



UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA
KATEDRA TRESTNÍHO PRÁVA
nám. Curieových 7, 116 40 Praha 1
tel.: ++420 2 21005507
mail: jelinek@prf.cuni.cz

Prof. JUDr. Jiří Jelínek, CSc.
vedoucí katedry

Prof. PhDr. Petr Weiss, Ph.D., DSc.

Národní ústav duševního zdraví
Topolová 748
250 67 Klecany

Věc: Vyjádření k žádosti Národního ústavu duševního zdraví – posouzení problematiky výroby stimulů pro základní výzkum pedofilních preferencí.

Národnímu ústavu duševního zdraví (dále jen „NDZ“) byl GA ČR přidělen grant na základní výzkum parafilních preferencí, v jehož rámci je zapotřebí vyrobit standardizované stimuly zahrnující dětské objekty (animované nebo popisované). NDZ vychází z toho, že v rámci českého trestního práva není přípustná výroba jakékoliv formy materiálu, který by mohl být posouzen jako dětská pornografie.

NDZ klade otázku, jaká by byla za daného stavu právní úpravy v ČR „právní rizika“ realizace grantu a jak by tato rizika bylo možné řešit.

NDZ se obrátil na děkana Právnické fakulty UK profesora JUDr. Jana Kuklíka, DrSc, se žádostí o zpracování odborného vyjádření k této problematice a k možnostem realizace grantu. Ve své žádosti NDZ vyjádřil také přání, aby zpracování tohoto odborného vyjádření bylo svěřeno vedoucímu katedry trestního práva prof. JUDr. Jiřímu Jelínkovi, CSc.

Po prostudování poskytnutých materiálů a konzultacích s kolegy na katedře trestního práva Právnické fakulty UK proto podávám následující **vyjádření**:

Předpokládám, že NDZ pod „právními riziky“ rozumí zejména riziko trestního stíhání svých pracovníků pro trestný čin výroby a jiného nakládání s dětskou pornografií podle § 192 trestního zákoníku, jehož znění uvádím níže:

§ 192

Výroba a jiné nakládání s dětskou pornografií

(1) Kdo přechovává fotografické, filmové, počítačové, elektronické nebo jiné pornografické dílo, které zobrazuje nebo jinak využívá dítě nebo osobu, jež se jeví být dítětem, bude potrestán odnětím svobody až na dva roky.

(2) Stejně bude potrestán ten, kdo prostřednictvím informační nebo komunikační technologie získá přístup k dětské pornografii.

(3) Kdo vyrobí, doveze, vyveze, proveze, nabídne, činí veřejně přístupným, zprostředkuje, uvede do oběhu, prodá nebo jinak jinému opatří fotografické, filmové, počítačové, elektronické nebo jiné pornografické dílo, které zobrazuje nebo jinak využívá dítě nebo osobu, jež se jeví být dítětem, anebo kdo kořistí z takového pornografického díla, bude potrestán odnětím svobody na šest měsíců až tři léta, zákazem činnosti nebo propadnutím věci.

(4) Odnětím svobody na dvě léta až šest let nebo propadnutím majetku bude pachatel potrestán, spáchá-li čin uvedený v odstavci 3

a) jako člen organizované skupiny,

b) tiskem, filmem, rozhlasem, televizí, veřejně přístupnou počítačovou sítí nebo jiným obdobně účinným způsobem, nebo

c) v úmyslu získat pro sebe nebo pro jiného značný prospěch.

(5) Odnětím svobody na tři léta až osm let nebo propadnutím majetku bude pachatel potrestán, spáchá-li čin uvedený v odstavci 3

a) jako člen organizované skupiny působící ve více státech, nebo

b) v úmyslu získat pro sebe nebo pro jiného prospěch velkého rozsahu.

Pachatelem tohoto trestného činu může být nejen osoba fyzická, ale i osoba právnická (srov. § 7 zák. o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim).

Z mezinárodních závazků plyne pro Českou republiku požadavek postihovat výrobu dětské pornografie a jiné nakládání s ní (srov. zejména Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2011/92/EU ze dne 13. 12. 2011 o boji proti pohlavnímu zneužívání a ohlavnímu vykořisťování dětí a proti dětské pornografii).

Jak je z uvedeného textu české právní úpravy patrné, jedná se (v ustanovení § 192 odst. 1 tr. zák.) o velmi široce pojatou alternativní skutkovou podstatu (předpokládající různé navzájem nezávislé varianty jednání pachatele), která je podle mého názoru na samé hranici, pokud jde o dodržení zásady *nullum crimen sine lege certa* (požadavek určitosti trestněprávní normy). Objektívni stránka tohoto trestného činu je naplněna jak v případě výroby, tak i dovozu takového díla, zprostředkování nebo i jakémkoliv opatření jinému tzv. dětské pornografii; výrobou se rozumí úplné vytvoření díla, dovozem se rozumí jeho přemístění ze zahraničí do České republiky, postihováno i je i jinaké opatření díla, než je jeho prodej, tzn. např. jeho bezúplatné předání, poskytnutí kopie apod.

Kritika stávající právní úpravy není smyslem tohoto vyjádření; mám však za to, že „kaučukový“ vágní ráz trestněprávní dispozice by měl vést spíše k restriktivnímu výkladu, který nepovede k přepínání trestní represe. To se týká především použití generální klauzule, která rozšiřuje trestnost také na výrobu „jiného“ (tedy v zásadě jakéhokoli) pornografického díla a na případy, kdy jde o zobrazení nebo „jiné využívání“ osob, jež se toliko „jeví být dítětem“.

Je nesporné, že zobrazeným dítětem se zde rozumí každá osoba mladší osmnácti let (§ 126 tr. zák.), bez ohledu na stupeň jejího fyzického vývoje/pohlavní vyspělosti. Složitější je výklad dle zákona o „osobě, jež se jeví být dítětem“ - tu lze opět rozlišovat situace podle toho, o jaký typ pornografie se jedná. V případě fotografického či filmového zachycení skutečných osob fakticky starších 18 let v nauce převládá názor, že by tyto osoby měly vykazovat jednoznačnou podobnost s dítětem – tzn., že vzhled dané osoby (posuzován v kontextu celého díla) by většinu pozorovatelů skutečně zmátl, takže by tuto osobu omylem považovali za dítě (srov. Jelínek, J. et al.: Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část. 4. Vydání, Praha: Leges, 2014, str. 620).

Považuji v těchto případech předstíraného dětského objektu za problematické, má-li se podobností s dítětem rozumět každé věrohodné předstírání, že osoba je mladší 18 let (např. nepravdivé tvrzení ženy starší 18 let, že je jí teprve 17 let). Některá soudní rozhodnutí by tomuto extenzivnímu výkladu nasvědčovala (viz např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12. 9. 2012, sp. zn. 8 Tdo 1002/2012, v systému ASPI publikované pod č. JUD223864CZ). Nabízí se ovšem i teleologický výklad, který by tu „dítětem“ rozuměl jen osoby zjevně fyzicky nedospělé nebo mladší 15 let.

Pro posouzení otázky NDZ je tento problém relevantní jen nepřímo, ve vztahu k tzv. fantazijní, virtuální, kreslené či animované pornografii, případě ve vztahu k otázce audionahrávek. Vede totiž k základní otázce po povaze objektu (chráněného zájmu) trestného

činu podle § 192 tr. zák. Toto ustanovení totiž implementuje závazný právní nástroj evropského práva, konkrétně směrnici Evropského parlamentu a Rady EU č. 2011/93/EU ze dne 13. 12. 2011, kde je řeč o „realistických obrázcích dítěte“ [čl. 2 písm. c/ bod iv]. Česká nauka se v ojedinělých glosách kloní k názoru, že dané ustanovení postihuje i výrobu a distribuci děl virtuálních a fantazijních, jež nezachycují reálně existující dítě [srov. Herczeg, J.: Virtuální dětská pornografie. Zločin bez oběti? In Vanduchová, V., Grívna T. (eds.). Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám, Praha: ASPI 2008, str. 42; Grívna, T.: Trestné činy proti lidské důstojnosti v sexuální oblasti. In Jelínek, J. O novém trestním zákoníku, Praha: Leges, 2009, str. 93]. Vychází z toho, že primárním objektem trestných činů dle § 191, 192 tr. zák. je zájem na ochraně veřejné mravnosti a morálních hodnot spočívajících v odsuzování dětské pornografie, zatímco ochrana dětí před pohlavním zneužíváním je bezprostředně zajišťována jinými ustanoveními (srov. následující trestný čin dle § 193 tr. zák., případně trestný čin dle § 187 tr. zák.).

Takto vymezený objekt – ochrana veřejné mravnosti – má podle mého názoru zásadní význam, pokud jde o otázku položenou NDZ. Lze mít za to, že za účinnosti starého trestního zákona (140/1961 Sb., dále jen „tr. zák.“) by vytváření fantazijní, animované atd. dětské pornografie pro účely vymezené grantem a pod kontrolou vědecko-výzkumné instituce před zneužitím odporovalo samotné definici trestného činu dle § 3 odst. 1 tr. zák., neboť by se navzdory naplnění „znaků uvedených v zákoně“ nejednalo o čin pro společnost nebezpečný, ale naopak o činnost společensky prospěšnou (výzkum s cílem zlepšit diagnostiku a terapii sexuálních deviací). Od okamžiku účinnosti trestního zákoníku z roku 2009 je ovšem české trestní právo založeno na formálním pojetí trestného činu, podle něž je trestným činem „protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v zákoně“ (§ 13 odst. 1 tr. zák. z roku 2009).

Toto pojetí nabízí dle mého názoru tři základní řešení, jak vyloučit trestní stíhání v případech výroby stimulů pro účely popsané v žádosti NDZ:

Za prvé konstatovat, že v daném případě chybí znak tohoto trestného činu, a to objekt trestného činu, neboli chráněný zájem. Objektem trestného činu podle § 192 tr. zák. je zájem na ochraně mravního vývoje dětí a ochraně před jejich sexuálním zneužíváním. Je proto otázkou, nakolik bude takový objekt narušen, bude-li taková dětská pornografie vyráběna nebo jinak opatrována či s ní bude nakládáno jiným způsobem, který zákonodárce považuje za primárně protiprávní a trestný, ryze z důvodů diagnostických, léčebných, terapeutických, tedy v rámci výkonu lékařské praxe, která jinak bude prováděna *lege artis*. Naplnění znaků objektivní stránky skutkové podstaty trestného činu je jen ukazatelem, že by mohlo jít o

trestný čin, k naplnění znaků trestného činu je třeba naplnit veškeré znaky skutkové podstaty daného trestného činu, tedy i porušit či ohrozit trestním právem chráněný zájem, kterým je v tomto případě ochrana mravního vývoje (skutečných, reálných) dětí a ochrana před jejich sexuálním zneužíváním. Pokud k naplnění znaků objektivní stránky dochází v zájmu chráněného právního statku, aniž by skutečné dítě bylo jakkoliv poškozeno či ohroženo na svých právech chráněných zájmech, jak bylo uvedeno, nemělo by být takové jednání z principu samého trestné.

Za druhé konstatovat, že takové jednání není protiprávní, neboť veřejně prospěšný-výzkumný a medicínsky terapeutický účel protiprávnost vylučuje. Trestní právo zná případy, kdy určitý čin splňuje téměř všechny zákonné znaky některého trestného činu, ale je učiněn za zvláštních okolností, v jejichž důsledku není společensky škodlivý, ale naopak státem, resp. společností schvalovaný jako užitečný. Vůbec se zde nejedná o trestný čin, neboť chybí znak protiprávnosti (srov. výše citovanou definici dle § 13 odst. 1 tr. zák. z roku 2009). Trestní zákoník upravuje některé okolnosti vylučující protiprávnost v § 28 až § 32. Je však třeba zdůraznit, že se nejedná o *numerus clausus* těchto okolností a lze přepokládat i působení okolností dalších, v zákoně výslovně neupravených. Při praktické aplikaci zákona pak lze postupovat analogicky podle ustanovení, jež upravuje případ projednávané věci svým charakterem nejbližší – analogie „ve prospěch“ je v trestním právu přípustná.

Vhodné je připomenout, že podle trestněprávní nauky lze za nejobecnější okolnost vylučující protiprávnost považovat výkon práva a plnění povinnosti, včetně výkonu povolání a jiné povolené činnosti (srov. zásadu „*suo iure uti nemo prohibetur*“). Zde by bylo možné argumentovat samotnou skutečností, že NDZ byl za účelem výroby uvedených stimulů přiznán grant GA ČR.

Za třetí konstatovat, že v případě předkládaném NDZ jednání není protiprávní z důvodu jiné okolnosti vylučující protiprávnost, a to v důsledku tzv. přípustného rizika podle § 31 odst. 1 tr. zák. z roku 2009. Podle tohoto ustanovení „*trestný čin nespáchá, kdo v souladu s dosaženým stavem poznání a informacemi, které měl v době svého rozhodování o dalším postupu, vykonává v rámci svého zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce společensky prospěšnou činnost, kterou ohrozí nebo poruší zájem chráněný trestním zákonem, nelze-li společensky prospěšného výsledku dosáhnout jinak*“. Zároveň podle odst. 2 téhož ustanovení „*nejde o přípustné riziko, jestliže taková činnost ohrozí život nebo zdraví člověka, aniž by jí byl dán k ní v souladu s jiným právním předpisem souhlas, nebo výsledek, k němuž směřuje, zcela zřejmě neodpovídá míře rizika, anebo provádění této činnosti zřejmě odporuje*

požadavkům jiného právního předpisu, veřejnému zájmu, zásadám lidskosti nebo se přičí dobrým mravům.“

Na okolnost přípustného rizika bývá odkazováno právě v oblasti výzkumu a lékařství, kde je kupř. nutné provádět nejrůznější potenciálně nebezpečné experimenty. Vychází se z toho, že zákon aprobuje vývoj vědy a zdravotnictví a musí tudíž tolerovat určitá rizika, jež jsou se žádoucími formami výzkumu v těchto oblastech spojena (obdobně i v případech technologického výzkumu).¹

V případě sexuologických výzkumů tedy lze konstatovat, že v závislosti na jejich cílech se může jednat o společensky prospěšnou činnost, zejména když takové výzkumy povedou k odhalování parafilií či zlepšení účinnosti jejich terapie. Taková činnost zahrnující výrobu či držení dětské pornografie pak musí být provedena tzv. *lege artis*, při znalosti současného stavu poznání. Výzkum by tak neměl mít za cíl zjištění již dříve poznaného či známého, pokud by tedy nešlo např. o zpochybnění stávajících poznatků. Hledisko subsidiarity by mělo být obzvláště významné při posouzení, zda by předmětná výroba dětské pornografie v rámci sexuologických výzkumů měla být posouzena jako přípustné riziko. Z tohoto pohledu by mělo mít vždy přednost využití pro výzkum již stávajících materiálů obsahujících dětskou pornografii, než jejich výroba, a pokud stávající materiály v držení výzkumných pracovníků k zamýšlenému cíli nepostačují, využít materiály již existující (např. od zahraničních kolegů), než vytvářet zcela nové. Pokud ani tato cesta nevede k zamýšlenému a společensky prospěšnému cíli, je třeba vyrábět pouze tzv. virtuální dětskou pornografii (popisovanou, animovanou) nikoliv skutečnou s reálnými dětmi. Jinak řečeno Z toho důvodu bude dále třeba např. při výrobě a držení takových materiálů zajistit, aby tyto byly použity pouze k výzkumu, byly bezpečně archivovány, byly přístupny jen omezenému počtu vědeckých pracovníků a nedocházelo u nich k zveřejňování (a to ani ve vědeckých časopisech pojednávajících o výsledcích výzkumu) tak, aby rozsah porušení a ohrožení uvedených zájmů zůstal co nejužší.

Z dikce zákona plyne, že by pro účely realizace grantu NDZ bylo v první řadě nutné postavit najisto, že výroba popsanych stimulu má společensky prospěšný cíl, jehož sledování v tomto případě převažuje nad možnými riziky či nežádoucími následky. Je ovšem sporné, jak tuto *proporcionalitu* prokázat v případě deliktu činnostního a spíše ohrožovacího rázu. Podstatný by zde byl zřejmě poukaz na to, že sledovaného, společensky prospěšného cíle výzkumu nelze v současnosti dosáhnout jinak. Dále by mělo význam zajištění výstupů grantu

¹ Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část. 4. Vydání. Praha: Leges, 2014, str.275.

zvláštními opatřeními tak, že s uvedenými stimuly bude vždy zacházeno *lege artis*, jen pověřenými osobami pod náležitou kontrolou.

Domnívám se, že řešení s poukazem na okolnost vylučující protiprávnost (vykonávání dovolené činnosti nebo přípustné riziko) nejlépe odpovídá povaze věci z hlediska trestněprávně teoretického.

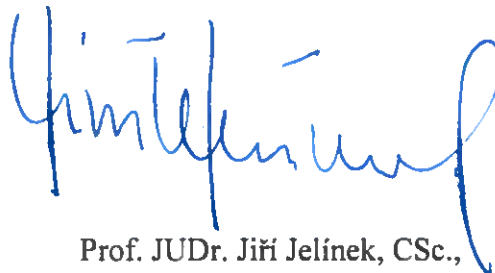
Jiná možnost, jak neposuzovat popsané jednání za trestné je možnost, kterou však nepovažuji za vhodnou, a proto ji ponechávám stranou z důvodu, který přesahuje účel tohoto vyjádření, a ta spočívá v poukazu na tzv. zásadu *subsidiarity trestní represe*, jež je obsažena v § 12 odst. 2 tr. zák. z roku 2009, podle kterého „*trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu*“. Argumentace ohledně společenské škodlivosti, resp. prospěšnosti by zde byla stejná jako v případě přípustného rizika. Tato interpretace však vychází z předpokladu, že vytváření stimulů pro účely popsané NDZ je protiprávní, nedovolená, naplňuje znaky trestného činu podle § 192 – toliko není z důvodu subsidiarity trestní represe žádoucí toto jednání, jež nevykazuje společenskou škodlivost, trestně stíhat, resp. pachatele trestat. V praxi by to ale znamenalo se spoléhat, že případné trestní stíhání bude státním zástupcem s odkazem na uvedenou hmotněprávní zásadu zastaveno, případně, že policie odloží věc již ve fázi tzv. prověřování.

Závěrem shrnuji: Ze všech výše uvedených důvodů máme za to, že opatřováním pornografických děl zobrazujících neexistující děti, tedy děl fantazijních, virtuálních, z důvodů ryze společensky prospěšných, jako jsou vědecké, diagnostické, léčebné či jiné podobné důvody, by nemělo být trestné podle ustanovení § 192 tr. zákoníku z roku 2009, ani podle jiných ustanovení trestního zákoníku.

Argumenty jsou zejména tři:

- a) chybí objekt trestného činu podle § 192 tr. zák. z roku 2009,
- b) jednání není protiprávní z důvodu okolnosti vylučující protiprávnost – vykonávání dovolené činnosti,
- c) jednání není protiprávní z důvodu okolnosti vylučující protiprávnost – přípustného rizika (§ 31 tr. zák. z roku 2009).

Je ovšem třeba uvést, že případná trestnost určitého jednání musí vycházet z konkrétních okolností případu a že žádné dobrozdání či vyjádření nemusí nalézt pochopení u konkrétních orgánů činných v trestním řízení.



V Praze 10. února 2016

Prof. JUDr. Jiří Jelínek, CSc.,
vedoucí katedry trestního práva
Právnická fakulta UK v Praze