörnle zastává názor, že přístup k teorii kriminalizace by měl být diferencovaný v závislosti na konkrétních typech zakázaného chování. Píše, že realistický přístup předpokládá existenci více teorií kriminalizace, které se zaměřují na konkrétní kategorie nelegálního jednání a vzájemně se doplňují a obohacují.¹⁷⁹

Tatjana Hörnle zdůrazňuje, že „*teoretikové trestního práva mají tendenci upřednostňovat jednu teorii kriminalizace, teorii, která je homogenní a ucelená*“¹⁸⁰. To může působit přitažlivě, ale taková teorie by byla vysoce abstraktní. To snižuje šance na její úspěšnou implementaci v reálném světě. Místo toho Hörnle navrhuje rozvíjet hned několik konkrétnějších teorií kriminalizace, které by lépe reflektovaly různorodost trestných činů. Konkrétnější zaměření totiž zvyšuje pravděpodobnost, že dané teorie budou moci být skutečně využity v legislativním procesu.

Hörnle píše: „*Teorie kriminalizace by měly mít ambici přesáhnout interní akademické diskuse*“¹⁸¹. Uznává však, že může být obtížné přesvědčit politiky, aby opustili své intuitivní úsudky. Zároveň s tím však věří, že úkolem teoretiků je poskytovat argumenty, které by měly vést legislativní proces správným směrem.¹⁸²

Tatjana Hörnle zastává názor, že není správné hledat jednu univerzální teorii kriminalizace, ale měly by být formulovány různé teorie reflektující odlišnosti mezi jednotlivými druhy trestných činů podle toho, jaké zájmy chrání. Její argument vychází z předpokladu, že každý chráněný objekt vyžaduje vlastní specifický přístup a důvody pro kriminalizaci určitých jednání se u nich liší. Namísto snahy zahrnout všechny tyto různé pohledy do jedné unifikované teorie Hörnle navrhuje, aby potenciální zákazy a kriminalizace byly „*analyzovány odděleně podle druhu ohrožených zájmů*“.¹⁸³

Pro ilustraci Hörnle používá Duffovo členění, které rozděluje trestné činy na reaktivní a preventivní. Když chráníme kolektivní zájmy, jako je ochrana veřejného pořádku, jedná se o zákazy preventivní, protože se snaží předcházet budoucím

¹⁷⁹ HÖRNLE, Tatjana. One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles? *Law, Ethics and Philosophy*. 2019. s. 210

¹⁸⁰ Ibid., s. 211.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² HÖRNLE, Tatjana. *One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles?*. s. 211

¹⁸³ Ibid., s. 212.

problémům. Když však jde o jednotlivce a jejich práva, jsou zákazy reaktivní, protože se týkají již vzniklé újmy a snaží se ji napravit.¹⁸⁴

Toto rozdělení umožňuje diferencovaný přístup k různým druhům trestných činů, což pomáhá vytvořit takové zásady, které budou mít konkrétnější obsah.

Autorka nabízí tři takové hlavní principy kriminalizace, s respektem k různým chráněným zájmům.

„1. (*preventivní*): *Stát má důvod kriminalizovat jednání, pokud je neslučitelné s důležitými kolektivními zájmy, které nelze dostatečně chránit jinými prostředky, za předpokladu, že neexistují silnější protichůdné důvody.*

2. (*reakční*): *Stát má důvod kriminalizovat jednání, pokud porušuje právo jiné osoby na to, aby do její sféry nebylo zasahováno nebo aby nebyla rušena (mohou však existovat protichůdné důvody).*

3. (*reakční, kategorický*): *Pokud jednání spočívá v násilném útoku, který nerespektuje důležitá práva jiných osob, musí být kriminalizováno.*“¹⁸⁵

Píše, že pokud rozvineme dílčí zásady pro každou z těchto oblastí, můžeme dát procesu rozhodování o kriminalizaci větší strukturu. Bez dalšího rozpracování dílčích zásad zanechává profesorka Hörnle mnoho nezodpovězených otázek ohledně praktické aplikace svého přístupu. Zároveň však tímto otevřeným koncem nabízí možnost, aby ostatní trestněprávní vědci rozvinuli a zdokonalili tyto dílčí zásady.

2.6.2 Nils Jareborg

Nils Jareborg, švédský trestněprávní vědec, tvrdí, že jediným ospravedlněním existence trestního práva a jeho tvrdých sankcí v demokratické společnosti je to, že ve svém důsledku značně prospívá občanům. Pokud chceme trestní právo nějakým způsobem omezit, což si teorie kriminalizace kladou za cíl, můžeme tak učinit pouze za pomoci předpisů, jež mají sílu ústavních zákonů. Ústavní normy se trestnímu právu věnují málo a ta nejpodstatnější pravidla v něm často nejsou zanesena.¹⁸⁶

Dále pak tvrdí, že trestní právo by nemělo být prvním prostředkem při řešení společenských problémů, ale mělo by být použito pouze tehdy, když jiná opatření nejsou

¹⁸⁴ HÖRNLE, Tatjana. *One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles?*. s. 212

¹⁸⁵ Ibid. s. 218

¹⁸⁶ JAREBORG, Nils. *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Department of Law, 2005, s. 522.

dostatečná. Trest odnětí svobody je nejpřísnější státní sankce a představuje jasný výraz přísného společenského odsouzení. „*Pomineme-li velmi krátké tresty odnětí svobody, pobyt ve vězení často ovlivní rodinný a pracovní život způsobem, který nelze napravit*“.¹⁸⁷

Proto Jareborg vymezuje tři základní zásady, jimiž by se kriminalizace měla řídit. První z nich je zásada trestní hodnoty, podle níž by mělo být kriminalizováno pouze výrazně zavrženíhodné jednání. Tato zásada tvrdí, že míra kriminalizace by měla být přímo úměrná zavrženíhodnosti daného jednání.¹⁸⁸

Druhá zásada, zásada užitku, se zaměřuje na účinnost kriminalizace a na poměr mezi náklady a přínosy trestních zákonů. Jareborg tvrdí, že kriminalizace určitého jednání by měla ve výsledku přinášet více prospěchu než celkové újmy, a pokud k ní existuje levnější alternativa, měli bychom ji použít.¹⁸⁹

Třetí zásada, zásada lidskosti, se týká zájmu obětí. Pokud je spravedlivé sejmout z oběti zodpovědnost za vyšetřování a za soudní řízení, tak bychom to u takového jednání měli udělat.¹⁹⁰

Jareborg dále polemizuje s principem *ultima ratio*, který znamená, že „*kriminalizace by měla být používána pouze jako krajní prostředek v krajních případech*“¹⁹¹. Jareborg říká, že pokud toto pravidlo vezmeme doslova, je jeho použití nemožné. Množina případů, kde by bylo využití kriminalizace výhradně jako krajního prostředku v krajním případě oprávněné, je velmi malá, pokud vůbec existuje. Jestliže však upravíme definici a ubereme z ní slovo „pouze“, dostaneme „meta princip“ ke třem dříve zmiňovaným zásadám. Tím má Jareborg na mysli to, že u těch nejzávažnějších trestních činů (např. vražda, znásilnění), má zásada trestní hodnoty přednost a principy užitku a lidskosti jsou „*odsunuty stranou při rozhodování, jestli tyto činy kriminalizovat*“. V extrémních případech, kde jsou určité činy nezpochybnitelně škodlivé a nemorální, je použití trestního práva bez dalšího opodstatněné.¹⁹²

¹⁸⁷ Ibid., s. 526.

¹⁸⁸ Ibid., s. 527.

¹⁸⁹ Ibid., s. 528.

¹⁹⁰ Ibid., s. 530.

¹⁹¹ Ibid., s. 534.

¹⁹² Ibid.

2.7 Shrnutí přístupů zahraničních autorů a jejich implementace

Každý z autorů se na problematiku kriminalizace dívá z trochu jiného úhlu, ale zároveň s tím všichni autoři většinou pracují se stejnými omezeními a principy. Existují tak společné body, společné zásady, na kterých se autoři shodují. Společně mluví o stejných zásadách, ale každý trochu jinak, jinými slovy a jinými argumenty. Výsledek se budu snažit předvést v další části.

Několik citovaných autorů (Ashworth a Horder¹⁹³, Hörnle¹⁹⁴, Duff¹⁹⁵), kteří jsou respektovanými experty v oboru, opakovaně zmiňuje, že nelze nebo že je možná zcela nemožné vyvinout jednu hlavní (širokou) teorii, jeden princip, který by mohl samostatně odpovídat na jednu z klíčových otázek kriminologie, tedy to, jaké jednání by mělo být kriminalizováno. Takový princip pokud by chtěl zahrnout všechny druhy potencionálních jednání, by byl příliš obecný. Jeho přílišná obecnost by poté měla za důsledek nedostatečné definování konkrétních řešení. „Užší zásady pokrývají více případů, ale neposkytují rozhodovacím orgánům jasné vodítko.“¹⁹⁶ Autoři tak docházejí k tomu, že je třeba další práce na komplexní teorii kriminalizace.¹⁹⁷

V oblasti kriminalizace citovaní autoři také často vyjadřují cynický pohled na realitu při formování trestního práva. Existují různé přístupy politické přístupy k ovlivňování kriminalizace. Odůvodnění jednotlivých politik může být „ideologické, empirické nebo etické“.¹⁹⁸ Tento výčet odkrývá, že proces kriminalizace není vždy založen na pečlivé analýze a objektivních datech, ale je často značně ovlivněn vypočítavou a pragmatickou politikou. Realita ukazuje, že zákonodárci a politici se často mohou zaměřovat více na politické zisky a veřejné vnímání, než na skutečnou efektivitu a potřebnost nových trestných činů.

Pro ilustraci mohu uvést Husakův příklad, který demonstruje, jak může být navržen nový trestný čin – například krádež v knihovně – i když není zřejmě potřeba. V tomto scénáři se diskuse o zákonném návrhu nezaměří na jeho skutečnou efektivitu při potlačování krádeží v knihovnách, ale spíše se přesune na politickou rovinu. Zde se pak rozvine rozepře o tom, zda zákonodárci opravdu dbají na zájmy a ochranu

¹⁹³ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 55.

¹⁹⁴ HÖRNLE, Tatjana. *One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles?*, s. 218.

¹⁹⁵ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*, s. 277.

¹⁹⁶ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. s. 262

¹⁹⁷ DUBBER, Markus D., Tatjana HÖRNLE a Tatjana HÖRNLE. *Theories of Criminalization*, s. 700.

¹⁹⁸ BANKS, Cyndi. *Criminal justice ethics*. S. 268

veřejných knihoven.¹⁹⁹ Tímto způsobem se ztrácí původní záměr efektivní kriminalizace ve prospěch politické soutěže a strategie. Tento příklad odhaluje, že v procesu kriminalizace se často přehlíží hlubší analýza nutnosti a dopadu nových trestných činů, a místo toho se dává přednost politickému manévrování a získávání veřejné podpory. To může vést k zákonům, které nemusí být nutně v souladu s reálnými potřebami společnosti nebo s principy spravedlnosti. Takovýto cynický pohled odhaluje složitost a často problematickou realitu procesu kriminalizace, který by měl být ideálně založen na objektivních datech a důkladné analýze.

Na druhou stranu, jak píše profesorka Tatjana Hörnle, „*právní teoretici si v rámci právního systému nemohou nárokovat hegemonní moc*“. Zákonodárci nejsou povinni dodržovat „filozofické koncepce“ pouze z důvodu jejich ctihodnosti nebo prestiže jejich autorů. Teoretici trestního práva by však měli spolupracovat při zákonodárných procesech a poskytovat podložená doporučení. „*Teorie kriminalizace by měla poskytovat racionální, koherentní a principiální argumenty, argumenty, které jsou (nebo by měly být) nezbytné v úvahových fázích, jež předcházejí hlasování v parlamentu.*“²⁰⁰

2.8 Konfrontace českého a zahraničního pojetí kriminalizace

Jiří Jelínek, profesor trestního práva, věnuje kriminalizaci krátkou kapitolu ve své knize Kriminologie. Jeho odpověď na otázku, co kriminalizovat, je jednoduchá: „*Ve společnosti se mohou vyskytnout a také vyskytují závažná, škodlivá a nebezpečná jednání. Pokud dosáhnou určité míry závažnosti, je na místě, aby stát tato jednání kriminalizoval, tedy je označil za trestné činy. (...) Pokud má být jednání označeno za trestné, je nutné jeho formu a druh podrobit analýze a dostatečně definovat společenský zájem, který má být chráněn trestním právem.*“ Dále připomíná, že ke kriminalizaci by se mělo přistupovat po důkladné analýze, a také, že by se ke kriminalizaci mělo přistupovat až poté, co dojde k „*vyčerpání ochrany, které poskytuje právo občanské správní nebo jiná právní odvětví*“.²⁰¹ Tím se v podstatě hlásí k principu ultima ratio.

Dále píše, že považuje za nevhodné řešit kriminalizací taková jednání, při kterých není poškozen konkrétní subjekt. Taková kriminalizace prý jen pachatelům zbytečně

¹⁹⁹ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 145

²⁰⁰ DUBBER, Markus D., Tatjana HÖRNLE a Tatjana HÖRNLE. *Theories of Criminalization*, s. 684.

²⁰¹ JELÍNEK, Jiří. *Kriminologie*. Praha: Leges, s. 196.

znesnadní návrat do normálního života, protože budou mít horší šance na slušné zaměstnání.²⁰²

Z této Jelínkovy kapitoly konstatuji, že český přístup se nijak zvlášť neliší od zahraničních autorů. Domnívám se, že je tomu tak proto, že společně se zahraničními autory i my jako občané České republiky sdílíme respekt ke svobodě, vládě práva a humanistickým zásadám a zdejší právo je na těchto idejích také vybudováno.

Sám Jelínek si však všímá, že ne celý svět to tak má také: „*Pohled na kriminalizaci jednotlivých jednání se ovšem napříč zeměmi liší.*“ Hlavní rozdíl spatřuje v tom, že některé, převážně totalitní, režimy mají potřebu kriminalizovat projevy nesouhlasu ze strany svých občanů.²⁰³

Důležité je však říct, že Jelínkova kapitola představuje jen určitý dílčí vhled do této problematiky. Teprve na základě širšího průřezu zdrojů bude možné vytvořit si komplexní obraz o přístupu české právní vědy k teorii kriminalizace.

²⁰² JELÍNEK, Jiří. *Kriminologie*, s. 197.

²⁰³ *Ibid.*, s. 196.

3 VYTVOŘENÍ CHECKLISTU PRO (DE)KRIMINALIZACI

3.1 Analýza klíčových závěrů zahraniční teoretické literatury

V předchozích kapitolách jsem se zaměřil na teoretickou analýzu a zkoumání různých aspektů kriminalizace. Nyní se obracím k praktickému využití těchto poznatků. Tato část se věnuje identifikaci a syntéze zásad, pravidel a omezování kriminalizace, které jsem extrahoval z teoretických zdrojů. Mým cílem je vytvořit koherentní rámec, který umožní efektivněji chápat tyto koncepty a aplikovat je v praxi, protože „*teorie kriminalizace musí zajistit, aby osoby, které se dopustí trestného činu, měly kvalifikaci k tvrdému zacházení i k odsouzení.*“²⁰⁴ Tato část tedy poskytne komplexní přehled principů kriminalizace, který bude sloužit jako základ pro jejich další teoretické i praktické využití v kontextu právní vědy a praxe. Jak píše Husak: „*Každé omezení musíme identifikovat, obhájit, vysvětlit a použít.*“²⁰⁵

Jak míní Ashworth, nejdříve by mělo být postaveno najisto, že existuje svobodná lidská vůle. Bez tohoto předpokladu nelze o trestání v duchu současného uvažování přemýšlet. Jak píše Sam Harris ve své knize *Svobodná vůle*: „*Bez svobodné vůle by hříšníci a zločinci nebyli ničím jiným než špatně seřazeným hodinovým strojkem a jakákoli koncepce spravedlnosti, která by kladla důraz na jejich potrestání (namísto odstrašení, rehabilitace nebo pouhého zadržení), by se jevila jako naprosto neslučitelná.*“²⁰⁶ V našem právním systému platí, že je existence svobodné vůle presumována, a to z toho důvodu, aby mohla nastoupit právní odpovědnost a pachatel byl za svůj čin oprávněně potrestán státní mocí.

Jako druhý po tomto zcela zásadním principu, jímž je existence svobodné vůle, jenžto je presumován obecně, který již nebudu zmiňovat a nebudu ho ani zahrnovat do svého checklistu, přidávám **zásadu nesprávnosti**. Tato zásada je zmiňována snad v každém díle, které se zabývá kriminalizací a jejími principy a omezeními, a to dokonce mezi prvními. Je Husakovým druhým vnitřním omezením. Je Ashworthovou nezbytnou součástí zásady škody. Je součástí Duffovy úzké zásady i jeho checklistu kriminalizace a jako první ji zmiňují i A. P. Simester a Andrew von Hirsch. Tito poslední autoři dospěli k názoru, že nesprávnost jednání je nezbytná k tomu, abychom jej kriminalizovali, zároveň však součástí jejich pohledu na tuto zásadu je i úvaha, která říká, že pouhá

²⁰⁴ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 94

²⁰⁵ Ibid. S. 91

²⁰⁶ HARRIS, Sam. *Free will*. New York: Free Press, 2012. S. 9

nesprávnost nestačí. Nesprávné jednání totiž může být regulováno i jinak než trestním právem. Každopádně „žádné jiné omezení oprávněné kriminalizace není tak zásadní, jako je požadavek, aby zakázané jednání bylo nesprávné“.²⁰⁷ Ashworth považuje jednání za nesprávné, pokud jde o „úmyslný útok na zájmy osoby nebo jejich zneužití tím, že je použije jako prostředek k uspokojení jiného“.²⁰⁸

Další princip, který nesmí chybět v mém checklistu, je **zásada škody**, která je jedním ze základních principů v teorii kriminalizace. John Stuart Mill ji definoval takto: „Jediným účelem, pro který lze oprávněně vykonávat moc nad kterýmkoli členem civilizovaného společenství proti jeho vůli, je zabránit poškozování ostatních.“²⁰⁹ Z této negativní zásady, která zakazuje kriminalizaci, pokud chybí škoda, pak Joel Feinberg, americký filosof, udělal pozitivní: „Vždy je dobrým důvodem na podporu trestního zákonodárství to, aby účinně zabránilo (odstranilo, snížilo) újmu jiným osobám než jednajícímu (tomu, komu je zakázáno jednat)...“.²¹⁰

Újma je pak definována jako zmaření, odvrácení nebo znemožnění nějakého zájmu.²¹¹ Zájem poté musí naplnit tři podmínky, aby se stal způsobitelným ochrany z pohledu trestního práva. Zájem musí být dlouhodobý, jeho poškození musí ovlivňovat kvalitu života a musí mít objektivní rozměr. To znamená, že ochrana daného zájmu musí být založena na objektivních a obecně uznávaných kritériích, nezávislých na subjektivním vnímání jednotlivce. Například právo na ochranu osobních údajů má objektivní hodnotu, neboť porušení tohoto práva může mít významné následky bez ohledu na to, zda si osoba porušení uvědomuje či ne. Tuto zásadu splňují i trestné činy, které jsou zdánlivě bez oběti. Například daňový únik je oprávněně klasifikován jako trestný čin, i když nemá přímou, specifickou oběť ztrácející majetek. Když si pachatel neoprávněně sníží daně, ve skutečnosti způsobuje škodu ostatním občanům a jedná se o formu škody.²¹²

I Husak ve svých omezeních mluví o zásadě škody. Jeho první vnitřní omezení říká, že aby byla kriminalizace ospravedlnitelná musí zakazovat netriviální škodu nebo zlo. Tím nám zásadu upřesňuje, když vylučuje triviální škodu nebo zlo.

²⁰⁷ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 30, přeloženo deepl.com

²⁰⁸ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 60.

²⁰⁹ MILL, John Stuart. *On liberty*.

²¹⁰ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law. 4: Harmless wrongdoing*. New York: Oxford Univ. Pr, 1990. s. 19

²¹¹ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s.71

²¹² SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 38

Dalším klíčovým principem, je **zásada veřejnosti**. Vyzdvihuje ji Duff ve své úzké zásadě, která v první části říká, že máme kriminalizovat určitý typ jednání pouze tehdy, pokud představuje veřejný delikt.²¹³ Zásada veřejnosti se zaměřuje na to, jak dané jednání ovlivňuje společnost jako celek, nikoli jen individuální oběti. Některé činy, jako například daňové úniky, i když nemusí mít přímou individuální oběť, mají širší dopad na veřejný pořádek a společenské hodnoty. Tato zásada představuje širší zájem společnosti, který je chráněn trestním právem, a nikoliv místo, kde k jednání došlo. Tuto zásadu lze chápat jako ochranu před kriminalizací soukromých a konsensuálních aktivit mezi informovanými a svéprávnými dospělými osobami.

Další z principů, který nesmí chybět v mém checklistu, je princip, který v sobě obsahuje čtyři části více či méně příbuzných menších zásad. Přidávám je z toho důvodu, že samy o sobě mohou tato omezení a principy působit dojmem, že by bylo možné je vynechat, protože se zdá, že ty ostatní jsou dostatečné a mohou je částečně nahradit, přičemž výsledek bude stejný. Mně však přijde, že právě tyto dílčí principy jsou podstatné, protože dohromady spolu vytváří komplexní omezení kriminalizace, které není obsažené v ostatních principech a které dále pomáhá konkretizovat, která jednání mají být kriminalizována. Jako zastřešující název pro tento princip tohoto jsem vymyslel **princip efektivní a proporcionální regulace**.

- 1) První část tohoto principu se ptá, zda znění zákona není rozsáhlejší, než je nezbytné k dosažení účelu. Toto přímo vyplývá z Husakova třetího vnějšího omezení. Klíčovým aspektem tohoto omezení je nutnost prokázání, že neexistuje žádná alternativní metoda, která by byla stejně účinná pro dosažení cílů zákona, ale zároveň by byla méně restriktivní nebo omezující. Husak tímto upozorňuje na důležitost zamezení nadměrně inkluzivním trestním zákonům, které by zakazovaly více jednání, než je nezbytné, a naopak nedostatečně inkluzivním zákonům, které by nezahrnovaly všechna relevantní jednání. Nadměrná inkluzivita zákona znamená, že zákon zahrnuje jednání, která nepůsobují škodu nebo zlo, které má zákon zakazovat, zatímco nedostatečná inkluzivita znamená, že zákon nezahrnuje všechna jednání, která by měla být zakázána na základě jeho ospravedlňujících důvodů. Husak píše, že omezení

²¹³ DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. s. 232

nadměrně inkluzivních zákonů má veliký potenciál zmenšit působnost trestního práva.²¹⁴

- 2) Druhá část principu efektivní a proporcionální regulace zkoumá, zda je kriminalizace nejúčinnějším řešením daného problému. To zahrnuje posouzení, zda existující právní rámec adekvátně řeší problém a zda kriminalizace přinese očekávané pozitivní výsledky. Autoři knihy *Crimes, Harms and Wrongs* píší, že „s výjimkou velmi závažných deliktů nemá přílišný význam vytvářet trestné činy, které pravděpodobně nesníží výskyt škod nebo deliktů, k jejichž řešení jsou určeny“.²¹⁵ Ashworth a Horder v úvaze namítají, že škodlivé jednání by mělo být alespoň symbolicky klasifikováno jako trestný čin, aby se jasně vyjádřilo jeho postavení ve společnosti. I když takový zákon může mít pouze omezenou efektivitu, stále může působit preventivně a odradit některé jedince od spáchání tohoto činu.²¹⁶ Autoři A. P. Simester a Von Hirsch však tvrdí a já se k tomu přikláním, že nedostatečně účinný trestný čin může „snížit respekt veřejnosti k trestnímu právu jako svébytné formě regulace.“²¹⁷

Abychom zajistili vysokou účinnost při dosahování nějakého cíle, i když je v tomto případě vzhledem k jeho utopičnosti nedosažitelný, musíme si být jisti, že používáme ty správné nástroje. Součástí tohoto sub principu tedy je i podmínka, že neexistují efektivnější způsoby regulace daného jednání, které má být kriminalizováno. Ashworth tento princip subsidiarity shrnuje tak, že pokud může mírnější nástroj zajistit cíl stejně jako trestní právo, měl by být tento nástroj použit. Mezi často vhodnějšími alternativami uvádí Ashworth „morálku, společenské konvence nebo i tlak vrstevníků jako tři neformální zdroje kontroly“.²¹⁸

Dalším příkladem alternativních regulací jsou daňová opatření. Ta mohou snížit poptávku po škodlivých produktech a aktivitách tím, že zvyšují jejich cenu a tím odrazují spotřebitele, přičemž zároveň s tím generují příjmy pro stát. Toto je zvláště účinné v případech, kde by přímý zákaz činnosti mohl mít nežádoucí nebo kontraproduktivní důsledky, jako tomu bylo v případě prohibice alkoholu. Kromě daňových opatření lze alternativní regulace provádět prostřednictvím reklamy, udělování oprávnění nebo

²¹⁴ HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization*. s. 154

²¹⁵ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 211

²¹⁶ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. s. 63

²¹⁷ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*, s. 210.

²¹⁸ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*, s. 62.

prostřednictvím specializovaných komor, které mohou ukládat sankce za porušování vnitřních předpisů. Tato alternativní řešení nabízejí flexibilnější a často méně zatěžující metody regulace, zatímco minimalizují negativní dopady na osobní svobody.²¹⁹

- 3) Součástí principu efektivní a proporcionální regulace jsou i sociální dopady. Stát by měl především naplňovat zájmy svých občanů a k tomu může v poslední instanci v souladu s principem *ultima ratio* použít i trestního práva. „*Kriminalizace může být v některých případech považována za jediné oprávněné řešení k zachování určitých sociálních praktik, které jsou považovány za nevyhnutelné pro veřejné blaho*“.²²⁰

Minimalistický přístup ke kriminalizaci dle Ashwortha říká, že nevytvoříme trestný čin, pokud by to mohlo způsobit větší společenskou škodu. Ashworth poukazuje na potenciální negativní důsledky kriminalizace, jako je vytváření černých trhů, invazivní metody vymáhání policie nebo riziko policejní korupce.²²¹ Tento princip zvažuje širší sociální dopady kriminalizace, kde může dojít k horším společenským důsledkům, než jsou ty, kterým se chtělo původně předejít. Zavedení sankce může mít i zcela jiný než kýžený efekt. Zastřešující otázkou by tak mělo být: Podporuje kriminalizace tohoto jednání blahobyt společnosti?

Tento subprincip je, přiznávám, velmi úzký, protože vyžaduje hodně dalších úvah a informací, aby bylo možné jednoznačně odpovědět na danou otázku. Bohužel se domnívám, že bez řádné sociálně ekonomické analýzy, která zhodnotí konkrétní dopady jak na společnost, tak na veřejný rozpočet, nebude nikdy řádně odpovězeno na otázku, jestli nějaké jednání má být kriminalizováno.

- 4) Poslední část principu efektivní a proporcionální regulace se zaměřuje na skutkovou podstatu trestného činu, což je souhrn právně relevantních znaků. Je zcela zásadní, aby na skutkovou podstatu byly kladeny vysoké požadavky jasnosti a srozumitelnosti. Tento přístup vychází z potřeby právní jistoty a zásady, že právo by mělo být přístupné a srozumitelné pro všechny občany, nikoli jen pro právníky.²²²

²¹⁹ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 193-195

²²⁰ ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. s. 58

²²¹ *Ibid.*, s. 63.

²²² Nález Ústavního soudu ČR ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II.ÚS 165/11– Tento názor však ÚS vyslovil pouze jako *obiter dictum*.

Je klíčové, aby zákonodárci a tvůrci právních textů brali v úvahu potřebu jasnosti a přístupnosti práva, aby bylo minimalizováno riziko nedorozumění a nespravedlnosti. Vágní a nejasná pravidla lze kritizovat za jejich porušení požadavku na právní stát, když mají nejednoznačnou působnost a definici.²²³ Podle Michala Tomáška, významného právního vědce a profesora Univerzity Karlovy, mezi požadavky na právní jazyk patří: „významová přesnost, jednoznačnost, stručnost, srozumitelnost, ustálenost, ústrojnost, úkonnost, neexpresivnost“²²⁴

Princip efektivní a proporcionální regulace je sestaven z několika zásad a omezení, které dohromady tvoří ucelený a symbiotický celek, jenž pomáhá odpovídat na zásadní otázku: Co by mělo být kriminalizováno a co nikoliv? Tento princip reflektuje potřebu vyváženého a citlivého přístupu k trestnímu právu, který bere v potaz jak efektivnost a účelnost trestních sankcí, tak i jejich potenciální dopady na jednotlivce a společnost jako celek. Můj výběr zásad a omezení, zahrnutých do principu efektivní a proporcionální regulace se snaží odrážet komplexní povahu trestního práva, a zároveň s tím nabízí praktický nástroj pro posouzení, kdy je kriminalizace oprávněná a kdy by měly být upřednostněny alternativní formy regulace.

3.2 Vytvoření checklistu pro úvahy o (de)kriminalizaci určitého jednání

Na úvod následujícího checklistu je důležité poznamenat, že naše poznání obecně bývá neúplné a platí to i ohledně principů, pravidel a omezení kriminalizace. Jazyk, kterým popisujeme realitu, není exaktní a slova mají různé významy pro různé osoby. Přesto jsem se snažil identifikovat společné body, na kterých se autoři shodují, a ty pak zahrnout do svého checklistu.

Následující checklist obsahuje termíny, které jsem snad dostatečně vysvětlil a definoval v kapitole 4.1. Je tomu tak proto, že celý můj checklist z této kapitoly vychází, a bez ní je jen málo sdělujícím výčtem. Případné podotázky u každého jednoho dílčího principu v checklistu mají za úkol pomoci daný princip rychleji pochopit a uplatnit v praxi.

Důležité je také vysvětlit, jakým způsobem by se mělo postupovat, když nějaké jednání nebude vyhovovat nějakému dílčímu principu. Mám za to, že jednání, které

²²³ HORDER, Jeremy a Andrew ASHWORTH. *Ashworth's principles of criminal law*. s. 69

²²⁴ TOMÁŠEK, Michal. *Překlad v právní praxi*. Praha: Linde Praha, 1998. s. 25

má být kriminalizováno, musí splňovat všechny body checklistu. Nemyslím si, že je nějak extrémně restriktivní. Jsou v něm uplatněny jen ty nejzákladnější principy, na kterých se shodne významná část právních teoretiků. To znamená, že pokud jednání nesplňuje některý z bodů, nemělo by být kriminalizováno. Rozumím, že toto je odvážné prohlášení, avšak opírám se o odbornou literaturu, důvěřuji jí a mé tvrzení je výsledkem pečlivého zkoumání.

3.2.1 Konkrétní a prakticky použitelný návod pro posouzení, zda je určité jednání vhodné kriminalizovat či dekriminalizovat

- 1) Princip nesprávnosti
 - a) Je jednání nesprávné?
- 2) Zásada škody
 - a) Je jednání netriviálně škodlivé nebo zlé?
 - b) Způsobuje škodu na dlouhodobém zájmu, který má objektivní rozměr a ovlivňuje kvalitu života?
- 3) Zásada veřejnosti
 - a) Představuje jednání veřejný delikt?
 - b) Spadá jednání do veřejné sféry občanského řádu?
- 4) Princip efektivní a proporcionální regulace
 - a) Není znění zákona rozsáhlejší, než je nutné k dosažení cíle?
 - b) Je kriminalizace nejúčinnějším řešením?
 - i. Je kriminalizace ten správný nástroj?
 - c) Nezpůsobí kriminalizace větší škodu než užitek?
 - i. Jaké bude mít kriminalizace sociální dopady?
 - ii. Podporuje kriminalizace blahobyt společnosti?
 - d) Je znění jasné a srozumitelné?

Praktický checklist:

Název principu	Pomocné podotázky	Odpověď
1. Princip nesprávnosti	a. Je jednání nesprávné?	✓ X
2. Zásada škody	a. Je jednání netriviálně škodlivé nebo zlé?	✓ X
	b. Způsobuje škodu na dlouhodobém zájmu, který má objektivní rozměr a ovlivňuje kvalitu života?	✓ X
3. Zásada veřejnosti	a. Představuje jednání veřejný delikt?	✓ X
	b. Spadá jednání do veřejné sféry občanského řádu?	✓ X
4. Princip efektivní a proporcionální regulace	a. Není znění zákona rozsáhlejší, než je nutné k dosažení cíle?	✓ X
	b. Je kriminalizace nejúčinnějším řešením?	✓ X
	i. Je kriminalizace ten správný nástroj?	
	c. Nezpůsobí kriminalizace větší škodu než užitek?	✓ X
	i. Jaké bude mít kriminalizace sociální dopady?	
ii. Podporuje kriminalizace blahobyt společnosti?		
d. Je znění jasné a srozumitelné?	✓ X	

4 APLIKACE PRINCIPŮ NA ČESKÉ PROSTŘEDÍ

4.1 Analýza kontroverzních okruhů jednání

V této kapitole se zaměřím na analýzu jednání, která představují hraniční případy v rámci trestního práva. Tato jednání jsou obzvláště problematická a vyvolávají intenzivní debaty jak mezi právními teoretiky, tak i v širší veřejnosti. Cílem této kapitoly není poskytnout vyčerpávající přehled všech trestných činů, ale soustředit se na ty, které stojí na hranici kriminalizace a jsou z tohoto důvodu nejvíce kontroverzní.

Prozkoumám, zda tyto hraniční trestné činy splňují kritéria pro kriminalizaci, jak byla definována v předchozích částech práce. Zároveň se budu snažit pochopit, proč tyto případy vyvolávají takovou kontroverzi a jaké jsou hlavní argumenty pro a proti jejich kriminalizaci. Zkoumání těchto kontroverzních případů nám poskytne užitečný vhled do komplexnosti a výzev, které přinášejí rozhodování o hranicích trestního práva. Tato analýza nám také umožní lépe pochopit, jak se v praxi aplikují teoretické principy kriminalizace a jak se tyto principy mohou lišit v závislosti na konkrétních případech a okolnostech.

4.1.1 Neplacení výživného: Diskuse o efektivitě a spravedlnosti trestního postihu

Skutková podstata trestného činu neplacení výživného zní: *„Kdo neplní, byť i z nedbalosti, svou zákonnou povinnost vyživovat nebo zaopatřovat jiného po dobu delší než čtyři měsíce, bude potrestán odnětím svobody až na jeden rok.“*²²⁵

Tento trestný čin vyvolává značnou kritiku, a to i od odborné veřejnosti. Věznění neplatičů se zdá být neefektivní jak pro poškozené, tak i pro samotný stát. Náklady na vězení jsou totiž tak vysoké, že ani v případě, že vězněný pracuje, mu už mnoho peněz na výživné nezbyvá. Tato situace vyústila v přípravu novely trestního zákoníku ze strany Ministerstva spravedlnosti. Tato novela by měla snížit počet vězněných neplatičů až o 90 % a současně zmírnit finanční zátěž státu spojenou s jejich vězněním. Navrhuje se, aby trestní stíhání bylo omezeno pouze na úmyslné neplacení výživného, a to v situacích, kdy by tím bylo ohroženo základní živobytí dítěte nebo vyživované osoby. Navíc by maximální trest odnětí svobody měl být snížen z tří let na jeden rok.²²⁶

²²⁵ § 196 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb. trestní zákoník – znění od 01.07.2023

²²⁶ ŠTĚPÁNKOVÁ, Lenka. Za neplacení alimentů nejvýš rok vězení. Tresty prý nemají efekt a věznic jsou plné dlužníků | Domov. In: *Lidovky.cz* [online]. 10. 9. 2023 [cit. 07.12.2023]. Dostupné z: https://www.lidovky.cz/domov/alimenty-penize-vezeni-deti-veznice-ministerstvo-trest.A230908_151828_ln_domov_rkj?h=2A6DBAE241CB95BEE716A31B462DB931

Z celkových skoro 20 tisíc odsouzených pachatelů je ve výkonu trestu odnětí svobody za neplacení výživného přes dvanáct set. Částečná dekriminalizace tohoto trestného činu by snížila jejich počet na dvě stě.²²⁷

Pokud mám pro tento trestný čin použít svůj checklist, tak první jasný nesoulad spatřuji v bodu 4.b, který pokládá otázku, zda je kriminalizace daného jednání nejefektivnějším nástrojem pro boj s tímto nechtěným jednáním. Vedoucí katedry trestního práva na Univerzitě Karlově prof. JUDr. Bc. Tomáš Gřivna, Ph.D. vyjádřil názor, že by bylo lepší, kdyby se alimenty po neplatičích vymáhaly jinak, například exekučně.²²⁸

Název principu	Pomocné podotázky	Odpověď
1. Princip nesprávnosti	a. Je jednání nesprávné?	✓
2. Zásada škody	c. Je jednání netriviálně škodlivé nebo zlé?	✓
	d. Způsobuje škodu na dlouhodobém zájmu, který má objektivní rozměr a ovlivňuje kvalitu života?	✓
3. Zásada veřejnosti	a. Představuje jednání veřejný delikt?	✓
	b. Spadá jednání do veřejné sféry občanského řádu?	✓
4. Princip efektivní a proporcionální regulace	a. Není znění zákona rozsáhlejší, než je nutné k dosažení cíle?	✓
	b. Je kriminalizace nejúčinnějším řešením?	✗
	i. Je kriminalizace ten správný nástroj?	
	c. Nezpůsobí kriminalizace větší škodu než užitek?	✗
	i. Jaké bude mít kriminalizace sociální dopady?	
ii. Podporuje kriminalizace blahobyt společnosti?		
d. Je znění jasné a srozumitelné?	✓	

U trestného činu neplacení výživného je dobré si uvědomit určitý paradox. Samozřejmě je správné platit výživné na dítě, a jsem si jistý, že mnoho rodičů to zanedbává zcela úmyslně. Smyslem tohoto trestného činu pak je odradit případné neplatiče nejtěžším trestem, jaký náš stát nabízí. Nerozum však spatřuji v tom, že odsouzený k nepodmíněnému trestu odnětí svobody nejenže ve vězení prostředky na výživné nevydělá ani práci, kterou tam vykonává, ale navíc po propuštění na svobodu

²²⁷ VOKURKOVÁ, Iva a Marta PILAŘOVÁ. Ministerstvo chce zmírnit tresty za neplacení výživného. Vězení až na tři roky prý není řešení. In: *iROZHLAS* [online]. 18. 8. 2023 [cit. 11.12.2023]. Dostupné z: https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/vyzivne-alimenty-vezeni-zmena-pravidel-ministerstvo_2308180928_ako

²²⁸ Ibid.

bude mít ztížené postavení na pracovním trhu, což pravděpodobně povede k zaměstnání s horším mzdovým ohodnocením. Životní situace oběti se tedy skoro jistě nezlepší, takže kriminalizace neplacení výživného v celkovém součtu všech případů může být kontraproduktivní. Výsledný stav je tedy nevýhodný jak pro oběť, tak i pro veřejné rozpočty. Cortney E. Lollar, profesorka na University of Kentucky College of Law, jejíž práci citoval i Nejvyšší soud USA, ve své publikaci *Kriminalizace špatného otcovství* píše, že aktuální systém zaplétá otce „s nízkými nebo žádnými příjmy do koloběhu dluhů, nezaměstnanosti a vězení“.²²⁹ Stejně tak Jiří Jelínek píše, že odpovědnost za neplacení dluhů je kategorií zcela nevhodnou ke kriminalizaci.²³⁰

4.1.2 Nenávistný projev

„*Vlastenectví nedělá nenávist k jiným. Vlastenectví je dejme tomu láska k národu, který je váš. Není to o nenávisti. Naše republika nese hodnoty, které vás dnes stály svobodu. Ty hodnoty zastává a doufám bude zastávat nadále*“, řekl po vynesení rozsudku soudce Vít Sochovský, který odsoudil dva dezinformátory do vězení za hanobení národa, rasy, etnické skupiny a podněcování nenávisti vůči skupině osob.²³¹ Odsouzení natočili dvacetiminutové video, které zveřejnili na sociálních sítích, ve kterém vybízeli k útokům na Ukrajince. Považuji to za skvělý příklad, který mi pomůže tento trestný čin podrobit zkoumání za pomoci svého checklistu.

Nejdříve musím posoudit, zda je takové jednání nesprávné. Soudím, že podněcovat k násilí je nesprávné za každé situace, a tudíž tato otázka není obtížná. Profesor Eric Barendt z University College London píše, že autor knihy *The Harm in Hate Speech* Jeremy Waldron označuje nenávistné projevy za jakýsi ekvivalent živelní katastrofy, jen místo ničení majetku tento živel ničí společenské soužití.²³²

Druhý bod checklistu se ptá, zda je jednání škodlivé, konkrétněji jde o to, zda představuje škodu alespoň netriviální. Bohužel, takovéto výzvy triviální nejsou

²²⁹ LOLLAR, Cortney E. Criminalizing (Poor) Fatherhood. *Ala. L. Rev.*, 2018, 70: 125.

²³⁰ JELÍNEK, Jiří. *Kriminologie*, s. 197.

²³¹ KUNDRA, Ondřej a Ivana SVOBODOVÁ. Vaše slova mohla vést k akci. Deset a šest měsíců vězení za výzvu k útokům na Ukrajince. In: *Týdeník Respekt* [online] [cit. 11.12.2023]. Dostupné z: <https://www.respekt.cz/kontext/vase-slova-mohla-vest-k-akci-deset-a-sest-mesicu-vezeni-za-vyzvu-k-utokum-na-ukrajince>

²³² BARENDT, Eric. What Is the Harm of Hate Speech? *Ethical Theory and Moral Practice*. 2019, roč. 22, č. 3, s. 5. DOI: 10.1007/s10677-019-10002-0

a mohou skutečně vést k násilí, a tedy ke škodě ve společnosti, jak se také stalo.²³³ I když nemůžeme s jistotou říct, že by existovala přímá souvislost mezi výzvou a konkrétním útokem, tak takové jednání působí škodlivě na smír ve společnosti, který je jistě žádoucím a dlouhodobým cílem.

Třetí bod se ptá, jestli je jednání veřejné. Tento bod je jistě naplněn nahráním videa na sociální síť, kde je vzhledem k povaze sociálních sítí potenciál oslovit velké množství lidí. Bod 4a, který se ptá, zda znění zákona není rozsáhlejší, než je nutné k naplnění cíle, je obtížné posoudit. Cílem má jistě být ochrana zranitelných skupin ve společnosti a rozsah tohoto trestného činu je určován množstvím chráněných skupin.

Pro lepší celkový obraz se můžeme podívat na skupiny, které chrání sociální síť Facebook. Ta maže příspěvky, které obsahují nenávistný projev, neboli hate speech. Jako definice tohoto chování uvádí, že hate speech je útok, jako je ponižující zobecnění nebo urážka a zároveň je takový útok zaměřený na "chráněnou kategorii" lidí, včetně kategorie, založené na pohlaví, rase, etnickém původu, náboženské příslušnosti, národnostním původu, sexuální orientaci, genderové identitě a závažném postižení nebo nemoci. V České republice zákon mezi chráněné kategorie řadí národ, rasu, etnickou skupinu, náboženství, třídu nebo jiné skupiny osob. Takže například Facebook by větu „*Chudí černoši by měli v autobuse sedět stále vzadu.*“ nepovažoval za hate speech, protože příslušníci sociální třídy nejsou chráněni definicí nenávistného projevu sociální sítě Facebook. Přitom ze 133 525 čtenářů, účastnících se ankety New York Times, která měla čtenáři pomoci otestovat, zda rozpozná hate speech, by tuto konkrétní větu označilo za hate speech až 92 % hlasujících.²³⁴ Z toho mi vyplývá, že konsensus v oblasti ochrany společenských tříd existuje, i když vzorkem je pouze malá část západního světa, která čte deník New York Times. Můžeme tak říct, že i tato kategorie chráněných osob má své opodstatnění. Naopak ustanovení o „jiných skupinách osob“ může mluvit o jakékoliv jiné skupině, a soudím, že to právní jistotě neprospívá.

V dalším bodě se checklist ptá, zda je kriminalizace tím správným nástrojem k potlačení škodlivého jednání, kterým hate speech bezpochyby je. Dle mého

²³³ BISKUP, Patrik. Napadení Ukrajinek v Plasích: Žalobkyně chce pro útočníka podmínku - Novinky. In: [cit. 11.12.2023]. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/clanek/krimi-napadeni-ukrajinek-v-plasich-zalobkyne-chce-pro-utocnika-podminku-40453104>

²³⁴ CARLSEN, Audrey a Fahima HAQUE. What Does Facebook Consider Hate Speech? Take Our Quiz. *The New York Times* [online]. 2017 [cit. 11.12.2023]. Dostupné z: <https://www.nytimes.com/interactive/2017/10/13/technology/facebook-hate-speech-quiz.html>

kriminalizace je zde namístě, protože žádné jiné příhodné nástroje, kterými soud disponuje, zde nejsou vhodné. Nikdo si nemůže na nenávistný projev koupit licenci a ani nemůžeme nenávist zdanit a tím ji omezit. Naopak je správné, že o nenávistném projevu rozhoduje nestranný soud, protože otázky svobody projevu jsou velmi citlivou oblastí, a proto by bylo nerozumné svěřit takovou pravomoc jinému úřadu.

Otázkou poté je, jestli tím správným nástrojem, který by měl toto škodlivé chování potírat, není společenský tlak. Ten se však ukazuje jako nedostatečný, a zároveň s tím je i nevhodný. Osoby, které se mohou dopouštět nenávistných projevů, často profitují na silné odezvě společnosti. Takzvaná virálnost je často samotným důvodem takového škodlivého jednání. Navíc je známo, že komunita více drží při sobě, pokud je vystavena opozici zvenčí, v tomto případě v podobě občanské společnosti, která na takové jednání reaguje.

Pokud jde o předposlední písmeno bodu 4, tak jedinou škodu, kterou tento trestný čin způsobuje, je to, že omezuje svobodu slova. Pokud si ale provedeme test proporcionality, jak ho aplikuje Ústavní soud, tak mi vyplyne, že svoboda slova není tímto příliš omezována, jiné dostatečné nástroje nemáme a tento trestný čin skutečně svého cíle dosahuje.

Poslední bod se zabývá jasností a srozumitelností skutkové podstaty trestného činu. K tomuto bodu musím znovu připomenout významovou nejasnost slov „jiné skupiny osob“. Příliš široké nebo neurčité pojmy v zákonech mohou vést k právní nejistotě. Pokud nejsou pojmy přesně definovány, mohou vznikat nejasnosti ohledně toho, co přesně je trestným činem, což může vést k nespravedlnosti v trestním stíhání. Tento nedostatek jasnosti může také podkopávat důvěru veřejnosti v právní systém, jelikož právo by mělo být transparentní a předvídatelné.

4.1.3 Eutanázie

Ve většině států světa je aktivní eutanazie, tedy přímé ukončení života nevyléčitelně nemocné osoby na její vlastní žádost, kriminalizována. Pasivní forma eutanazie však v mnoha zemích legální je. Spočívá v tom, že je pacientovi na jeho přání umožněno zemřít přirozenou smrtí odmítnutím život prodlužující léčby nebo odpojením od přístrojů zajišťujících životní funkce. Lékař tedy aktivně nezasahuje, aby život ukončil, ale pouze respektuje vůli nevyléčitelně nemocného.

Zatímco aktivní forma je ve většině zemí považována za trestný čin, pasivní varianta přiznávající pacientovo právo na důstojnou smrt je mnohem více akceptována. Pacient tak může legálně odmítnout další léčbu a ponechat průběhu nemoci volný průchod k přirozenému konci života. James Rachels ve své knize *Aktivní a pasivní eutanázie* nabízí odlišný pohled na tuto problematiku. Píše, že pasivní eutanázie může být pro pacienta ve výsledku mnohem horší než ta aktivní. Popisuje, že při umožnění pacientovi zemřít přirozeně, může dojít i k několikadennímu utrpení. V důsledku je tak mnohem humánnější pacienta aktivně usmrtit, protože je to rychlejší a bez prodlužování bolesti.²³⁵ Dodávám, že bolest je hlavním a nutným bodem pro schválení jakékoliv eutanázie. Nezdá se mi tedy logické někomu prodlužovat utrpení, pro které se sám rozhodl zemřít.

V České republice je trestným činem někomu pomoci v sebevraždě. Skutková podstata trestného činu s názvem účast na sebevraždě zní: „*Kdo jiného pohne k sebevraždě nebo jinému k sebevraždě pomáhá, bude potrestán, došlo-li alespoň k pokusu sebevraždy, odnětím svobody až na tři léta*“.²³⁶ Za účast na sebevraždě je podle tohoto zákona považována i eutanázie. Například v Kanadě však byla lékařská asistence při umírání legalizována. Došlo k tomu poté, co kanadský Nejvyšší soud dospěl k tomu, že zákony zakazující asistovanou sebevraždu omezují svobodu jednotlivce.²³⁷ Podle tohoto názoru by lidé by měli mít právo rozhodnout o svém konci.

²³⁵ RACHELS, James. Active and Passive Euthanasia. In: HUMBER, James M. a Robert F. ALMEDER, eds. *Biomedical Ethics and the Law*. Boston, MA: Springer US, 1979, s. 512. DOI: 10.1007/978-1-4615-6561-1_33

²³⁶ § 144 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb. trestní zákoník - znění od 01.07.2023

²³⁷ Kanadský soud povolil eutanazii - Novinky. In: [cit. 16.12.2023]. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/clanek/zahranicni-amerika-kanadsky-soud-povolil-eutanazii-275070>

Jak píše ve svém eseji pro The Atlantic David Brooks, myšlenka zpočátku vypadala skvěle. Lidem, kteří zažívají nesmírná fyzická nebo psychická muka, pacienti s vážnými chorobami nebo pacienti, kteří jsou ve stádiu, kdy je přirozená smrt již rozumně očekávatelná, mohou lékaři podat smrtící injekci a pomoci jim tak od bolesti. Že se děje něco zvláštního, si začali v Kanadě všimnout, když počet takto usmrcených v roce 2021 překročil 10 000 a zamítnutých žádostí byla jen 4 %.²³⁸ Pokud se na tento trend díváme pohledem, který chce maximalizovat svobodu, pak je to trend příznivý, neboť dochází k osvobození člověka od biologického determinismu. „*Smrt už nepředstavuje nedobrovolný a potupný konec života; může se stát nádherným aktem sebevyjádření.*“²³⁹ V realitě, jak popisuje David Brooks na konkrétních příkladech, však dochází k častým předchozím odchodům z důvodu deprese nebo obyčejné nespokojenosti se životem, která je často spojená s chudobou. Lékařská asistence při umírání se posunula od trpících na samém konci života ke „zcela přímočaré sebevraždě“.

Autor následně přispívá k hledání správné odpovědi. Položí nám otázku, jak bychom se zachovali, kdybychom byli svědky toho, jak se někdo chystá skočit z mostu. Lidským instinktem je přeci takového člověka zachránit, a ne ho nechat se zabít s tím, že je to pouze jeho rozhodnutí a je to nádherný akt sebevyjádření. Autor píše, že náš život je dar, a z něho pro nás plyne povinnost předat tento dar dál. „*Svůj život jste nestvořili. V momentu narození vám byl život dán, nebyl zasloužený. Do světa jste vstoupili obdarováni životem. Jak jste stárli a zráli, vaše okolí vás naučilo oslavovat rozmanitost života – tisíce druhů ptáků, lahodnost různých druhů sýrů, oslnivou zázračnost každé lidské tváře. Něco uvnitř nás nutí zoufale toužit po co nejdelším životě pro naše přátele a milované blízké, protože život je ve své podstatě dobrý. Dobro lidstva není žádná abstrakce. Je pevně zakořeněné v našich blízkých a v institucích, které jsme zdědili, které reformujeme, zlepšujeme a předáváme dál.*“²⁴⁰ Dobré je však říci, že pravidla pro eutanázii v Kanadě jsou podle mě velmi uvolněná a jsou málo konkrétní. Nemyslím si, že je to směr, kterým bychom se měli ubírat. V odborném článku z roku 2023, *The Realities of Medical Assistance in Dying in Canada*, dospěli k názoru, že

²³⁸ BROOKS, David. Hranice osobního rozhodnutí. In: *Týdeník Respekt* [online] [cit. 16.12.2023]. Dostupné z: <https://www.respekt.cz/tydenik/2023/23/hranice-osobniho-rozhodnuti>

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Ibid.

kanadskému systému chybí dostatečné záruky, sběr dat a dohled, které jsou nezbytné k ochraně Kanadčanů před předčasnými úmrtími.²⁴¹

Mezi často zmiňované argumenty proti legalizaci aktivní eutanazie patří potenciální narušení vzájemné důvěry mezi lékařem a pacientem. V současnosti mohou pacienti spoléhat na to, že jejich lékař vynaloží maximální úsilí k udržení jejich života. Zajímavá studie provedená na vzorku 1117 dospělých občanů USA však naznačuje, že takové obavy nemusí být zcela opodstatněné. Pouhých 20 % dotázaných souhlasilo s tvrzením, že legalizace eutanazie by snížila důvěru k jejich lékaři. U starší populace ve věku 65 let a více byl tento podíl jen mírně vyšší - 27 %.²⁴² Není to však nějaké zanedbatelné procento lidí a jejich obavy je nutné brát vážně.

Argumentů pro život je mnoho. Je to naše nejvyšší společenská hodnota. Viktor Frankl v knize *A přesto říci životu ano*, která popisuje, jakými fázemi odlidštění museli vězni v koncentračním táboře procházet a jakou oporou jim byl duchovní rozměr života, líčí, k čemu došel: „*Lidský život má vždy a za všech okolností smysl, a tento nekonečný smysl naší existence v sobě zahrnuje i utrpení, umírání, nouzi a smrt.*”²⁴³

Celkově si však nemyslím, že je nesprávné ulehčit někomu v šílených mukách od života. I když v Kanadě tato možnost spustila nějakou řetězovou reakci, domnívám se, že je možné najít adekvátní hranici. Prvním bodem mého checklistu je nesprávnost. Jednání musí být nesprávné, aby bylo vhodné ke kriminalizaci. Lékařsky asistovaná sebevražda v přísných mezích podle mě není nesprávná, a tak by neměla být postihnuta nej přísnějším zákazem.

V kontextu právního studia a diskusí o kriminalizaci určitých jednání je téma eutanazie příkladem, kde právní normy narážejí na hluboké etické dilema. Zrušení trestného činu 'účast na sebevraždě' může být vnímáno jako čistě humánní krok, ale současně je absolutně nezbytné zajistit, aby takové rozhodnutí nebylo zneužito nebo nevedlo k nežádoucím důsledkům.

²⁴¹ COELHO, Ramona et al. The realities of Medical Assistance in Dying in Canada. *Palliative and Supportive Care* [Cambridge Core]. Cambridge University Press, 2023, roč. 21, č. 5.
DOI: 10.1017/S1478951523001025

²⁴² HALL, M, F TRACHTENBERG a E DUGAN. The impact on patient trust of legalising physician aid in dying. *Journal of Medical Ethics*. 2005, roč. 31, č. 12. DOI: 10.1136/jme.2004.011452

²⁴³ FRANKL, Viktor Emil, Josef HERMACH a Bohumila KUČEROVÁ. *A přesto říci životu ano : psycholog prožívá koncentrační tábor*. V Praze: Karmelitánské nakladatelství, 2018.

Část skutkové podstaty trestného činu účasti na sebevraždě se zabývá pohnutím k sebevraždě. To je velmi zavrženíhodné jednání a bez dalšího by mělo zůstat trestným činem.

4.1.4 Znásilnění „ano znamená ano“ a znásilnění „ne znamená ne“

Jsou dva přístupy, které jdou nad současný standard „*kdo jiného násilím nebo pohrůžkou násilí nebo pohrůžkou jiné těžké újmy donutí k pohlavnímu styku*“²⁴⁴. První přístup, podle mého názoru méně přísný, říká, že pohlavní styk nebo s ním srovnatelné jednání bude trestné, pokud bude vykonáno „proti vůli“ druhé osoby – “ne znamená ne”. Absence jasného "ne" ze strany druhé osoby znamená souhlas. Sexuální aktivita může pokračovat, pokud jedna ze stran výslovně neřekne "ne" nebo pokud svůj nesouhlas nevyjádří slovy či jednáním.

Druhý, přísnější koncept, který aplikuje například Dánsko a dalších dvanáct evropských zemí, vyžaduje přímo souhlas – “ano znamená ano”. Tento přístup zdůrazňuje význam vyjádření aktivního a trvalého souhlasu v průběhu každého sexuálního styku, spíše než spoléhání se na předpoklad souhlasu, dokud není odvolán.

Česká republika je nyní rozhodnuta posunout současný stav legislativy. Podle vládního návrhu, který byl v únoru letošního roku schválen poslaneckou sněmovnou, bude nově trestný čin znásilnění definován jako sexuální styk bez souhlasu, nikoli jako vynucený pohlavní styk. Jeho fungování bude založeno právě na pravidle "ne znamená ne".

Vláda nejprve schválila návrh Ministerstva spravedlnosti: „*Návrh mění trestný čin znásilnění tak, aby odpovídal modernímu pojetí, které opouští koncept znásilnění jako silou vynuceného pohlavního styku. Nahrazuje jej konceptem pohlavního styku nesouhlasného (nekonsensuálního).*” Za znásilnění je pak považována každá forma sexuálního styku, včetně soulože, análního nebo orálního styku, ve které jeden z účastníků není schopen nebo nechce dát souhlas. Tento nesouhlas musí být zjevný a srozumitelný, může být vyjádřen slovně, prostřednictvím pláče nebo fyzického odporu. Důležitým hlediskem tohoto konceptu je schopnost oběti projevit svůj nesouhlas. Pokud je oběť schopna, měla by mít možnost jakýmkoli způsobem vyjádřit svůj odpor vůči sexuální aktivitě. Předpokládá se, že průměrný jedinec je schopen verbálně či neverbálně

²⁴⁴§ 185 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb. trestní zákoník – znění z 01.04.2024

vyjádřit svůj nesouhlas, ať už prostřednictvím gest, zaujetí obranné pozice či projevem emocí, jako je pláč.²⁴⁵

Tento přístup však má i své nevýhody. Studie slovinských vědců vyjmenovává hned čtyři. Za prvé, oběť často neřekne „ne“, ale ze strachu zcela „zmrzne“. Za druhé, tento model předpokládá, že souhlas je dán předem, což je nereálné, protože většina lidí v každodenním životě nemá zájem o sexuální styk s každým, s kým se setká. Za třetí, studie uvádí, že ve společnosti je rozšířena nepravdivá a nebezpečná poučka, že když žena říká „ne“, ve skutečnosti myslí „ano“, a že její odpor je jen předstíraný. Tyto sexistické mýty podporují kulturu, která zlehčuje a ignoruje skutečný nesouhlas a přispívá k bagatelizaci sexuálního násilí.²⁴⁶

Vláda rovněž schválila rozšíření trestních ustanovení týkajících se sexuálního násilí. Navrhlo se omezit definici trestného činu znásilnění na akt soulože a další formy pohlavního styku prováděné obdobným způsobem, jako je anální nebo orální styk, vsunování prstů nebo předmětů do vagíny či análního otvoru. Méně závažné sexuální praktiky budou vyčleněny do samostatného nového trestného činu, nazvaného sexuální útok. Tím bude možné lépe diferenciovat trestní sazby, a tím přispívat k určitosti a jasnosti skutkových podstat.²⁴⁷ Odloučení sexuálního útoku od znásilnění vítám, protože to pomůže konkrétněji definovat trestný čin, což povede k větší právní jistotě a uložení přesnějšiho trestu.

Mezi další možnosti trestněprávní úpravy znásilnění patří i přísnější koncept – „ano znamená ano“, který se zrodil na vysoké škole Antioch v Ohiu v roce 1991, kde skupina žen úspěšně prosadila dodatek k etickému kodexu, který výslovně definoval sexuální souhlas jako požadavek nadšeného "ano" všech zúčastněných. Tento počín dostal významné mediální pokrytí, které však mělo z počátku výsměvný tón. I přes počáteční odpor aktivisté vytrvale zdůrazňovali význam souhlasného vyjádření, zejména

²⁴⁵ Vláda schválila redefinici trestného činu znásilnění - Ministerstvo spravedlnosti České republiky - Portál justice. In: *Ministerstvo spravedlnosti České republiky* [online] [cit. 12.05.2024]. Dostupné z: <https://justice.cz/web/msp/tiskove-zpravy/-/clanek/vlada-projedna-navrh-redefinice-trestneho-cinu-znasilneni>

²⁴⁶ ŠUTA, Živa, Nina BERGLEZ a Miha ŠEPEC. “Yes means Yes”. Theoretical dilemmas and new definition of rape and sexual assault in Slovenian Criminal Law. *Problemy Prawa Karnego*. 2022, roč. 6, č. 1, s. 15. DOI: 10.31261/PPK.2022.06.01.06

²⁴⁷ Vláda schválila redefinici trestného činu znásilnění - Ministerstvo spravedlnosti České republiky - Portál justice.

v případech sexuálního napadení. Postupem času se definice afirmativního souhlasu na Antioch College prosadila a podobné zásady přijaly univerzity po celém USA.²⁴⁸

Situaci kolem problematického výběru mezi různými modely dobře zdokumentovala zmíněná publikace trestněprávních vědců ze Slovinska, kteří popisují průběh novelizace trestného činu znásilnění na Slovinsku a úskalí, která se s každým přístupem pojí. Na Slovinsku totiž zákonodárce opustil předchozí model donucení a původně prosazoval model veta ("ne znamená ne"), ale později byl kvůli nesouhlasu nevládních organizací přijat model afirmativního souhlasu ("ano znamená ano") ve zkráceném řízení. Říkají, že Slovinsko může být příkladem pro ostatní země, kde existuje politický tlak na přijetí nového přístupu k sexuálním trestným činům v trestním právu bez předchozí a řádné právní diskuse a analýzy.

Autoři studie se snaží srovnat tři rozdílné přístupy k trestnému činu znásilnění. Model donucení a dva modely, založené na souhlasu: model „ne znamená ne“ (model veta) a model „ano znamená ano“ (model nadšeného souhlasu). Model donucení říká, že jakmile je při pohlavním styku bez předchozího souhlasu jiné osoby přítomen nátlak nebo donucení, dochází ke spáchání trestného činu. Výhodou tohoto modelu je, že i na oběti, které nekladou aktivní odpor, se vztahuje trestněprávní ochrana.²⁴⁹ Tato výhoda dle studie vyplývá i z judikatury ESLP, který konstatoval, že požadovat fyzický odpor oběti při znásilnění by mohlo některé případy nechat nepostížené a ohrozit tak ochranu sexuální svobody.²⁵⁰

Hlavní výhodou modelu donucení, jak píší autoři studie *"Ano znamená ano": Teoretická dilemata a nová definice znásilnění a sexuálního napadení ve slovinském trestním právu*, je, že Slovinský trestní zákoník v rámci modelu donucení přesně stanoví všechny zákonné znaky, které musí být naplněny pro subsumpci skutku pod trestný čin znásilnění a sexuálního násilí. Díky tomu je pro pachatele i pro oběť zajištěna právní jistota. Nevýhodou pak je omezenost tohoto modelu na stereotypní „pravé znásilnění“.

²⁴⁸ METTLER, Katie. Analysis | 'No means no' to 'yes means yes': How our language around sexual consent has changed. *Washington Post* [online]. 2021 [cit. 13.05.2024]. Dostupné z: <https://www.washingtonpost.com/news/soloish/wp/2018/02/15/no-means-no-to-yes-means-yes-how-our-language-around-sexual-consent-has-changed/>

²⁴⁹ ŠUTA, Živa, Nina BERGLEZ a Miha ŠEPEC. *"Yes means Yes". Theoretical dilemmas and new definition of rape and sexual assault in Slovenian Criminal Law*, s. 8.

²⁵⁰ Ibid.

Navíc očekávat od oběti aktivní odpor je vnímáno jako nespravedlivé, protože to vystavuje oběť možné mnohem nebezpečnější reakci od pachatele.²⁵¹

Pokud jde o model „ano znamená ano“, existuje několik variant, které však podstatně mění jeho význam. Může se lišit formou souhlasu, rozsahem, osobou, která nese důkazní břemeno nebo formulací, která chrání spíše jedno pohlaví.²⁵²

Jako první výhodu modelu „ano znamená ano“ považují ve studii to, že lépe chrání oběť. Na analogii s krádeží vysvětlují, že ukrást něco je trestné, bez ohledu na to, jestli oběť řekla „ne“. Pokud bychom tedy použili algoritmus, kterým se řídí model „ne znamená ne“ na krádež, zůstal by pachatel bez potrestání.²⁵³ Potíž vidím v tom, že u osobního vlastnictví se předpokládá, že si ho vlastník chce ponechat, kdežto u sexuálního styku to není tak jednoznačné.

Další výhodou modelu nadšeného souhlasu je to, že chrání i ty, kteří z důvodu vysokého psychického stresu zkrátka nemohli reagovat, a tudíž nemohli ani dát najevo nesouhlas. „*Ve studii, provedené na psychiatrických pacientech, kteří měli v anamnéze sexuální zneužívání v dětství, až 52 % účastníků uvedlo, že během útoku zažili tonickou nehybnost. Oběti popisují strach, otupělost, nekontrolovaný třes, zavírání očí a disociaci, pocity uvěznění a beznaděje.*“²⁵⁴ Z těchto důvodů tak podle mě neobstojí argument Tatjany Hörnle, která říká, že „*se nezdá být nepřiměřené požadovat vyjádření nesouhlasu při konfrontaci se sexuálními návrhy jiné osoby*“.²⁵⁵

Jako hlavní nevýhodu autoři uvádí, že standard souhlasu je příliš neurčitý. Říkají, že ani po kladné odpovědi na otázku „Je toto v pořádku?“ nemůžeme s určitostí říct, k čemu přesně se to vztahuje. Ještě zmatenější pak je standard při neverbálním vyjádření takového souhlasu. Taková nejasnost pak navíc přináší možnost falešných obvinění. Ta jsou sice přítomná při jakémkoliv modelu, ale při „širší definici znásilnění se více osob považuje za oběti“, a tak je tento problém mnohem naléhavější. Dále existují i názory, že tento model nespravedlivě přesouvá důkazní břemeno na obviněného, který musí prokázat, že měl souhlas. To narušuje presumpci neviny a popírá procesní férovost obviněných. Vzhledem k tomu, že při sexuálních střetech často chybí svědci nebo důkazy nad rámec samotného aktu, nedokáže tento model účinně řešit spory o získání

²⁵¹ Ibid., s. 10.

²⁵² Ibid., s. 17.

²⁵³ Ibid., s. 20.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ HÖRNLE, Tatjana. *One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles?*, s. 218.

souhlasu.²⁵⁶ Tento problém však uspokojivě neřeší žádný model. Zajištění podstatných faktů je úkolem orgánů činných v trestním řízení.

Slovenský trestní zákoník s novelou trestného činu znásilnění přijal i novou definici souhlasu: *“osoby souhlasí, pokud souhlasí s pohlavním stykem nebo s ním srovnatelným sexuálním jednáním svou navenek vnímatelnou, nepochybnou a svobodnou vůlí a jsou schopny takové rozhodnutí přijmout”*. Takovou definici považují slovinští trestněprávní vědci jako příliš neurčitou a konstatují, že konkrétnější hranice bude muset vymezit až soud. Do té doby musí jednotlivci vstupovat do sexuálních vztahů, „aniž by si byli jisti, kdy jejich jednání bude představovat trestný čin a kdy ne.“²⁵⁷ Osobně mám za to, že osoba průměrného rozumu velmi dobře pozná, zda s někým provozuje sexuální styk konsensuálně či ne. Navíc ani nikoho nikdy neodradilo od sexu, když se druhá strana zeptala na dovolu. Právní jistota a přesná definice trestného činu jsou esenciální, ovšem panují obavy, že slovenská skutková podstata pro trestný čin znásilnění tyto principy zcela nenaplnuje.

Otázkou tedy je, který přístup lépe splňuje checklist.

Název principu	Pomocné podotázky	Odpověď
1. Princip nesprávnosti	a. Je jednání nesprávné?	✓
2. Zásada škody	e. Je jednání netriviálně škodlivé nebo zlé?	✓
	f. Způsobuje škodu na dlouhodobém zájmu, který má objektivní rozměr a ovlivňuje kvalitu života?	✓
3. Zásada veřejnosti	a. Představuje jednání veřejný delikt?	✓
	b. Spadá jednání do veřejné sféry občanského řádu?	✓
4. Princip efektivní a proporcionální regulace	a. Není znění zákona rozsáhlejší, než je nutné k dosažení cíle?	✓
	b. Je kriminalizace nejúčinnějším řešením?	✓
	i. Je kriminalizace ten správný nástroj?	✓
	c. Nezpůsobí kriminalizace větší škodu než užitek?	✓
	i. Jaké bude mít kriminalizace sociální dopady?	
	ii. Podporuje kriminalizace blahobyt společnosti?	
	d. Je znění jasné a srozumitelné?	✓X

Znásilnění představuje jednu z nejtěžších forem násilí, která závažně zasahuje do osobní integrity a autonomie jednotlivce. Jako takové je i běžným rozumem

²⁵⁶ ŠUTA, Živa, Nina BERGLEZ a Miha ŠEPEC. *“Yes means Yes”*. *Theoretical dilemmas and new definition of rape and sexual assault in Slovenian Criminal Law*, s. 23.

²⁵⁷ *Ibid.*, s. 27.

poznatelné, že má být kriminalizováno. Hlavní problém spatřuji v tom, že u obou konceptů je riziko nedostatečné určitosti, a tím spíše bude složité představit nový přístup, tak aby měl adekvátní vliv na chování společnosti.

Skutkové podstaty trestných činů musí splňovat přísná kritéria právní jistoty. Domnívám se však, že přístup "ano znamená ano" poskytuje větší jasnost a jistotu ve srovnání se standardem "ne znamená ne".

Přístup "ne znamená ne" se spoléhá na to, že absence jasného odmítnutí znamená souhlas. To však může vést k nejednoznačnosti a různým výkladům, zejména v situacích, kdy nedochází k výslovnému verbálnímu sdělení nebo kdy jsou neverbální náznaky nejasné či nesprávně interpretované. Bude těžké prokázat, že například „obranný postoj“ byl vskutku obranný.

Jako mnohem jednodušší a srozumitelnější se mi jeví práh, který nastavuje model „ano znamená ano“. Buď zkrátka byl souhlas udělen nebo nebyl. Takový přístup se mi jeví jako mnohem přímočařejšího než implicitně vyjádřený nesouhlas. Aktivní souhlas, projevený ať už verbálními nebo neverbálními prostředky (např. nadšenou řečí těla), poskytuje jasnější právní pojem a snižuje možnost nedorozumění nebo rozdílného výkladu souhlasu. Může to být přínosné i v soudním dokazování díky objektivnějšímu a rozpoznatelnějšímu standardu, i když i souhlas má svá rozsáhlá úskalí.

S tímto však nesouhlasí Tatjana Hörnle. Píše, že pokud dojde k nejednoznačné situaci, kdy jedna strana zkrátka nebude vyjadřovat souhlas ani nesouhlas se sexuálním stykem, za modelu „ano znamená ano“, může být osoba odsouzena za trestný čin znásilnění, jednoduše jen proto, že se položením otázky nezeptala na ujasnění situace. Hörnle píše, že takové odsouzení považuje za velmi přísné a že model „ne znamená ne“ požaduje od oběti pouze, aby jakkoli vyjádřila své ne, a to se jí nezdá jako příliš náročný požadavek, který je možné po oběti vyžadovat.²⁵⁸

Hörnle tak nabízí řešení Stuarta Greena, který v knize *Criminalizing sex* píše, že by bylo možné trestný čin znásilnění rozdělit na dva, každý se svou vlastní úrovní souhlasu. Těžší trestný čin s vyšší trestní sazbou by požadoval přímé nerespektování

²⁵⁸ HÖRNLE, Tatjana. 141The New German Law on Sexual Assault. In: *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*. Oxford University Press, 2023, s. 6.
DOI: 10.1093/oso/9780198863397.003.0008

odmítnutí sexuálního styku. Ten druhý, mírnější trestný čin by, kriminalizoval stav, kdy pachatel nezjišťoval postoj oběti, která nevyjádřila svůj postoj.²⁵⁹

Promyšlená a rozvinutá definice souhlasu je rozhodně zapotřebí, protože slovo souhlas je nejednoznačné.²⁶⁰ Španělsko, které používá model „ano znamená ano“ má legální definici souhlasu, která zní takto: "*souhlas je dán pouze tehdy, pokud byl projeven svobodně jednáním, které vzhledem k okolnostem úkonu jasně vyjadřuje vůli osoby*". Takovou definici Tatjana Hörnle považuje za jasnou.²⁶¹

Ve výsledku se mi tak z hlediska právní jistoty model „ano znamená ano“ jeví jako více v souladu s principem legality než model „ne znamená ne“. Aktivní souhlas poskytuje jasnější a jednoznačnější rámec pro právní posuzování a minimalizuje riziko různých interpretací a právní nejistoty. Tento model nejenže zajišťuje lepší ochranu obětí, ale také usnadňuje aplikovatelnost práva a přispívá k předvídatelnosti soudních rozhodnutí.

²⁵⁹ HÖRNLE, Tatjana. Comparison of Sexual Assault Laws and Some Advice for Law Reform. In: *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*. Oxford University Press, 2023, s. 264. DOI: 10.1093/oso/9780198863397.003.0012

²⁶⁰ Ibid., s. 240.

²⁶¹ Ibid., s. 242.

ZÁVĚR

V rámci této diplomové práce jsem se věnoval problematice kriminalizace a principům, které by měly směřovat rozhodování, zda má být určité jednání kriminalizováno. V první části jsem se zaměřil na definici kriminalizace a zmínil jsem i etické a společenské aspekty kriminalizace, a dále jsem pak popsal i důvody, kvůli kterým je dobře, že takový nástroj, jako je trestní právo, máme.

Analýza zahraniční teoretické literatury mě přivedla k přístupům významných autorů, jako jsou Ashworth, Horder, Simester, Von Hirsch, Duff, Husak a Tatjana Hörnle. Tyto přístupy zahrnovaly klíčové principy kriminalizace, jako jsou zásada individuální autonomie, zásada blahobytu, škody, minimalismu, nesprávnosti a další. Vytvoření checklistu pro kriminalizaci na základě těchto principů poskytuje praktický návod pro posouzení vhodnosti postihování daného jednání trestním právem. Dále pak jsem checklist aplikoval na české prostředí prostřednictvím analýzy kontroverzních okruhů jednání, jako je neplacení výživného, hate speech, eutanázie a znásilnění. Podrobil jsem tato jednání svému checklistu a snažil jsem se odpovědět, zda si tato jednání trestní postih zasluhují.

Navržený checklist může působit jako účinný základní filtr pro jednání nevhodná ke kriminalizaci. Přestože je obecný a nabízí široký prostor pro interpretaci, může významně přispět k zastavení přijímání nových trestných činů, které jsou navrhovány pod vlivem emocí, rychlého rozhodování a bez dostatečné reflexe a oponentury. Tento checklist umožňuje objektivnější a důkladnější přístup k otázkám kriminalizace, čímž může zabránit přijímání zákonů, které nejsou dostatečně promyšlené a mohou mít nečekané negativní důsledky.

Obecně za sebe mohu zhodnotit, že v českém trestním právu jsou principy kriminalizace, stanovené v checklistu, uplatňovány dobře. Před přijímáním zákonů obecně probíhá erudovaná debata a politické strany si do svého programu neprosazují zpřísnování trestních sankcí. Jako největší nedostatek spatřuji to, že kriminalizace často není tím nejvhodnějším nástrojem pro potlačení nesprávného chování. Existují mnohá negativa, která se s kriminalizací pojí a o kterých jsem psal v kapitole 3.1.4 písm. d, kde jsem rozebral kontraproduktivnost, kterou kriminalizace u některých kategorií jednání přináší.

Velmi slibným přístupem, o kterém se domnívám, že by mohl významně posunout dopředu teorii kriminalizace, je myšlenka Tatjany Hörnle, která vyzdvihuje potřebu více různých teorií kriminalizace dle skupin chráněných objektů. Ona sama tuto teorii nechává pouze ve stádiu návrhu, a mám za to, že je to velmi vhodné k dalšímu prozkoumání a dopracování. Mám za to, že není možné vyvinout jediný univerzální princip, který by mohl odpovídat na všechny otázky kriminalizace, protože takový princip by byl příliš obecný a nebyl by schopen poskytovat konkrétní řešení pro specifické případy.

Dalším slibným tématem, které může také kriminalizaci posunout vpřed, je podrobení přezkumu trestných činů z hlediska ústavnosti, protože, jak tvrdí Hörnle: *„Ústavní soudy mají tendenci vyhýbat se prohlašování trestních zákazů za protiústavní, a proto nad obsahem trestních zákazů neprovádějí aktivní dohled. I když podobně jako německý Spolkový ústavní soud odvážně prohlašují, že trestní právo musí být uplatňováno šetrně jako ultima ratio nebo poslední možnost, nepromítá se to do úzce zaměřené kontroly trestního práva hmotného.“*²⁶²

Principy kriminalizace jsou velmi komplexní téma. V průběhu psaní diplomové práce jsem si uvědomoval, že každý jednotlivý princip by mohl být samostatným tématem. Existuje velké množství literatury, článků a myšlenek ke každému z hlavních principů, jejichž množství v této diplomové práci není možné obsáhnout. V průběhu psaní se navíc objevovaly další otázky, které by si zasloužily minimálně samostatnou kapitolu.

Celkově lze říci, že diplomová práce poskytuje komplexní pohled na problematiku kriminalizace. Kombinuje teoretické aspekty s jejich aplikací v českém právním prostředí. Navržený checklist představuje užitečný nástroj pro posouzení, zda je kriminalizace vhodná.

Nakonec mám ještě jedno přání, a to, abychom jako právníci psali lidštěji. Právníci často trpí profesní deformací, která se projevuje psaním ve zbytečně složitém právním žargonu.²⁶³ Tento styl psaní může být motivován touhou po přesném a stručném vyjádření, ale paradoxně tím dochází k odcizení práva od běžných lidí. Proto by měly být (nejen) skutkové podstaty trestných činů formulovány tak, aby byly co nejjasnější

²⁶² HÖRNLE, Tatjana. *Theories of Criminalization* [online]. Rochester, NY, 2013 [cit. 12.03.2024]. Dostupné z: <https://papers.ssrn.com/abstract=2999803>

²⁶³ ROSŮLKOVÁ, Jana. Právníkům už nerozumí ani právníci. In: . 11. 10. 2019 [cit. 18.11.2023]. Dostupné z: <https://pravniciradce.ekonom.cz/c1-66655570-pravnikum-uz-nerozumi-ani-pravnici>

a nejsrozumitelnější pro širokou veřejnost. Tento přístup nejen že podporuje princip právního státu, ale zároveň zajišťuje, že s osobami je zacházeno v souladu se známým právem, nikoli podle libovůle státních úředníků.²⁶⁴ Jak píše Simester a von Hirsch: „*Trestní právo tu není pouze proto, aby policii a soudcům říkalo, co mají dělat poté, co někdo spáchá trestný čin, ale také proto, aby občanům předem říkalo, co dělat nemají.*“²⁶⁵

Anglické termíny jsem se snažil přeložit podle svého nejlepšího vědomí a svědomí tak, aby vystihovaly původní myšlenku autora.

²⁶⁴ SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs*. s. 199

²⁶⁵ *Ibid.* s. 199

SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ

APEL, Robert a Daniel S. NAGIN. General Deterrence. In: *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*. Oxford University Press, 2011. ISBN 978-0-19-539508-2. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780195395082.013.0007

ASHWORTH, Andrew a Jeremy HORDER. *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press, 2013. ISBN 978-0-19-967268-4. DOI: 10.1093/he/9780199672684.001.0001

BANKS, Cyndi. *Criminal justice ethics: theory and practice*. Fifth edition. vyd. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, Inc., 2020. ISBN 978-1-5443-5360-9.

BARENDT, Eric. What Is the Harm of Hate Speech? *Ethical Theory and Moral Practice*. 2019, roč. 22, č. 3, s. 539–553. ISSN 1572-8447. DOI: 10.1007/s10677-019-10002-0

BISKUP, Patrik. Napadení Ukrajinek v Plasích: Žalobkyně chce pro útočnicka podmínku - Novinky. In: [cit. 11.12.2023]. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/clanek/krimi-napadeni-ukrajinek-v-plasich-zalobkyně-chce-pro-utočnicka-podminku-40453104>

BLACK, J. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a „Post-Regulatory" World. *Current Legal Problems*. 2001, roč. 54, č. 1, s. 103–146. ISSN 0070-1998, 2044-8422. DOI: 10.1093/clp/54.1.103

BLACKSTONE, William a Wayne MORRISON. *Blackstone's commentaries on the laws of England in four volumes*. London: Cavendish, 2001. ISBN 1-85941-482-6.

BROOKS, David. Hranice osobního rozhodnutí. In: *Týdeník Respekt* [online] [cit. 16.12.2023]. Dostupné z: <https://www.respekt.cz/tydenik/2023/23/hranice-osobniho-rozhodnuti>

CARLSEN, Audrey a Fahima HAQUE. What Does Facebook Consider Hate Speech? Take Our Quiz. *The New York Times* [online]. 2017 [cit. 11.12.2023]. ISSN 0362-4331. Dostupné z: <https://www.nytimes.com/interactive/2017/10/13/technology/facebook-hate-speech-quiz.html>, <https://www.nytimes.com/interactive/2017/10/13/technology/facebook-hate-speech-quiz.html>

COELHO, Ramona et al. The realities of Medical Assistance in Dying in Canada. *Palliative and Supportive Care* [Cambridge Core]. Cambridge University Press, 2023, roč. 21, č. 5, s. 871–878. ISSN 1478-9515. DOI: 10.1017/S1478951523001025

DUBBER, Markus D., Tatjana HÖRNLE a Tatjana HÖRNLE. Theories of Criminalization. In: DUBBER, Markus D. a Tatjana HÖRNLE, eds. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, 2014. ISBN 978-0-19-967359-9. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199673599.013.0030

DUFF, R A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford University Press, 2018. ISBN 978-0-19-957019-5.

FEINBERG, J. *Offense to Others* [online]. Oxford University Press, 1988. Moral Limits of the Criminal Law. ISBN 978-0-19-802054-7. Dostupné z: https://books.google.cz/books?id=_4O3uhyZi4gC

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law. 4: Harmless wrongdoing*. New York: Oxford Univ. Pr, 1990. ISBN 978-0-19-504253-5.

FRANKL, Viktor Emil, Josef HERMACH a Bohumila KUČEROVÁ. *A přesto říci životu ano : psycholog prožívá koncentrační tábor*. 5. vydání (dotisk ? 2021). vyd. V Praze: Karmelitánské nakladatelství, 2018. Osudy ; svazek 21. ISBN 978-80-7566-022-0.

GNEEZY, Uri a Aldo RUSTICHINI. A Fine is a Price. *The Journal of Legal Studies*. 2000, roč. 29, č. 1, s. 1–17. ISSN 0047-2530, 1537-5366. DOI: 10.1086/468061

HALL, M, F TRACHTENBERG a E DUGAN. The impact on patient trust of legalising physician aid in dying. *Journal of Medical Ethics*. 2005, roč. 31, č. 12, s. 693–697. ISSN 0306-6800, 1473-4257. DOI: 10.1136/jme.2004.011452

HARRIS, Sam. *Free will*. 1st Free Press trade paperback. ed. vyd. New York: Free Press, 2012. ISBN 978-1-4516-8340-0.

HORDER, Jeremy a Andrew ASHWORTH. *Ashworth's principles of criminal law*. Tenth edition. vyd. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2022. ISBN 978-0-19-289738-1.

HÖRNLE, Tatjana. 141The New German Law on Sexual Assault. In: *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*. Oxford University Press, 2023. ISBN 978-0-19-886339-7. DOI: 10.1093/oso/9780198863397.003.0008

HÖRNLE, Tatjana. Comparison of Sexual Assault Laws and Some Advice for Law Reform. In: *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*. Oxford University Press, 2023. ISBN 978-0-19-886339-7. DOI: 10.1093/oso/9780198863397.003.0012

HÖRNLE, Tatjana. One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles? *Law, Ethics and Philosophy*. 2019, s. 208–220. ISSN 2341-1465. DOI: 10.31009/LEAP.2019.V7.12

HÖRNLE, Tatjana. *Theories of Criminalization* [online]. Rochester, NY, 2013 [cit. 12.03.2024]. Dostupné z: <https://papers.ssrn.com/abstract=2999803>

HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2008. ISBN 978-0-19-532871-4.

HUSAK, Douglas N. The Price of Criminal Law Skepticism: Ten Functions of the Criminal Law. *SSRN Electronic Journal*. 2020. ISSN 1556-5068. DOI: 10.2139/ssrn.3656248

CHALMERS, James. *A P Semester and Andreas von Hirsch, CRIMES, HARMS, AND WRONGS: ON THE PRINCIPLES OF CRIMINALISATION* Oxford: Hart Publishing (www.hartpub.com), 2011. xix + 237 pp. ISBN 9781841139401. £45. *Edinburgh Law Review*. Edinburgh University Press, 2013, roč. 17, č. 2, s. 279–280. ISSN 1364-9809. DOI: 10.3366/elr.2013.0166

JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio). *Ohio State Journal of Criminal Law*. Department of Law, 2005, s. 521–534.

JELÍNEK, Jiří. *Kriminologie*. Vydání první. vyd. Praha: Leges, 2021. Teoretik. ISBN 978-80-7502-499-2.

JO-ANNA. *What's the Difference Between an Infraction, Misdemeanor, and Felony?* [online]. 2018 [cit. 04.06.2024]. Dostupné z: <https://thenieveslawfirm.com/different-types-of-charges/>

KAISER, Günther. *Kriminologie: úvod do základů*. 1. vyd. vyd. Praha: Beck, 1994. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7179-002-0.

KUNDRA, Ondřej a Ivana SVOBODOVÁ. Vaše slova mohla vést k akci. Deset a šest měsíců vězení za výzvu k útokům na Ukrajince. In: *Týdeník Respekt* [online] [cit. 11.12.2023]. Dostupné z: <https://www.respekt.cz/kontext/vase-slova-mohla-vest-k-akci-deset-a-sest-mesicu-vezeni-za-vyzvu-k-utokum-na-ukrajince>

METTLER, Katie. Analysis | ‘No means no’ to ‘yes means yes’: How our language around sexual consent has changed. *Washington Post* [online]. 2021 [cit. 13.05.2024]. ISSN 0190-8286. Dostupné z: <https://www.washingtonpost.com/news/soloish/wp/2018/02/15/no-means-no-to-yes-means-yes-how-our-language-around-sexual-consent-has-changed/>

MICHALOWSKI, Raymond J. *Order, law, and crime: an introd. to criminology*. 1. ed. vyd. New York: Random House, 1985. ISBN 978-0-394-33431-8.

MILL, John Stuart. *On liberty*. New York, N.Y.: Cambridge University Press, 2012. ISBN 978-1-139-14978-5.

MULLALLY, Paul. Professor Andreas von Hirsch. In: . 4. 1. 2018 [cit. 05.06.2024]. Dostupné z: <https://www.crim.cam.ac.uk/People/professor-andreas-von-hirsch>

MUNRO, Vanessa E. Review: *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, by Douglas Husak. *New Criminal Law Review*. 2009, roč. 12, č. 2, s. 323–326. ISSN 1933-4192, 1933-4206. DOI: 10.1525/nclr.2009.12.2.323

RACHELS, James. Active and Passive Euthanasia. In: HUMBER, James M. a Robert F. ALMEDER, eds. *Biomedical Ethics and the Law*. Boston, MA: Springer US, 1979, s. 511–516. ISBN 978-1-4615-6561-1. DOI: 10.1007/978-1-4615-6561-1_33

ROBINSON, P.H. a S.M. ROBINSON. *Shadow Vigilantes: How Distrust in the Justice System Breeds a New Kind of Lawlessness* [online]. Prometheus Books, 2018.

ISBN 978-1-63388-432-8. Dostupné
z: <https://books.google.cz/books?id=6awpDwAAQBAJ>

ROSŮLKOVÁ, Jana. Právníkům už nerozumí ani právníci. In: . 11. 10. 2019
[cit. 18.11.2023]. Dostupné z: <https://pravniceradce.ekonom.cz/c1-66655570-pravnikum-uz-nerozumi-ani-pravnici>

SCIENCE, London School of Economics and Political. Jeremy Horder. In: *London School of Economics and Political Science* [online] [cit. 05.06.2024]. Dostupné
z: <https://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/jeremy-horder/home.aspx>

SIMESTER, A. P. a Andrew VON HIRSCH. *Crimes, harms, and wrongs: on the principles of criminalisation*. Oxford ; Portland, Or: Hart Pub, 2011. ISBN 978-1-84113-940-1.

ŠTĚPÁNKOVÁ, Lenka. Za neplacení alimentů nejvýš rok vězení. Tresty prý nemají efekt a věznice jsou plné dlužníků | Domov. In: *Lidovky.cz* [online]. 10. 9. 2023 [cit. 07.12.2023]. Dostupné z: https://www.lidovky.cz/domov/alimenty-penize-vezeni-deti-veznice-ministerstvo-trest.A230908_151828_in_domov_rkj?h=2A6DBAE241CB95BEE716A31B462DB931

ŠUTA, Živa, Nina BERGLEZ a Miha ŠEPEC. “Yes means Yes”. Theoretical dilemmas and new definition of rape and sexual assault in Slovenian Criminal Law. *Problemy Prava Karnego*. 2022, roč. 6, č. 1, s. 1–56. ISSN 2353-9712, 0208-5577.
DOI: 10.31261/PPK.2022.06.01.06

TOMÁŠEK, Michal. *Překlad v právní praxi*. 1. vyd. vyd. Praha: Linde Praha, 1998. ISBN 978-80-7201-125-4.

VOKURKOVÁ, Iva a Marta PILAŘOVÁ. Ministerstvo chce zmírnit tresty za neplacení výživného. Vězení až na tři roky prý není řešení. In: *iROZHLAS* [online]. 18. 8. 2023 [cit. 11.12.2023]. Dostupné z: https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/vyzivne-alimenty-vezeni-zmena-pravidel-ministerstvo_2308180928_ako

Andrew SIMESTER [online] [cit. 05.06.2024]. Dostupné
z: <https://law.nus.edu.sg/people/a-p-simester/>

Kanadský soud povolil eutanazii - Novinky. In: [cit. 16.12.2023]. Dostupné
z: <https://www.novinky.cz/clanek/zahranicni-amerika-kanadsky-soud-povolil-eutanazii-275070>

Penal Populism - ECPS [online] [cit. 03.03.2024]. Dostupné
z: <https://www.populismstudies.org/Vocabulary/penal-populism/>

Vláda schválila redefinici trestného činu znásilnění - Ministerstvo spravedlnosti České republiky - Portál justice. In: *Ministerstvo spravedlnosti České republiky* [online] [cit. 12.05.2024]. Dostupné z: <https://justice.cz/web/msp/tiskove-zpravy/-/clanek/vlada-projedna-navrh-redefinice-trestneho-cinu-znasilneni>

Principy kriminalizace: Která kritéria bychom měli zvážit při rozhodování, zda kriminalizovat určitá jednání?

Abstrakt

Tato diplomová práce se zabývá problematikou kriminalizace a principy, které by měly směřovat rozhodování o tom, zda má být určité jednání kriminalizováno. První část práce definuje kriminalizaci a zkoumá její etické a společenské aspekty, a zároveň s tím zdůrazňuje důvody existence trestního práva.

Analýza zahraniční teoretické literatury přináší pohledy významných autorů, jako jsou Ashworth, Horder, Simester, Von Hirsch, Duff, Husak, Hörnle a další, a jejich klíčové principy kriminalizace, včetně zásady škody, zásady nesprávnosti, zásady individuální autonomie, zásady blahobytu a zásady minimalismu. Z této analýzy vychází vytvoření checklistu pro kriminalizaci, který poskytuje praktický návod pro posouzení vhodnosti trestního postihu daného jednání.

Při vytváření checklistu jsem se snažil identifikovat společné body odborníků, a ty zahrnout do svého checklistu. Jsou v něm uplatněny jen nejzákladnější principy, na kterých se shodne významná část právních teoretiků. V diplomové práci přitom pracuji i s názorem, že není možné vyvinout jediný univerzální princip, který by mohl odpovídat na všechny otázky kriminalizace, protože takový princip by byl příliš obecný a nebyl by schopen poskytnout konkrétní řešení pro celou šíři možných jednání.

Výsledky této práce konstatují, že v českém trestním právu jsou principy kriminalizace uplatňovány dobře, kritizují však příliš obecné znění skutkových podstat trestných činů. Práce navrhuje další zkoumání témat, jako je potřeba více teorií kriminalizace dle skupin chráněných objektů a přezkum trestných činů z hlediska ústavnosti.

Celkově lze konstatovat, že diplomová práce poskytuje komplexní pohled na problematiku kriminalizace a kombinuje teoretické aspekty s jejich aplikací v českém právním prostředí. Navržený checklist představuje užitečný nástroj pro posuzování, zda je kriminalizace vhodná.

Klíčová slova: [principy, kriminalizace, zásady]

Principles of criminalization: what criteria should we consider when deciding if certain actions should be criminalized?

Abstract

This thesis addresses the issue of criminalization and the principles that should guide the decision on whether to criminalize certain conduct. The first part of the thesis defines criminalization and examines its ethical and social aspects, while highlighting the reasons for the existence of criminal law.

An analysis of the foreign theoretical literature provides the perspectives of prominent authors such as Ashworth, Horder, Simester, Von Hirsch, Duff, Husak, Hörnle and others, and their key principles of criminalization, including the harm principle, the wrongfulness principle, the individual autonomy principle, the welfare principle and the minimalism principle. From this analysis comes the development of a checklist for criminalization that provides practical guidance for assessing the appropriateness of punishing a given act.

In creating the checklist, I have tried to identify common points of experts, and include these in my checklist. It applies only the most basic principles on which a significant number of legal theorists agree. At the same time, in my thesis, I also work with the view that it is not possible to develop a single universal principle that could answer all questions of criminalization, because such a principle would be too general and would not be able to provide specific solutions for the whole range of possible actions.

The results of this thesis conclude that the principles of criminalisation are well applied in Czech criminal law, but the criticism is that the wording of the facts of criminal offences is too general. The thesis proposes further exploration of topics such as the need for more theories of criminalisation according to groups of protected objects and the review of criminal offences from the perspective of constitutionality.

Overall, the thesis provides a comprehensive view of the issue of criminalisation and combines theoretical aspects with their application in the Czech legal environment. The proposed checklist is a useful tool for assessing whether criminalisation is appropriate.

Keywords: [principles, criminalization, policies]