Stanovisko Nejvyššího soudu ze dne 25. 9. 2014, sp. zn. Tpjn 301/2014, ECLI:CZ:NS:2014:TPJN.301.2014.1

Číslo: 51/2014

Právní věta:

I. Za policejní provokaci se považuje aktivní činnost policie, která směřuje k podněcování určité osoby (fyzické či právnické) ke spáchání konkrétního trestného činu s cílem získat usvědčující důkazy a vyvolat její trestní stíhání, a jejímž důsledkem je vzbuzení úmyslu spáchat trestný čin podněcovanou osobou, ačkoliv předtím tato osoba žádný takový úmysl neměla.

Policejní provokací je i taková aktivní činnost policie, jíž dochází k doplňování chybějících zákonných znaků základní skutkové podstaty určitého trestného činu, k záměrnému podstatnému navýšení rozsahu spáchaného činu podněcovanou osobou, či k jiným způsobem vyvolané změně právní kvalifikace spáchaného činu k tíži podněcované osoby, zejména pokud jde o okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby, byť by jinak tato osoba byla k spáchání činu v obecném smyslu rozhodnuta.

II. Pokud při provádění zkoušky spolehlivosti realizované podle § 41 zák. č. 341/2011 Sb., o Generální inspekci bezpečnostních sborů a o změně souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, nedojde ze strany příslušníka inspekce či jiné osoby provádějící takovou zkoušku (§ 41 odst. 4 zák. č. 341/2011 Sb.) k nepřípustnému ovlivnění jednání zkoušené osoby způsobem zakládajícím policejní provokaci, pak jsou zkouška spolehlivosti provedená v souladu s § 41 zák. č. 341/2011 Sb. a důkazy v souvislosti s ní získané (zejména obrazový a zvukový záznam dokumentující průběh zkoušky spolehlivosti a inspekcí pořízený úřední záznam podle § 41 odst. 6 zák. č. 341/2011 Sb.) využitelné také v trestním řízení (§ 89 odst. 2 tr. ř.).

III. Důkaz získaný na základě policejní provokace je absolutně neúčinný v trestním řízení vedeném proti vyprovokované osobě.

Soud: Nejvyšší soud

Datum rozhodnutí: 25.09.2014

Spisová značka: Tpjn 301/2014

Číslo rozhodnutí: 51

Číslo sešitu: 10

Typ rozhodnutí: Stanovisko

Hesla: Policejní provokace

Předpisy: § 41 předpisu č. 341/2011Sb.
§ 89 odst. 2 tr. ř.

Druh: Rozhodnutí ve věcech trestních

Sbírkový text rozhodnutí:

Z o d ů v o d n ě n í :

Předseda trestního kolegia Nejvyššího soudu podle § 21 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o soudech a soudcích“), a čl. 14 odst. 1 písm. f) Jednacího řádu Nejvyššího soudu navrhl, aby trestní kolegium Nejvyššího soudu zaujalo stanovisko k otázce trestněprávní kvalifikace jednání majícího znaky trestného činu, jehož se dopustí prověřovaná osoba v rámci tzv. zkoušky spolehlivosti ve smyslu § 41 zák. č. 341/2011 Sb., o Generální inspekci bezpečnostních sborů a o změně souvisejících zákonů, ve znění zákona č. 64/2014 Sb. (dále jen „zákon č. 341/2011 Sb.“, případně „ZGIBS“).

Tento návrh učinil na základě podnětu ředitele odboru mimořádných opravných prostředků Nejvyššího státního zastupitelství ze dne 6. 2. 2014 a na základě doporučení evidenčního senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 18. 3. 2014.

Z předloženého podnětu vyplývá, že Nejvyšší státní zastupitelství zaregistrovalo nejednotnost postupu Nejvyššího soudu při posuzování otázky trestní odpovědnosti pachatele – policisty podrobeného tzv. zkoušce spolehlivosti ve smyslu § 41 zák. č. 341/2011 Sb., za jednání, které bylo předmětem této zkoušky. Tato rozdílnost je shledávána mezi usnesením Nejvyššího soudu ze dne 18. 12. 2013, sp. zn. 3 Tz 61/2013, jež v posuzované věci považovalo za zákonné vyslovení viny pachatele trestným činem [konkrétně přečinem zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „tr. zákoníku“) a zločinem přijetí úplatku podle § 331 odst. 1, 3 písm. b) tr. zákoníku], a dříve vydaným rozsudkem Nejvyššího soudu ze dne 25. 9. 2013, sp. zn. 8 Tz 39/2013, který takovou možnost (tj. vyslovení závěru o spáchání trestného činu při zkoušce spolehlivosti zkoušenou osobou, tj. policistou) v jím přezkoumávané věci vyloučilo.

Ve věci vedené pod sp. zn. 8 Tz 39/2013 rozhodoval Nejvyšší soud o stížnosti pro porušení zákona, kterou ve prospěch obviněného P. S. podala ministryně spravedlnosti proti usnesení Krajského soudu v Plzni ze dne 12. 10. 2011, sp. zn. 8 To 373/2011, jímž bylo zamítnuto odvolání obviněného podané proti rozsudku Okresního soudu v Domažlicích ze dne 3. 8. 2011, sp. zn. 2 T 54/2011. Citovanými rozhodnutími byl obviněný pravomocně uznán vinným přečinem zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 odst. 1 písm. a) tr. zákoníku, jehož se podle zjištění soudů dopustil tím, že v P. dne 12. 12. 2010 okolo 16.50 hodin, na Obvodním oddělení Policie ČR P., v rámci své pracovní činnosti při výkonu dozorčí služby převzal od oznamovatele, jímž byl pracovník Inspekce policie České republiky, 13. oddělení Praha, vystupující pod krycími doklady, v rámci prováděné zkoušky spolehlivosti pod názvem „Sváťa“ oznámený nález igelitové tašky, která obsahovala černou peněženku s finanční hotovostí ve výši 305,- Kč, černou šálu s červenými květy, propisovací tužku, papírové kapesníky Lilien, krabičku se dvěma cigaretami Red White, zapalovač a klíč s přívěskem, na kterém byl nápis Svijanov, všechny věci v celkové hodnotě 84,- Kč, s tím, že tento nález nikde nezaevidoval a neučinil žádná opatření stanovená mu Metodickou příručkou ředitele služby pořádkové policie Policejního prezídia České republiky č. 3/2008 ze dne 22. 12. 2008 a igelitovou tašku s obsahem si ponechal. Obviněný byl odsouzen k trestu zákazu činnosti spočívajícímu v zákazu výkonu povolání příslušníka Policie České republiky na dobu pěti let.

Nejvyšší soud, který v rozsudku ze dne 25. 9. 2013, sp. zn. 8 Tz 39/2013, vyslovil porušení zákona v ustanoveních § 254 odst. 1 tr. ř., § 256 tr. ř., § 2 odst. 5, 6 tr. ř. a § 329 odst. 1 písm. a) tr. zákoníku, z podnětu podané stížnosti pro porušení zákona napadená rozhodnutí zrušil a věc vrátil státnímu

zástupci k došetření, s oporou o relevantní judikaturu Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) [1] , Ústavního soudu České republiky (dále jen „Ústavní soud“) [2] a Nejvyššího soudu [3] vyslovil názor, že „v projednávané věci šlo o skutek, jenž byl vybudován na základě zkoušky spolehlivosti podle § 107 zák. č. 273/2008 Sb., a tudíž se jedná o vybočení z přesně stanovených hranic, v jejichž rámci má probíhat zákonný a zároveň spravedlivý proces (zaručený čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod) vymezený pravidly zakotvenými v trestním řádu, neboť se jednalo o čin iniciovaný policií, a tedy provokaci“. Současně se vyslovil i k otázce procesní (ne)použitelnosti důkazů opatřených při této zkoušce, když zaujal názor, že „v takovém případě nemůže zkouška spolehlivosti, resp. její výsledek v podobě obrazového a zvukového záznamu či úřední záznam o ní sepsaný (§ 107 odst. 4 zák. č. 273/2008 Sb.) sloužit jako důkaz ve smyslu § 89 odst. 2 tr. ř., pokud se toto řízení vede pro skutek, který byl předmětem zkoušky spolehlivosti“. Závěr o iniciaci činu ze strany policie (Inspekce policie České republiky) dovodil i ze zjištění, že „před podáním návrhu na potrestání nebyly známy takové poznatky, které by svědčily o konkrétním podezření, že se obviněný dopouští nezákonné činnosti, kterou by předmětná zkouška spolehlivosti měla odhalit“. Nejvyšší soud proto v této trestní věci uzavřel, že účelem zkoušky spolehlivosti „bylo pouze obviněného k protiprávnímu jednání vyprovokovat“.

Oproti tomu ve věci vedené pod sp. zn. 3 Tz 61/2013 rozhodl Nejvyšší soud o stížnosti pro porušení zákona podané ministryní spravedlnosti ve prospěch obviněného S. K. tak, že tuto podle § 268 odst. 1 písm. c) tr. ř. zamítl, když dospěl k závěru, že v jednání policie (Inspektora Policie České republiky provádějícího zkoušku spolehlivosti) nelze spatřovat provokaci. Obviněný S. K. byl rozsudkem Okresního soudu v Karlových Varech ze dne 19. 12. 2011, sp. zn. 1 T 90/2011, ve spojení s rozsudkem Krajského soudu v Plzni ze dne 4. 4. 2012, sp. zn. 8 To 109/2012 uznán vinným přečinem zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 odst. 1 písm. a) tr. zákoníku a zločinem přijetí úplatku podle § 331 odst. 1, 3 písm. b) tr. zákoníku, kterých se podle zjištění soudů dopustil tím, že dne 17. 9. 2010 kolem 10.00 hodin v K. V. na Š. ulici, v době výkonu služby, kdy jako příslušník Policie ČR, služebně zařazený u Krajského ředitelství Policie Karlovarského kraje, Územního odboru Karlovy Vary, Dopravního inspektorátu – skupiny dopravní hlídky, vykonával dohled nad bezpečností a plynulostí provozu na pozemních komunikacích podle § 124 odst. 8 písm. a) zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích, a jeho úkolem bylo kontrolovat dodržování povinností účastníků a pravidel provozu na pozemních komunikacích; nejprve správně zjistil spáchání přestupku účastníkem silničního provozu a vozidlo s řidičem zastavil v souladu s ustanovením § 124 odst. 9 písm. b) zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích, netušil přitom, že vozidlo řídil pracovník Inspekce Policie České republiky, 13. oddělení Praha, vystupující pod krycími doklady, který v rámci úkolu Inspekce podle § 103 odst. 1 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii ČR, prováděl zkoušku odolnosti vůči protiprávnímu jednání tím, že navodil přestupkové jednání v podobě držení telefonního přístroje v ruce za jízdy a v podobě řízení vozidla bez připoutání se bezpečnostním pásem s cílem zjistit postup S. K. při projednání přestupku, jehož povinností bylo podle § 10 odst. 1 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii ČR, a § 124 odst. 8 písm. d) zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích, projednat v blokovém řízení přestupek proti bezpečnosti a plynulosti provozu na pozemních komunikacích podle zvláštního právního předpisu, kterým je zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích. S. K. úmyslně neprojednal přestupek a neuložil blokovou pokutu, neboť po zjištění, že řidič vozidla se živí jako řidič a má u sebe 1.000,- Kč v hotovosti, jej se slovy, že to jej uchrání od ztráty bodů, a dále posunkem ruky vyzval k předání bankovky v nominální hodnotě 1.000,- Kč, sériového čísla F 51781270, s tím, že po předání bankovky uvedl, že se nikdy neviděli, a bankovku si ponechal pro svoji potřebu.

Nejvyšší soud v odůvodnění svého usnesení poté, co odkázal na shodnou judikaturu ESLP, Ústavního soudu a Nejvyššího soudu týkající se problematiky policejní provokace, zdůraznil aktivitu S. K. při jednání s inspektorem („byl to také obviněný, kdo navrhl vyřešení celého případu mimo blokové řízení a byl to obviněný, kdo si o peníze řekl“) a pasivní roli policejních orgánů v části nastalé po

navození podmínek zkoušky („ze strany inspektora Policie ČR se jednalo o pasivní jednání, nikterak nepodněcující obviněného k trestnému jednání“). Zdůraznil rovněž, že již v době předcházející provedení zkoušky spolehlivosti byl získán poznatek o možném podezření z trestné činnosti policisty S. K. („s ohledem na předchozí poznatky o možném podezření z trestné činnosti policisty – obviněného S. K., kterou měla zkouška spolehlivosti odhalit“), což vedlo Nejvyšší soud k závěru, že „lze konstatovat, že na straně orgánů činných v trestním řízení nelze v takovémto jednání spatřovat provokaci“.

Trestní kolegium Nejvyššího soudu si před zaujetím stanoviska vyžádalo podle § 21 odst. 3 zákona o soudech a soudcích vyjádření od Ministerstva spravedlnosti České republiky, Ministerstva vnitra České republiky, Nejvyššího státního zastupitelství, předsedů vrchních a krajských soudů, právnických fakult v Praze, v Brně, v Plzni a v Olomouci, Institutu pro kriminologii a sociální prevenci (dále jen „IKSP“), Ústavu státu a práva Akademie věd České republiky, České advokátní komory a Veřejného ochránce práv. Jmenovaným orgánům a institucím zaslalo návrh stanoviska s tímto zněním právních vět, jak je uvedeno shora.

Z oslovených připomínkových míst se k návrhu stanoviska nevyjádřily Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Právnická fakulta Západočeské univerzity v Plzni, Ministerstvo spravedlnosti České republiky, Vrchní soud v Praze, Ústav státu a práva Akademie věd České republiky a Česká advokátní komora.

S návrhem stanoviska vyslovila svůj souhlas a nevznesla žádné připomínky následující připomínková místa: Městský soud v Praze, Krajský soud v Praze, Krajský soud v Plzni, Krajský soud v Ústí nad Labem, Krajský soud v Hradci Králové, Krajský soud v Českých Budějovicích, Krajský soud v Brně, Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci a Veřejný ochránce práv.

Připomínky vznesla následující připomínková místa:

Ministerstvo vnitra České republiky se v zásadě ztotožnilo s návrhem stanoviska a učinilo návrh na rozšíření jeho dosahu i obecně na delikty založené na subjektivní odpovědnosti, tj. včetně přestupků a jiných správních deliktů a současně v části, řešící použitelnost důkazů i na další důkazy opatřené jinou proaktivní činností policie, která byla provedena v souladu s právem a to včetně činností neupravených trestním řádem. V daném směru předložilo vlastní návrhy na změnu právních vět, kdy např. pojem „policejní provokace“ navrhlo nahradit pojmem „nedovolená provokace“ a termín „policie“ termínem „orgán veřejné moci“. Současně vzneslo návrh na dílčí úpravu odůvodnění stanoviska.

Nejvyšší státní zastupitelství své připomínky uplatnilo k právní větě II. Zastává názor, že skutek zjištěný na základě zkoušky spolehlivosti podle § 107 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o PČR“), resp. § 41 ZGIBS, nemůže být předmětem trestního posouzení, neboť při realizaci zkoušky dochází k vybočení z přesně stanovených hranic, v jejichž rámci má probíhat zákonný a zároveň spravedlivý proces, zaručený čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“) vymezený pravidly zakotvenými v trestním řádu. Jde vždy o jednání záměrně vyprovokované, vybočující z běžného života jako umělý jev iniciovaný policií, a tedy v zásadě vždy o provokaci potenciálního pachatele. Ve vztahu k takovému skutku není možné trestní stíhání zahájit a konat následné úkony trestního řízení. Zkouška spolehlivosti, resp. její výsledek v podobě obrazového a zvukového záznamu či úřední záznam o ní sepsaný, nemohou sloužit jako důkaz ve smyslu § 89 odst. 2 tr. ř. v řízení vedeném pro skutek, který byl předmětem zkoušky spolehlivosti. Je třeba vyjít z presumpce nepoužitelnosti nezákonně získaného důkazu v důsledku provokačního jednání, jímž došlo k porušení práva obviněného na spravedlivý proces ve smyslu čl. 6 odst. 1 Úmluvy a čl. 14 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech. V daném směru proto Nejvyšší státní zastupitelství pokládá za

správné řešení obsažené v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 25. 9. 2013, sp. zn. 8 Tz 39/2013, a navrhované řešení umožňující kriminalizaci osob podrobených zkoušce spolehlivosti shledává rozporným s rozhodnutím Nejvyššího soudu ze dne 26. 2. 2014, sp. zn. 11 Tdo 161/2014.

Vrchní soud v Olomouci uplatnil připomínku vůči původní formulaci právní věty III., která obsahovala údaj o důkazu „nepoužitelném“, neboť zastává názor, že závěr o povaze jednání, tedy zda došlo či nikoli k policejní provokaci, může být učiněn až v rámci hodnocení důkazů.

IKSP navrhl úpravu právní věty I., kdy doporučil pojem „policejní provokace“ nahradit pojmem „nepřípustné provokace trestného činu ze strany státního orgánu“. Současně doporučil zvýraznění skutečnosti, že o provokační jednání může jít pouze při takovém postupu osoby zkoušku spolehlivosti provádějící, které její právní úpravě neodpovídá.

Krajský soud v Ostravě navrhl v právní větě II. promítnout, že procesní použitelnost důkazů získaných během zkoušky spolehlivosti je podmíněna tím, že k provedení zkoušky bylo přistoupeno na základě důvodného podezření protiprávního jednání zkoušené osoby.

Pokud jde o zákonnou právní úpravu, zkouška spolehlivosti je upravena ustanovením § 41 zák. č. 341/2011 Sb., podle něhož:

> (1) Příslušník inspekce je oprávněn k předcházení, zamezování a odhalování protiprávního jednání provést u příslušníka nebo zaměstnance (dále jen „zkoušená osoba“) zkoušku spolehlivosti.
>
> (2) Zkouška spolehlivosti spočívá v navození situace, kterou je zkoušená osoba povinna řešit.
>
> (3) Prováděním zkoušky spolehlivosti nesmí dojít k bezprostřednímu ohrožení nebo poškození života nebo zdraví osob, jejich majetku anebo k omezení svobody osob. Při provádění zkoušky spolehlivosti musí být zachována lidská důstojnost.
>
> (4) Na základě žádosti příslušníka inspekce může zkoušku spolehlivosti provést se svým souhlasem i jiná osoba. V takovém případě je tato osoba povinna řídit se pokyny příslušníka inspekce; příslušník inspekce za její činnost odpovídá.
>
> (5) Příslušník inspekce nebo jiná osoba provádějící zkoušku spolehlivosti mohou při zkoušce spolehlivosti sdělovat nepravdivé údaje.
>
> (6) Průběh zkoušky spolehlivosti se dokumentuje obrazovým a zvukovým záznamem. O zkoušce spolehlivosti inspekce pořídí úřední záznam.
>
> (7) O provedení zkoušky spolehlivosti, při které se zkoušená osoba dopustila protiprávního jednání, inspekce zkoušenou osobu bez zbytečných průtahů prokazatelně informuje a předá jedno vyhotovení záznamů pořízených podle odstavce 6 příslušnému bezpečnostnímu sboru, který je povinen záznamy založit do osobního spisu zkoušené osoby. Informování a předání záznamů inspekce neprovede, pokud by tím ohrozila plnění úkolů konkrétního trestního řízení nebo plnění úkolu v oblasti kontroly inspekce. V takovém případě však inspekce zkoušenou osobu informuje a záznamy předá poté, co ohrožení pomine. Zkoušená osoba, která se při zkoušce spolehlivosti dopustila protiprávního jednání, má po informování právo nahlížet do záznamů pořízených podle odstavce 6.
>
> (8) Jednání příslušníka inspekce nebo jiné osoby provádějící zkoušku spolehlivosti, které naplňuje znaky přestupku nebo jiného správního deliktu, není přestupkem ani jiným správním deliktem, pokud je takové jednání nezbytné k dosažení účelu zkoušky spolehlivosti a

bezprostředně neohrozí ani nepoškodí zájmy uvedené v odstavci 3.

(9) Jednou za půl roku inspekce v souhrnné zprávě sdělí příslušnému bezpečnostnímu sboru jména zkoušených osob, které se při zkoušce spolehlivosti nedopustily protiprávního jednání.

Pro úplnost se dodává, že právní úprava zkoušky spolehlivosti obsažená v ZGIBS navázala na její dřívější vymezení v ustanovení § 107 zákona o PČR, které lze z hlediska řešené problematiky považovat za obdobné [4] , a proto dále dovozované závěry je možno vztáhnout na obě právní úpravy.

Odborná literatura problematice zkoušky spolehlivosti, zejména z hlediska jejího obsahového odlišení, případně ztotožnění s policejní provokací, dosud nevěnovala větší pozornost. Stran jejího provádění a její využitelnosti (případně i v řízení trestním) lze proto odkázat v podstatě jen na komentář k zákonu o PČR 5 a odborné statě [6] . Citované prameny připouštějí využitelnost zkoušky spolehlivosti pro účely trestního řízení především jako podkladu pro zahájení úkonů trestního řízení podle § 158 odst. 3 a násl. tr. ř., k jeho využití jako důkazu vůči prověřovanému policistovi v trestním řízení se staví buď rezervovaně [7] , nebo takovou možnost přímo vylučují [8] , zatímco třetí, uvedený v poznámce č. 6, nutnost takové restrikce neshledává. Samotný zákonodárce, pokud lze odkázat na důvodovou zprávu k zákonu o PČR, jímž došlo k zavedení institutu zkoušky spolehlivosti do právního řádu České republiky, její využití v trestním řízení *a priori* nevylučoval [9] . Obdobné vysvětlení stran možnosti využití výsledku zkoušky v trestním řízení přinesla i důvodová zpráva k ZGIBS. [10]

Jiná judikatura obecných soudů k řešené problematice neexistuje, speciálně ve vztahu ke zkoušce spolehlivosti se jí nezabýval ani Ústavní soud. Na úrovni Nejvyššího státního zastupitelství byla problematika využitelnosti zkoušky spolehlivosti pro účely trestního řízení řešena v souvislosti s možným využitím mimořádného kasačního oprávnění nejvyššího státního zástupce podle § 174a odst. 1 tr. ř. ve věci obviněného M. M. [11]

Všechny až dosud uvedené názory svědčí o tom, že teoretický a praktický přístup k řešení dané problematiky není jednotný. Názory se liší v otázce, zda zkoušku spolehlivosti je pojmově třeba klást do jedné roviny s pojmem policejní provokace [12] , či zda jde o procesní institut slučitelný s požadavky kladenými na řádný proces a tím i o zákonný prostředek využitelný v trestně procesním dokazování. [13]

Právní řád České republiky policejní provokaci přímo nevymezuje, ani nehovoří o její přípustnosti či nepřípustnosti. [14] Policejní provokace není pojem právní, v zákoně o PČR, v trestním zákoníku ani v trestním řádu se s ním nesetkáváme. [15] Její podstata je shledávána v tom [16] , že obecně jde o „zpravidla utajený postup policie, jehož důsledkem je čin (skutek) spáchaný jinou osobou, jenž se stal předmětem jejího následného trestního stíhání nebo který se takovým stát měl“ [17] , resp. „záměrné, aktivní podněcování nebo navádění či jiné iniciování spáchání trestné činnosti druhé osoby, která by jinak protiprávně nejednala“ [18] , příp. „činnost policie jako orgánu státu směřující k tomu, aby byl v nějaké osobě bez její vědomosti o provokaci vyvolán úmysl spáchat trestný čin, jehož by se jinak nedopustila“ [19] . Policejní provokaci lze definovat i jako „aktivní činnost policie, směřující k podněcování určité osoby ke spáchání konkrétního trestného činu s cílem získat usvědčující důkazy a vyvolat trestní stíhání podněcované osoby. Tato policejní činnost spočívá např. v návodu, povzbuzování, pomoci, organizátorství a ve vytváření podmínek umožňujících páchání trestné činnosti. Policejní provokace zpravidla probíhá utajeně a klamavě – sváděná osoba neví o tom, že podněcování je iniciováno a kontrolováno policií.“ [20]

Hledisko pro odlišení policejních provokačních metod od metod zákonných (včetně policejní kontroly ve formě zkoušky spolehlivosti) je nezbytné spatřovat v tom, zda postupy policie při dokumentování a objasňování trestné činnosti vycházejí z respektování základních ustanovení definujících trestný čin a rovněž zákonem upravených procesních postupů orgánů činných v trestním řízení při plnění jejich

úkolů. V daném směru je zejména zdůrazňováno [21] , že jednání fyzické osoby lze považovat za trestný čin, jen když je za takový označen zákonem – čl. 39 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“, příp. „LPS“), čl. 7 odst. 1 Úmluvy.

Znaky činů, které jsou trestné, jsou vymezeny trestním zákoníkem. Podmínky, za nichž je možno trestní odpovědnost pachatele zjišťovat, jsou detailně upraveny zákonem (trestním řádem), neboť „v demokratickém právním státě platí, že státní orgány, pokud svými úkoly zasahují do práv a svobod jiných subjektů, mohou postupovat pouze na základě výslovného zmocnění zákonem a způsobem, který stanoví zákon *(secundum et intra legem)*.“ [22] Do ustanovení § 2 odst. 1 tr. ř. stanovícího, že nikdo nemůže být stíhán jako obviněný jinak, než ze zákonných důvodů a způsobem, který stanoví tento zákon, jsou „promítnuty ústavní zásady, na kterých spočívá trestní proces, zvláště pak zásada upravená v čl. 8 odst. 2 LPS, podle níž nikdo nesmí být stíhán nebo zbaven svobody jinak, než z důvodů a způsobem, který stanoví zákon. Tato zásada je zároveň vyjádřením práva na spravedlivý proces zaručeného… i mezinárodními úmluvami o lidských právech a svobodách, zvláště pak evropskou Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod z roku 1950, publikovanou pod č. 209/1992 Sb. a doplněnou protokoly publikovanými pod č. 41/1996 Sb. a č. 243/1998 Sb.,… a Mezinárodním paktem o občanských a politických právech z roku 1966, publikovaným pod č. 129/1976 Sb. Od tohoto právního rámce je třeba odvíjet také řešení problému použitelnosti policejních provokačních metod při vyšetřování trestné činnosti.“ [23]

Významné vodítko v daném směru (tj. odlišení nezákonných policejních provokačních metod od metod zákonných) představuje zejména judikatura ESLP [24] a Ústavního soudu [25] .

Ve výkladu podaném ESLP je policejní provokace jednáním vedoucím k porušení práva obviněného na spravedlivý proces ve smyslu čl. 6 Úmluvy. Rozhodnutími, která porušení tohoto článku konstatují, dochází zároveň k vymezení prostoru pro užití tzv. skrytých policejních operací *(„coveroperations“)*, jejichž použitelnost Úmluva a na ni navazující judikatura ESLP naopak připouštějí.

Výchozím rozhodnutím, ve kterém se ESLP zabýval otázkou policejní provokace, byl případ Teixeira de Castro proti Portugalsku. Dle náhledu ESLP musí být použití infiltrovaných agentů omezené a provázané zárukami. V předmětné věci nebylo zřejmé, že by příslušné orgány měly pádné důvody podezírat stěžovatele z účasti na obchodování s drogami. „Naopak jeho trestní rejstřík byl čistý a nebylo proti němu nařízeno žádné předběžné vyšetřování. Ostatně policisté ho ani neznali a vstoupili s ním do kontaktu až prostřednictvím V. S. a F. O. Droga se navíc nenacházela u stěžovatele doma… Žádný důkaz nepodporuje tvrzení vlády, podle nějž měl stěžovatel sklon k páchání trestné činnosti.“ Za přisouzených okolností ESLP vyvodil, že se policisté neomezili na čistě pasivní přezkoumání činnosti stěžovatele, nýbrž na něho působili vlivem, který ho podnítil k spáchání trestné činnosti a navíc nic nenasvědčuje tomu, že by k jejímu spáchání bez tohoto vlivu, resp. zásahu policistů došlo.

V rozsudku Bannikova proti Rusku ESLP zdůraznil, že použití utajených technik, které slouží k zjištění páchané trestné činnosti, nejsou *eo ipso* metodami porušujícími právo na spravedlivý proces, nicméně jejich nasazení musí probíhat v určitých mezích. Kritéria pro rozhodování mezi přípustnou tajnou policejní operací a nepřípustnou policejní provokací zhodnotil tak, že soud v prvé řadě musí zjišťovat, zda by k spáchání trestného činu došlo i tehdy, pokud by nebylo aktivity státu (bod 37 odůvodnění) – tzv. substantivní povinnost soudu [26] , kterou ESLP definoval v rozsudku Ramanauskas proti Litvě. V něm uvedl, že k podnícení k spáchání trestného činu ze strany státní moci dochází tehdy, (1) pokud osoba jednající na příkaz státní moci se neomezí pouze na vyšetřování trestné činnosti v podstatě pasivním způsobem, ale vykonává na konkrétní osobu, z důvodu získání důkazů proti ní a následnému zahájení trestního řízení, takový vliv, že jej podnítí k spáchání trestného činu, k němuž by bez tohoto vlivu nedošlo [27] . Nezbytné je rovněž zkoumat, (2) zda vůči osobě existuje důvodné a objektivní podezření, že je do trestné činnosti zapojena, nebo má sklony k páchání trestné

činnosti. Existence záměru spáchat trestný čin musí být přitom objektivně ověřitelná. [28] Faktor, který hraje roli při posuzování jednání státu ve vztahu k právu na spravedlivý proces je rovněž (3) okamžik, ve kterém do děje státní moc vstupuje. V rozsudku Sequeira proti Portugalsku ESLP uvedl, že vedle kritéria podezření z páchání trestné činnosti je významná otázka, zda státní orgány pouze do skutkového děje vstoupily (ke skutkovému ději se připojily) nebo trestnou činnost podnítily (zahájily). V rozsudku ve věci Burak Hun proti Turecku shledal ESLP porušení práva stěžovatele na spravedlivý proces podle čl. 6 Úmluvy proto, že naznal, že trestný čin nedovoleného nakládání s omamnými a psychotropními látkami, jímž byl stěžovatel uznán vinným, byl ve skutečnosti způsoben agentem X. Ten se neomezil na v podstatě pasivní jednání, nýbrž podnítil trestný čin tím, že volal na mobilní telefon stěžovatele a požádal ho, aby mu dodal narkotika. V takovém jednání spatřoval ESLP motivační působení státu, které podnítilo stěžovatele k spáchání trestného činu. Navíc nic nenasvědčovalo tomu, že bez zásahu agenta X by k jeho spáchání došlo rovněž. Ve věci Ali proti Rumunsku ESLP opětovně zdůraznil nutnost existence předchozího podezření osoby z páchání trestné činnosti.

Případ Baltinš proti Lotyšsku nabývá na významu zejména z důvodu shrnutí podmínek přípustné a nepřípustné policejní provokace. ESLP zopakoval, že je třeba posuzovat, zda policejní vyšetřování nešlo nad rámec přípustné činnosti tajných agentů (jinými slovy, nebylo-li by jich, zda by trestný čin byl spáchán i bez jejich přispění), zda státní orgány měly dobré důvody domnívat se, že obviněný je, případně dříve byl zapojen do nezákonných aktivit (zejména druhově souvisejících), v jaké fázi trestného činu došlo k provedení utajené operace a zda její průběh byl v podstatě pasivní. Ve vztahu k případu stěžovatele připomněl, že ze spisového materiálu nic nenasvědčovalo úsudku o jeho odsouzení za obchodování s drogami v minulosti (s odkazem na rozsudek ve věci Malininas proti Litvě, v němž zdůraznil, že z předloženého spisu neplyne, že by se stěžovatel dříve dopustil trestné činnosti, zejména v souvislosti s drogami) a že skrytý vyšetřovatel požádal při každém z předstíraných převodů o větší množství drogy, čímž stěžovateli nabídl značný peněžní podnět. Sama tato skutečně vyvolává pochybnost o tom, zda jednání skrytého vyšetřovatele zůstalo v rovině čistě pasivní.

Rozhodnutí ve věci Natalja Kuzmickaja proti Litvě je příkladem, v němž ESLP činnost policie za policejní provokaci neoznačil. Na rozdíl od případů, v nichž činnost policie spočívala v podněcování k trestné činnosti (kde celý kontext okolností byl nezákonný – např. zmiňované rozsudky Teixeira de Castro, Ramanauskas proti Litvě a dále např. Lenkauskiené proti Litvě) a v nichž se policisté prostřednictvím své tajné role sami dopouštěli trestné činnosti, v označené věci ESLP zdůraznil, že to byla sama stěžovatelka, která se podle zjištění vnitrostátních soudů chovala nelegálně tím, že poskytovala menší, než objednané množství alkoholu. Navíc před samotným „předstíraným" nákupem zde existovalo podezření z protiprávního jednání. Přístup policie, která legálně zakoupila alkoholické nápoje, jak to může učinit každý z potenciálních zákazníků, tak podle ESLP nebyl jednáním, jež by porušovalo čl. 6 Úmluvy, neboť se z její strany nejednalo o zneužívající anebo libovolnou techniku při vyšetřování podezření z trestné činnosti (*mutatis mutandis* Eurofinacom proti Francii). V předmětné věci byla podle ESLP koupě alkoholických nápojů policisty legální, na tento postup stěžovatelka reagovala nezákonným způsobem. Taková situace nemůže zakládat nepřípustnou policejní provokaci.

K zachování práva obviněného na spravedlivý proces a jeho práva na obhajobu se v souvislosti s působením utajených policistů, příp. osob působících v její prospěch, vyslovil ESLP i z pohledu procesního dokazování. Ve věci Kostovski proti Nizozemí rozvedl, že Úmluva nebrání tomu, aby se ve stadiu předběžného vyšetřování, pokud to může povaha trestné činnosti ospravedlnit, spoléhalo na zdroje poznání, jakými jsou utajení informátoři, avšak jejich pozdější použití soudem je problematické. Ve věci Lüdi proti Švýcarsku zmínil, že ačkoli záznam telekomunikačního provozu je zásahem do stěžovatelova práva na soukromí a listovního tajemství, nedošlo k porušení čl. 8 Úmluvy,

neboť byl proveden v souladu s ustanoveními švýcarského trestního řádu. Byl však porušen čl. 6 Úmluvy, neboť důkaz má být proveden za přítomnosti obviněného ve veřejném zasedání soudu. Úmysl stěžovatele byl vyvozován z psaných zpráv tajného agenta, obhajoba tedy neměla příležitost položit agentovi otázky nebo přednést pochybnosti o jeho spolehlivosti. Stěžovateli měla být poskytnuta možnost, předložit soudu důkaz proti tajnému agentovi, aniž by byla ohrožena jeho skrytá identita. Soud v rozhodnutí výslovně uvedl, že „ani zájem na uchování anonymity utajeného svědka daný potřebou zachování podmínek pro to, aby mohl nadále vnikat do dealerských kruhů, a potřeba chránit identitu policejních informátorů neospravedlňuje porušení práva na obhajobu a práva na spravedlivý proces“. [29] Z hlediska procesních povinností soudu je v rámci vnitrostátního trestního řízení nezbytné, aby orgány činné v trestním řízení prokázaly, že k policejní provokaci nedošlo, pokud námitka obviněného není v tomto směru zcela nepravděpodobná. Pokud takový důkaz není podán, je úlohou soudů přezkoumat skutkové okolnosti daného případu a přijmout nezbytné kroky k tomu, aby byla osvětlena pravda ve vztahu k údajné provokaci.

Z výše uvedených rozhodnutí lze usoudit, že ESLP vymezuje podmínky pro utajenou činnost policejních orgánů při objasňování a dokumentování trestné činnosti tak, že tyto orgány:

> – mohou ingerovat a vstoupit do skutkového děje teprve poté, kdy mají k dispozici důkazy o tom, že určitá osoba je připravena (či rozhodnuta) a schopna spáchat trestný čin a má k tomu příležitost,
>
> – musí minimalizovat svůj podíl na průběhu skutkového děje v rozsahu nezbytném pro splnění svých úkolů,-
>
> – svým jednáním nesmí iniciovat (provokovat) spáchání trestného činu jinou osobou.

V návaznosti na to orgány činné v trestním řízení musí prokázat, že k policejní provokaci nedošlo.

Z rozhodnutí Ústavního soudu, který v případech policejní provokace shledává ve věcech stěžovatelů porušení čl. 39 Listiny a čl. 7 odst. 1 Úmluvy, dosavadní rozhodovací praxi obecných soudů v posuzování otázky policejní provokace ovlivnila zejména následující rozhodnutí:

V nálezu sp. zn. III. ÚS 597/99, který se týkal nabídnutí úplatku obviněnému prostřednictvím osoby jednající na příkaz Inspekce Ministerstva vnitra, Ústavní soud konstatoval, že došlo k nepřípustnému zásahu státu do skutkového děje, jenž ve své komplexnosti tvoří trestný čin, přičemž stát se (výší nabídnutého úplatku) podílel na trestní kvalifikaci tohoto jednání. Zdůraznil, že jednání fyzické osoby je nutné považovat za trestný čin, pakliže je za takové označeno zákonem (čl. 39 Listiny, čl. 7 odst. 1 Úmluvy). Podmínky trestnosti jsou dány podmínkami trestní odpovědnosti, mezi něž patří i protiprávní jednání, následek, kauzální nexus a zavinění. Je nepřípustným porušením čl. 39 Listiny a čl. 7 odst. 1 Úmluvy, pokud jednání státu (v dané věci Policie) se stává součástí skutkového děje, celé posloupnosti úkonů, z nichž se trestní jednání skládá (např. provokace či iniciování trestného činu, jeho dokonání, apod.). Nepřípustný je podle Ústavního soudu takový zásah státu do skutkového děje, jenž ve své komplexnosti tvoří trestný čin, resp. takový podíl státu na jednání osoby, jehož důsledkem je trestní kvalifikace tohoto jednání.

Jak již řečeno, ústavně akceptovatelný průlom do uvedeného principu, odůvodněný účelem ochrany před organizovaným zločinem (§ 34b zákona o PČR ve spojení s § 163c tr. zák.), musí pak splňovat procesní garance před možným zneužitím takovéhoto postupu Policie (souhlas soudu podle § 34b odst. 4 zákona o PČR), dále omezení možných účelů (§ 34b odst. 1 téhož zákona), jakož i vymezení hranic beztrestnosti takového jednání policisty – § 163c tr. zák., § 34b odst. 5 zákona o PČR. [30]

V kasačním nálezu sp. zn. III. ÚS 291/03 se Ústavní soud zaměřil jednak na zhodnocení policisty

realizovaného předstíraného převodu věci, jednak posuzoval možnosti využití výpovědí těchto policistů vyslechnutých v postavení utajených svědků jako důkazu v trestním řízení. Ve vztahu k první otázce, poté, co přisvědčil oprávněnosti policie předstíraný převod na podkladě ustanovení zákona o PČR uskutečnit, zdůraznil, že „samotné kautely spravedlivého procesu vyžadují, aby se jednotlivci dostalo dostatečných garancí, že se nejednalo o zneužití pravomoci ze strany veřejné moci. Výkon takové pravomoci proto předpokládá kontrolu ze strany dalších orgánů mimo složky Policie České republiky. Tato kontrola totiž současně garantuje právě to, že se jedná skutečně o prostředek sledující rozkrytí trestné činnosti, nikoliv prostředek policejní provokace ke spáchání trestné činnosti. Jinak řečeno, v daném případě by případná kontrola a souhlas jiných orgánů umožnily rozptýlit i pochybnosti o tom, zda se činnost příslušníků policie skutečně omezila pouze na vylákání falešných bankovek od stěžovatele, který si je opatřil a měl v držení ještě před prvním kontaktem s policisty."

V pořadí třetím nálezem – sp. zn. II. ÚS 710/01, kterým se Ústavní soud k policejní provokaci vyjádřil, byla řešena otázka, zda policisté při využití operativně technického prostředku nevybočili z mezí zákona, a tím i z mezí ústavnosti, a zda vůbec byli oprávněni za dané situace takový prostředek použít. Vytknul v něm, že „obecné soudy se při hodnocení postupu policie spokojily pouze s poznatkem policistů, že se stěžovatel a spoluodsouzený K. zabývali obchodem se zbraněmi. Z obsahu spisového materiálu přitom nebylo možné zjistit, jaké konkrétní skutečnosti policisty k takovému tvrzení vedly … Není zřejmé, že by příslušné orgány měly pádné důvody podezírat stěžovatele z účasti na obchodování se zbraněmi. Z jeho rejstříku trestů vyplývá, že byl v minulosti vícekrát soudně trestán, ne však pro trestnou činnost v souvislosti s obchodováním se zbraněmi. Ani z jeho minulosti nelze tudíž dovodit, že by měl sklon k páchání této trestné činnosti. Nic nenasvědčuje ani tomu, že by měl v období před kontaktem s policií nějaké zbraně, ty si totiž i dle výpovědi O. K. obstarával až na jeho žádost. Nelze opomenout ani skutečnost, že u stěžovatele nebyly při domovní prohlídce žádné zbraně nalezeny. Ze žádných zjištěných skutečností nevyplývá, že by policisté stěžovatele znali, naopak s ním vstoupili do kontaktu až prostřednictvím O. K. Spis neobsahuje jediný důkaz, který by nasvědčoval tomu, že stěžovatel spáchal či páchal před kontaktem s utajovanými svědky trestnou činnost založenou na obchodování se zbraněmi. Odsouzen byl pouze za jednání, při němž spolupůsobili policisté … Ze skutkového stavu zjištěného nalézacím soudem vyvodil Ústavní soud závěr, že policisté se neomezili při použití operativně technických prostředků na čistě pasivní přezkoumání údajně páchané trestné činnosti, ale působili na odsouzeného K. a zprostředkovaně i na stěžovatele vlivem, který je přivedl ke spáchání trestného činu, za nějž byli odsouzeni. Nic nenasvědčuje tomu, že by stěžovatel trestný čin spáchal i bez zásahu policie … Vždy platila zásada, že pověřený policejní orgán může využít operativně pátrací prostředky pouze v souladu se zákonem, jen je-li dostatečně odůvodněno podezření, že je páchán nebo byl spáchán úmyslný trestný čin. Nesmí jejich využíváním vyvolat trestnou činnost nebo se jiným způsobem aktivně podílet na utváření skutkového děje tak, aby podněcoval či usměrňoval do té doby neexistující úmysl pachatele daný trestný čin spáchat. Je nepřípustné, aby policejní orgány jako orgány státu naváděly jiného ke spáchání trestné činnosti, posilovaly jeho vůli spáchat trestný čin či mu jakoukoli formou pomáhaly."

K policejní provokaci se Ústavní soud vyjádřil i v dalších rozhodnutích, v daných případech však nevyužil svého kasačního oprávnění a setrval na argumentaci, kterou použil v citovaných nálezech. V usnesení sp. zn. I. ÚS 591/01 [31] odmítl námitku stěžovatele o údajné policejní provokaci, neboť „za policejní provokaci je možno považovat takové jednání policie, jež by iniciovalo jednání osoby k trestnému činu, jehož by se bez této iniciace nedopustila". V dané věci „policie měla pádné důvody oba obžalované podezírat z účasti na obchodování s drogami, když A. S. nabízel prodej heroinu více osobám…". Na totožnou problematiku navázal v usnesení sp. zn. II. ÚS 143/02, v němž uvedl, že o policejní provokaci se může jednat toliko v případě, kdy neexistuje žádné podezření, že určitá osoba páchá či hodlá spáchat trestný čin, a policie záměrně vyvolá rozhodnutí konkrétní osoby trestný čin spáchat a vytvoří pro to předpoklady. V usnesení sp. zn. II. ÚS 552/01 upřesnil, že z hlediska

trestního řádu jde o provokaci tehdy, pokud policie svým zákrokem do života občana (bez ohledu na sdělení či nesdělení obvinění) v něm vyvolá úmysl spáchat trestný čin, ačkoliv předtím žádný takový úmysl neměl a na páchání provokovaného trestného činu nepomyslel. „Konkrétně – neutrální osoba nabídne shora uvedenému občanovi úplatek z policejních peněz. Tento občan, který o přijetí úplatku nikdy ani neuvažoval, zlákán příležitostí, úplatek přijme. Vytvoření takovéto situace lze považovat za provokaci. Jestliže ale existují nepřímé důkazy, že určitá osoba bere úplatky, je vytvoření situace popsané shora pouhým opatřením přímého důkazu, nikoliv provokací. Obzvlášť u trestného činu přijímání úplatku, kde trestné jednání probíhá s největším utajením a mezi čtyřma očima, žádný přímý důkaz neexistuje. Řetězec nepřímých důkazů obvykle postačuje k důvodnému postavení pachatele před soud (ust. § 176 tr. řádu), ale bývá nedostatečný pro odsouzení pachatele. Je zcela nepředstavitelné, že by k obstarání přímého důkazu mohlo dojít až po sdělení obvinění. Pokud tedy jde o obstarání přímého důkazu u pachatele, který se podle všeho již několika útoků trestného činu dopustil, nejde ze strany policie o provokaci, a tedy ani o jednání odporující Listině. Ostatně Ústavní soud je toho názoru, že pracovníci justičních orgánů by měli být i vůči provokaci naprosto imunní.“

V usnesení sp. zn. I. ÚS 728/01 [32] se připomíná, že „právní řád České republiky přímo nevymezuje, co lze považovat za policejní provokaci, a výslovně se nevyjadřuje k její přípustnosti. Pravomoci orgánů činných v trestním řízení, včetně policejních orgánů, podrobně upravuje trestní právo. V tomto směru je nutné rozlišovat aktivity policie v době předcházející naplňování znaků skutkové podstaty a aktivity policie v době, kdy jednání pachatele již naplňuje znaky skutkové podstaty trestného činu, aniž by bylo toto jednání iniciováno policií. Trestní řád s některými policejními aktivitami počítá a stanoví omezující podmínky pro jejich využití (např. nasazení policejního agenta § 158e TrŘ, atd.) … Nepřípustným zásahem do skutkového děje by bylo doplňování chybějících zákonných znaků skutkové podstaty určitého trestného činu iniciativou policie…“ V dalších usneseních Ústavní soud při nezměněné podstatě argumentace spatřuje ústavněprávní relevanci teprve až v takových postupech policejních orgánů, které překračují únosnou míru aktivity, jež je dána na jedné straně jejím cílem (přispět k odhalení pachatele) a na druhé straně negativně požadavkem, aby se policejní orgány na trestné činnosti aktivně samy nepodílely ve smyslu jejího iniciování a podněcování. Nepřípustná provokace by spočívala až v tom, pokud by policie stěžovatele svedla k opatření si a přechovávání padělaných peněz. [33] Bylo-li jednání obviněného opakované, aktivní a motivované výhradně jeho ziskuchtivostí, nikoliv nátlakem policie, sama skutečnost, že pachatel jednal v omylu o pravé identitě osoby kupující drogy, není relevantní pro posouzení trestnosti. [34]

Z tohoto demonstrativního výčtu rozhodnutí Ústavního soudu vyplývá, že policejní provokace byla v postupu orgánů činných v trestním řízení shledána ve třech výše (kurzívou) označených trestních věcech, v nichž Ústavní soud rozhodl kasačním výrokem nálezy, naopak ústavně souladnými byly shledány postupy policie v případech těch stěžovatelů, o jejichž ústavní stížnosti rozhodl Ústavní soud usnesením.

Z právních názorů obsažených v rozhodnutích Ústavního soudu lze vyvodit, že policejní provokace [35] , jako nepřípustná metoda, je aktivní činností policie

> – směřující k podněcování určité osoby ke spáchání konkrétního trestného činu s cílem získat usvědčující důkazy a vyvolat trestní stíhání podněcované osoby,
>
> – v jejímž důsledku vzbudí v osobě úmysl spáchat trestný čin, ačkoliv předtím tato osoba žádný takový úmysl neměla a na páchání provokovaného trestného činu nepomyslela.

K uvedenému je třeba dodat, že obsahovou náplň policejní provokace netvoří toliko samotná iniciace ve smyslu vzbuzení rozhodnutí určité osoby trestný čin spáchat, nýbrž i jakákoli další aktivní činnost policie sledující ovlivnění této osoby stran spáchání trestného činu. Policejní provokací je proto i taková aktivní činnost policie, jíž dochází k doplňování chybějících zákonných znaků základní

skutkové podstaty určitého trestného činu, k záměrnému podstatnému navýšení rozsahu spáchaného činu podněcovanou osobou, či k jiným způsobem vyvolané změně právní kvalifikace spáchaného činu k tíži podněcované osoby, zejména pokud jde o okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby, byť by jinak tato osoba byla k spáchání činu v obecném smyslu rozhodnuta.

Naopak ústavně souladnými jsou shledávány postupy policie, při nichž dochází za zákonných podmínek k realizaci procesních institutů předstíraného převodu (§ 158c tr. ř.) a použití agenta (§ 158e tr. ř.), tedy je-li obsahovou náplní její činnosti policejní kontrola. Tak tomu je tehdy, pokud

> – policie předtím, než začne monitorovat či kontaktovat podezíranou osobu se záměrem realizovat procesní instituty „předstíraný převod“ (§ 158c tr. ř.) a „použití agenta“ (§ 158e tr. ř.), má k dispozici pádný důvod [36] k domněnce, že je připravován nebo páchán trestný čin,
>
> – informace, z níž tento důvod k domněnce, že je připravován nebo páchán trestný čin, vyplývá, musí být policií zadokumentována ve spisovém materiálu.

O policejní provokaci se tudíž nejedná v případech

> – pouhého pasivního monitorování připravované nebo probíhající trestné činnosti policií nebo jí pověřenými osobami,
>
> – účasti policie na probíhající přípravě nebo páchání trestného činu probíhající za podmínek stanovených trestním řádem ve formě „předstíraného převodu“ (§ 158c tr. ř.) a „použití agenta“ (§ 158e tr. ř.), netvoří-li aktivita policistů v probíhajícím ději trestného jednání podstatný nebo určující prvek trestného činu,
>
> – jestliže sám pachatel si počínal aktivně a cílevědomě, např. iniciativně navazoval kontakty se spolupachateli nebo s poškozenými, navrhoval způsob spáchání činu, rozhodoval o místě činu, o způsobu spáchání a utajování, o konspiraci, jestliže požadoval či nabízel konkrétní množství předávané věci a konkrétní cenu apod.

V rámci srovnání je v dalším možné poukázat na rozhodovací praxi německého Bundesgerichtshof (dále jen „BGH“), který se opětovně ve své judikatuře k policejní provokaci vyjádřil. Podle jeho náhledu přichází do úvahy teprve tehdy, pokud je osoba prostřednictvím státního orgánu nebo státem kontrolovanou třetí osobou podnícena k spáchání trestného činu nebo jeho vnitřně existující připravenost k jeho spáchání je (státem) značně zintenzivněna. [37] Ochota k spáchání trestného činu musí být v pachateli vzbuzena, popřípadě jeho již plánovaný čin musí skrze toto ovlivnění dosáhnout zcela jiné úrovně či intenzity (kvantitativní skok). [38] V témže rozhodnutí, které směřovalo proti rozhodnutí Zemského soudu v Augsburgu BGH, poukázal i na rozhodovací praxi prvního trestního senátu BGH (rozsudek ze dne 18. listopadu 1999 – 1 StR 221/99 /BGHSt 45, 321/) a pro případy protiprávního nasazení agenta provokatéra, s ohledem na jeho výklad ESLP poukázal na to, že k porušení Úmluvy dochází, pokud osoba, která není podezřelá z páchání trestné činnosti a která především není k trestné činnosti nakloněna, je svedena k spáchání trestného činu jednáním osoby, které je státu přičitatelné, a tato skutečnost následně vede k trestnímu stíhání (BGHSt 45, 321). Tento pohled dále konkretizoval v tom smyslu, že k provokaci činu nedochází tehdy, pokud skrytý vyšetřovatel („verdeckter Ermittler“) třetí osobu pouze požádá, aniž by na ni jinak působil, zda by mohla obstarat psychotropní látky. K policejní provokaci dle náhledu BGH nedochází ani tehdy, pokud skrytý vyšetřovatel pouze využije obecně rozpoznatelnou připravenost k spáchání trestného činu. O nepřípustné jednání policie naopak půjde tehdy, pokud je skrytý vyšetřovatel činný jako provokatér a tedy mimo pouhé „spolupůsobení“ orientuje třetí osobu takovým směrem, aby v ní vzbudil připravenost nebo zintenzivnil plánování činu, tedy na třetí osobu působil významně stimulační formou (BGHSt 45, 321, 338).

V rozsudku 1 StR 42/01 BGH rovněž podotkl, že dosáhne-li intenzita působení policejního agenta míry provokace činu, je tato provokace přípustná pouze tehdy, pokud proti osobě existuje ve smyslu § 152 odst. 2, § 160 StPO [39] dostatečné podezření, tedy např. účastnila-li se tato osoba na spáchaném trestném činu nebo je na budoucí čin připravena; „proto však musí existovat dostatečný, skutečný důkaz… Při posouzení kvality existujícího podezření mohou vedle faktických okolností, které odůvodňují počáteční podezření, být považovány rovněž podmínky (okolnosti) specifického deliktu: kuřáci marihuany nebo hašiše jsou často držiteli drog, kteří obchodují rovněž s tzv. tvrdými drogami [tzv. jednotnost drogového trhu, (srov. BVerGE 90, 145, 181)].“

Německý BGH tedy nikoli zcela v protikladu k ESLP, který policejní provokaci trestného činu považuje v určitém rozsahu rovněž za rozpornou s lidskými právy, zejména pak s právem na spravedlivý proces, diferencuje mezi přípustnou a nepřípustnou policejní provokací trestného činu. [40] Považuje za přípustné takové jednání státem pověřené osoby, pokud její vlastní přispění ke skutkovému ději nestojí ve vztahu k jednání pachatele celkově v popředí. Naproti tomu k nepřípustnému porušení práva na spravedlivý proces dochází tehdy, pokud osoba, která není ani podezřelá z páchání trestné činnosti, ani není k jejímu páchání nakloněna, je k trestnému činu svedena, a to jednáním, které je přičitatelné státu, přičemž tato okolnost následně vede k trestnímu stíhání. V recentní německé judikatuře existuje převážná jednota o zásadní použitelnosti provokace trestné činnosti a jejich hranicích, pokud jde o provokaci přípustnou, jak ji BGH jako takovou vymezil. Její nasazení je kupř. přípustné k boji proti zvlášť závažné trestné činnosti a těžko odhalitelným formám kriminality. [41] O přípustnou policejní provokaci se tedy jedná, pokud skrytý vyšetřovatel třetí osobu pouze osloví, aniž by na ni vyvíjel jakýkoli vliv, přičemž využije její připravenost k spáchání trestného činu nebo její připravenosti v něm pokračovat. Přípustná míra působení je naopak překročena tehdy, pokud na ni státní moc v podobě tajného agenta (skrytého vyšetřovatele) působí tak, že se k spáchání trestného činu rozhodne teprve na základě tohoto vlivu. Tak tomu může být v případě, pokud obviněný před tímto okamžikem žádný trestný čin nespáchal anebo byl tajným vyšetřovatelem ovlivněn v kvalitativní nebo kvantitativní rovině. Za nepřípustnou aktivitu státu je nutno považovat, pokud teprve až na základě jednání skrytého vyšetřovatele dojde následně k spáchání trestného činu. [42]

Z tohoto kratšího shrnutí lze vyzdvihnout, že podle BGH je přípustným i takový způsob proaktivní činnosti policie, který v oblasti anglo-americké jurisprudence spadá pod rámec tzv. *sting operation* [43].

Problematikou nepřípustnosti policejní provokace se ve své judikatuře rovněž zabýval Nejvyšší soud [44] , který diferencuje mezi přípustnou policejní kontrolou a nepřípustnou policejní provokací.

K přípustné policejní kontrole se Nejvyšší soud vyjádřil např. v rozhodnutí sp. zn. 5 Tdo 1366/2003 [45] , ve kterém bylo zdůrazněno, že k nepřípustné policejní provokaci nedošlo, neboť to byl obviněný, který aktivně projevoval vůli předmětnou drogu prodat a po následném navázání kontaktu skrytých vyšetřovatelů to byl rovněž on, kdo určil rozsah tohoto obchodu (půl kilogramu heroinu) a rovněž sám stanovil požadovanou kupní cenu. „Ze strany skrytých vyšetřovatelů, příslušníků rakouské policie, nebyla v tomto směru vyvíjena žádná aktivita, a to ve vztahu k druhu, množství i ceně nabízené drogy. V posuzované věci je tedy z hlediska trestnosti jednání obviněného podstatné zjištění, že ještě před vstupem policejních orgánů do obchodu s drogou byl obviněný na základě výsledků operativního šetření Policie ČR vyhodnocen jako osoba obchodující s omamnými látkami. Obviněný sám byl prokazatelně rozhodnut uskutečnit prodej drogy do ciziny … Následně po nasazení skrytých vyšetřovatelů z Rakouska to byl opět obviněný, kdo prakticky řídil a organizoval konkrétní kroky, které nakonec vyústily v prodej půl kilogramu heroinu. Určoval místo i čas konání schůzek s příslušníky policie, kteří nevyvíjeli jakoukoli aktivitu k realizaci nabízeného obchodu. Jejich jednání se omezilo pouze na počáteční fázi následných kontaktů s obviněným, kdy projevili zájem o jimi

nedefinované obchodní spojení s obviněným, přičemž to byl on, kdo jim při osobním setkání nabízel konkrétní drogu v určitém množství … Z uvedeného tedy jednoznačně vyplývá, že obviněný ještě před setkáním se skrytými vyšetřovateli byl rozhodnut spáchat trestný čin spočívající v prodeji omamné látky občanům cizího státu, tudíž vstupem orgánů policie byl pouze jeho původní záměr realizován, aniž byl k jeho uskutečnění jakýmkoli způsobem veden event. vyprovokován. Nejednalo se tedy o případ, kdy pachatel až v důsledku aktivity policie se rozhodne spáchat trestný čin, v dané věci tedy policie svou aktivitou nevyvolala u obviněného úmysl dopustit se protiprávního jednání, neboť ke spáchání trestného činu byl již připraven, resp. rozhodnut. Jednání policie tak zůstalo pouze na úrovni projeveného zájmu o realizaci obchodu s drogou, který však bylo reálné uskutečnit i bez přispění policie."

Obdobným způsobem byla Nejvyšším soudem v činnosti policie shledána policejní kontrola a nikoli nepřípustná policejní provokace v rozhodnutí sp. zn. 6 Tdo 458/2004 [46] , v němž bylo zdůrazněno, že bylo prokázáno, že „obviněný, aniž by byl policistou veden, sám nabídl vyšší množství padělaných bankovek, než které nakonec bylo svědkem akceptováno … Nejednalo se tedy o případ, kdy pachatel až v důsledku aktivity policie se rozhodne spáchat trestný čin, případně v důsledku aktivity policie dojde k jednání pachatele, které lze posoudit podle přísnější právní kvalifikace."

V rozhodnutí sp. zn. 5 Tdo 716/2004 [47] Nejvyšší soud zdůrazňuje, že podstatným bylo zjištění, že ještě před vstupem policejních orgánů do obchodu s drogou byl obviněný na základě výsledků operativního šetření policie vyhodnocen jako osoba, která obchoduje s omamnými látkami; „Následně po nasazení agenta to byl opět obviněný, kdo aktivně organizoval konkrétní kroky uskutečňované transakce, které nakonec vyústily v prodej tablet XTC … Po svém aktivním vstupu do jednání určoval místo i čas konání schůzek s ostatními osobami, přičemž ze strany Policie ČR nedošlo k jakékoli aktivitě k realizaci nabízeného obchodu … Z uvedeného tedy jednoznačně vyplývá, že obviněný ještě před setkáním s agentem byl rozhodnut spáchat trestný čin spočívající v prodeji omamné látky, tudíž vstupem orgánů policie byl pouze jeho původní záměr realizován, aniž byl k jeho uskutečnění jakýmkoli způsobem veden event. vyprovokován."

Poukázat lze i na usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 8. 2005, sp. zn. 5 Tdo 1005/2005, ve kterém bylo opětovně a shodně s předcházejícími rozhodnutími zdůrazněno, že samotný vstup policejního orgánu do skutkového děje bez dalšího policejní provokaci nezakládá. [48]

Naopak jako policejní provokace však byl Nejvyšším soudem vyhodnocen postup policie ve věci rozhodnuté pod sp. zn. 5 Tdo 1340/2012 [49] , v níž byl vysloven názor, že „nelze připustit, aby policie vyvíjela vůči komukoliv přímé aktivity s cílem, aby spáchal trestný čin. Rozhodující při zvažování, zda jde o policejní provokaci či nikoli, a specificky toho, zda to byla právě policie, kdo vyvolal spáchání trestného činu, je za těchto okolností skutečnost, zda existoval na počátku úmysl pachatele spáchat trestný čin či zda tento pojal pachatel až v důsledku aktivity policie. Nesmí být použito takových metod, jako jsou opakované výzvy, jednání bezprostředně vedoucí jiného k spáchání či dokonání trestného činu, ale i zneužívání přátelství, sympatií nebo podobného druhu náklonnosti, neobvyklých lákadel a příležitostí, poskytnutí záruk nebo přesvědčování, že jeho čin nebude trestně stíhán apod. Stát – a jeho jménem jednající policie – nesmí nikdy nikoho stavět do situace, která se liší od běžného nebo typického způsobu předsevzetí spáchat trestný čin. Připustit však nelze ani to, aby policisté aktivně vytvářeli podmínky pro to, aby jimi vytypovaná osoba uskutečnila svůj úmysl trestný čin spáchat, pokud aktivitě policie nepředcházelo její jednání, jímž tento úmysl navenek demonstrovala. Z hlediska toho, zda je na místě považovat určitou aktivitu policie za nepřípustnou provokaci trestné činnosti, je zásadní posouzení toho, co vedlo osobu, která se následně dopustila trestněprávně postižitelného činu, k jeho spáchání: jestli se rozhodla sama či společně s dalšími spolupachateli nebo zda k jejímu rozhodnutí přispěla skrytá aktivita policie, popř. zda ve chvíli, kdy se s takovou osobou dostal do kontaktu policista, již měla záměr dopustit se určitého konkrétního jednání

naplňujícího znaky některého trestného činu, popř. zda policie přistoupila např. k provedení předstíraného převodu věci až v době, kdy taková osoba již podnikala kroky, které směřovaly ke spáchání trestného činu, anebo dokonce poté, co již započala s jeho páchání.“

Z rozhodovací praxe Nejvyššího soudu lze učinit poznatek, že obsahově navazuje na právní názory vyslovené v rozhodnutích ESLP a Ústavního soudu, koneckonců i BGH, a tyto v konkrétnosti rozvádí s přihlédnutím ke konkrétním poznatkům plynoucím z jím přezkoumávaných věcí.

Na podkladě uvedených faktů dospěl Nejvyšší soud k výše uvedené formulaci právní věty I.

Návrhu Ministerstva vnitra České republiky na rozšíření dosahu stanoviska ve výše označeném směru nebylo Nejvyšším soudem vyhověno, neboť požadavek jde nad rámec zadání, resp. podnětu k zaujetí stanoviska ze strany Nejvyššího státního zastupitelství.

Řešení otázky právní povahy zkoušky spolehlivosti podle ustanovení § 41 zákona č. 341/2011 Sb. lze vzhledem k výše uvedeným názorům obsaženým v označených rozhodnutích a odborných statích spatřovat v následující argumentaci:

Přijme-li se závěr, že nepřípustnost policejní provokace „lze dovodit již z toho, že není upravena zákonem a nesplňuje požadavek zákonného podkladu činnosti státní moci, vyslovený v článku 2 odst. 3 Ústavy ČR a v článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod¨ [50] , pak již samotný fakt, že zkouška spolehlivosti je, jak co do svého účelu, tak co do svého provedení, upravena zákonnou normou (nyní ZGIBS), způsobuje, že absentuje jedna z okolností (tj. nedostatek zákonné úpravy), pro které by měla být označena za nepřípustnou.

Namístě není ani ztotožnění zkoušky spolehlivosti, míněno její zákonné úpravy, s policejní provokací, a to již proto, že její právní reglementace nevykazuje rysy činnosti nepřípustné policejní provokace ve smyslu shora uvedené judikatury ESLP, Ústavního soudu, jakož i německého BGH.

Institut „agenta provokatéra“, k úpravě jehož činnosti přistoupila např. Slovenská republika pro účely postihu korupčního jednání veřejného činitele a zahraničního veřejného činitele přijetím ustanovení § 117 odst. 2 zákona č. 301/2005 Z. z., trestný poriadok [51] , resp. s jehož úpravou na území České republiky počítal návrh zákona novelizujícího trestní řád, rovněž stojí na již zmíněné koncepci *sting operation*, která nejde proti judikatuře ESLP, ani Ústavního soudu [52] .

Zákonná dikce zkoušky spolehlivosti neobsahuje oprávnění zkoušející osoby iniciovat trestnou činnost zkoušené osoby.

Důvodová zpráva k ZGIBS zdůrazňuje, že zkouška spolehlivosti „spočívá obecně v navození situace, kterou je zkoušená osoba povinna řešit“, přičemž „v souladu s obecnými právními zásadami nesmí jednání osoby, která zkoušku provádí, stejně jako například jednání policejního orgánu při využití institutu předstíraného převodu (§ 158c trestního řádu), vyvolat úmysl osoby spáchat protiprávní jednání a nesmí jím být ovlivněny přitěžující okolnosti (provokace je nepřípustná).“ [53] Jednání pracovníka Generální inspekce bezpečnostních sborů (dále jen „GIBS“), který zkoušku provádí, nesmí naplňovat znaky provokace, za provokaci naopak „nelze považovat pouhé vytváření předpokladů pro situaci, která je vhodná k provedení zkoušky spolehlivosti (zkontaktování policisty, zorganizování schůzky, zajištění prostorů pro schůzku)“. Tímto konstatováním na straně druhé není řečeno, že provedená zkouška spolehlivosti v konkrétním případě, právě v důsledku nedodržení jejích zákonných podmínek, nemůže být označena za policejní provokaci.

Realizace oprávnění upraveného zákonem – pokud by jeho samotná dikce nebyla v rozporu s ústavními kautelami – nemůže vést k závěru, že zakládá nepřípustnou policejní provokaci. Pokud byl

postup policejního orgánu (zkoušku spolehlivosti provádějícího inspektora) legální a v mezích zákona, konkrétně u zkoušek spolehlivosti provedených za účinnosti zákona o PČR v souladu s jeho ustanovením § 107 odst. 1, 2 (nyní § 41 odst. 1, 2 ZGIBS), a na tento policejní úkon zkoušená osoba reagovala nezákonným způsobem, nelze hovořit o policejní provokaci (srov. rozsudek ESLP ve věci Natalja Kuzmickaja proti Litvě).

Z výše uvedených rozhodnutí ESLP, Ústavního soudu i BGH zabývajících se problematikou policejní provokace a jejího odlišení od policejní kontroly lze dovodit, že zmíněná judikatura (např. Natalja Kuzmickaja proti Litvě, I. ÚS 591/01, I. ÚS 607/02, 1 StR 148/84) do policejní provokace nezahrnuje, a tedy jako *„lege artis“* ještě připouští provokaci na bázi konceptu tzv. *sting operation* [54] , neboli jakého si „popíchnutí“ jiného k trestnému činu již rozhodnutého, resp. podezřelého z něj, nebo někoho, kdo již dříve trestný čin spáchal. Toto „popíchnutí“ podle označené metody, jakožto povolený podnět, lze použít vůči osobě, u níž byly prokázány její sklony *(„predisposition“)* ke spáchání činu a plány kriminální povahy *(„criminal design“)*, tj. vůči tzv. neopatrnému pachateli *(„unwary criminal“)*, u něhož – na rozdíl od neopatrného nevinného *(„unwary innocent“)* – pak použití metody *sting operation*, resp. jí vyvolaný podnět není pokládán za nedovolenou provokaci. [55]

Při rozhodování o právní povaze zkoušky spolehlivosti nelze nevzít na zřetel její legální účel definovaný ustanovením § 41 odst. 1 ZGIBS. Připomíná se, že dle její dikce „Příslušník inspekce je oprávněn k předcházení, zamezování a odhalování protiprávního jednání provést u příslušníka nebo zaměstnance (dále jen „zkoušená osoba“) zkoušku spolehlivosti.“ Předcházení, zamezování a odhalování protiprávního jednání u příslušníka nebo zaměstnance pojmově předpokládá, že to, čemu má být u zkoušené osoby předcházeno, zamezeno nebo co má být odhaleno, tzn. protiprávní jednání zkoušené osoby, musí v době úvah o provedení zkoušky spolehlivosti existovat. Jinými slovy řečeno, musí zde být buď podezření vůči takové osobě z možného protiprávního jednání, jemuž se chce předejít nebo zamezit, anebo zde takové jednání již muselo nastat, má-li být odhaleno.

Citované ustanovení tak přinejmenším implicitně požaduje (stejně jako judikatura Ústavního soudu ve vztahu k rozhodování o realizaci předstíraného převodu nebo použití agenta podle trestního řádu) jako klíčový předpoklad legální zkoušky spolehlivosti existenci určitého konkrétního podezření, že zkoušená osoba se protiprávního jednání zamýšlí dříve (zamezení) či později (předcházení) dopustit, anebo se ho již dopustila (odhalování). Tudíž je zde hypotéza: podezření z protiprávního jednání, které je namístě ověřit, nebo vyvrátit provedením právě zkoušky spolehlivosti. Obsah § 41 odst. 1 ZGIBS v důsledku toho vyhovuje požadavkům judikatury výše vzpomínaných institucí evropských, zahraničních i domácích, tj. požadavku na existující stav tzv. *„sting operation“*, který indikuje, že se nejedná o (nepřípustnou) policejní provokaci.

O policejní provokaci nepřípustné lze naopak hovořit v případech skutečného vzbuzení rozhodnutí v jiném spáchat trestný čin, pro který má být nebo bude trestně stíhán, popř. v případech podstatného ovlivnění úrovně či intenzity již plánovaného trestného činu. Jinými slovy, policejní provokace musí být *conditio sine qua non* následně spáchaného činu osobou takto vyprovokovanou nebo alespoň podstatně vyšší úrovně či intenzity již plánovaného trestného činu. Byl-li by trestný čin v posuzované úrovni či intenzitě spáchán i bez takovéto provokace, nelze aktivitu, která k trestnému činu přispěla za (nepřípustnou) policejní provokaci považovat. Tomu korespondují i slova důvodové zprávy k § 41 ZGIBS: „Při zkoušce spolehlivosti se osoba ji provádějící nemůže samozřejmě dopouštět protiprávní činnosti. … nesmí jednání osoby, která zkoušku provádí, … vyvolat úmysl osoby spáchat protiprávní jednání a nesmí jí být ovlivněny přitěžující okolnosti (provokace je nepřípustná).“

Zkouška spolehlivosti provedená v souladu s její úpravou v zákoně a při dodržení uvedených zásad vůči osobě (před)podezřelé [56] , tj. jakožto realizace oprávnění pracovníka inspekce navodit situaci, kterou je zkoušená osoba povinna řešit, nemůže být považována za (nepřípustnou) policejní provokaci již z hlediska teorie příčinného vztahu ve smyslu „podmínky, bez které nelze“. Jinak

vyjádřeno, z hlediska příčinného vztahu takto provedenou zkoušku spolehlivosti, resp. jí navozenou situaci jednáním zkoušejícího inspektora, nelze hodnotit jako aktivitu další osoby, tj. zkoušejícího, která má v probíhajícím ději trestného jednání podstatný nebo určující prvek trestného činu coby jeho příčina. Legálně provedená zkouška spolehlivosti, při které nedojde ze strany příslušníka inspekce či jiné osoby provádějící takovou zkoušku (§ 41 odst. 4 zák. č. 341/2011 Sb.) k nepřípustnému ovlivnění jednání zkoušené osoby způsobem zakládajícím policejní provokaci, nemůže být proto pokládána za skutečnost, bez níž by ke spáchání trestného činu zkoušenou osobou nedošlo. Dovozování odlišného závěru, shledávajícího v zákonně nastavené a takto provedené zkoušce spolehlivosti podstatný a rozhodující faktor iniciující spáchání trestného činu zkoušenou osobou, by odporovalo výkladu příčinného vztahu trestněprávní naukou i praxí. Trestněprávní teorie zdůrazňuje, že „teorie podmínky, zakládající v samotném pojetí *conditio sine qua non* příliš širokou odpovědnost, je korigována především za použití zásad umělé izolace jevů a gradace příčinné souvislosti (konkrétního zkoumání příčinných vztahů), jakož i zkoumáním vztahu kauzality a zavinění a s ním souvisejícím tzv. přerušením příčinné souvislosti“. [57]

Z dosud uvedeného plyne, že s policejní provokací nelze ztotožňovat takové jednání příslušníka inspekce (příp. jiné osoby provádějící zkoušku spolehlivosti), realizované vůči osobě (před)podezřelé, jež se omezí na navození situace, kterou je zkoušená osoba povinna řešit. Byť v jeho důsledku může dojít k tomu, že se zkoušená osoba dopustí protiprávního jednání, nelze tuto aktivitu příslušníka inspekce pokládat za součást následně realizovaného protiprávního jednání této osoby (tj. za podstatný nebo určující prvek trestného činu), neboť samotným navozením dané situace není zkoušená osoba nikterak přinucena či nezákonně pozitivně ovlivněna protiprávní čin spáchat. Naopak je zcela na volbě této osoby, zda situaci vyřeší zákonu odpovídajícím způsobem, jak se u příslušníka nebo zaměstnance – coby zkoušených osob – primárně předpokládá, či zda při řešení navozené situace profesně selže. S variantou druhou je pak namístě spojovat vyvození právní, potažmo i trestněprávní odpovědnosti.

Důvody, které vedly k tomu, že senáty Nejvyššího soudu vydaly zdánlivě zcela protichůdně vyznívající rozhodnutí, lze spatřovat v zásadě v těchto skutečnostech.

V rozsudku sp. zn. 8 Tz 39/2013 dospěl Nejvyšší soud k závěru, že skutečnosti zjištěné stran (před)podezření obviněného z předchozího páchání majetkových deliktů nebyly dostačující (dostatečně konkrétní) k provedení zkoušky spolehlivosti a že nebylo prokázáno vlastní aktivní protiprávní jednání obviněného, které se stalo předmětem trestního posouzení, neboť bylo zcela vyprovokováno. Nejvyšší soud shledal, že se o policejní provokaci jednalo proto, že nenastaly zákonné podmínky k provedení zkoušky spolehlivosti vůči obviněnému, neboť příslušné orgány nedisponovaly dostatečnými poznatky o určité míře jeho podezřelosti.

Důvodem k nařízení zkoušky spolehlivosti podle § 107 odst. 1 zák. č. 273/2008 Sb., nyní § 41 odst. 1 ZGIBS, bylo „zjištění, že obviněný je zadlužený a splátky dluhů jsou vyšší, než odpovídá jeho příjmu, a peníze si půjčuje od známých, a rovněž poznatek, že se v předcházejícím období ztrácely na obvodním oddělení stravenky a peníze“. I když z těchto okolností, pro něž byla zkouška spolehlivosti nařízena, nevyplývalo konkrétní podezření, že se obviněný dopouští majetkové trestné činnosti, byla v rámci zkoušky spolehlivosti navozena situace, při níž obviněný převzal fiktivní nález tašky s peněženkou obsahující určitou finanční částku (podle provedeného dokazování se obsah peněženky nepodařilo řádně objasnit). Na základě výsledků uvedené zkoušky spolehlivosti nebylo možné učinit žádný jistý poznatek, zda si obviněný fiktivní nález ponechal, neboť se tento fiktivní nález ztratil, a proto byl i závěr zkoušky spolehlivosti nejednoznačný. Bylo tedy podle výsledků soudního dokazování třeba učinit závěr, že obviněný nespáchal majetkový delikt. Pro ten se také řízení před soudem nevedlo, neboť obviněný byl stíhán pro přečin zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 odst. 1 písm. a) tr. zákoníku. Základem skutkových zjištění se stal pouze děj, který byl navozen zkouškou spolehlivosti a byl celý vykonstruován Inspekcí. Obviněný před tím, než došlo k realizaci zkoušky

spolehlivosti, nebyl podle provedeného dokazování rozhodnut spáchat žádný trestný čin, a to ani majetkový, ale ani spočívající ve zneužití pravomoci úřední osoby (spatřovaný v nezaevidování nálezu předmětné tašky s peněženkou), pro který byl později stíhán. V době zkoušky spolehlivosti plnil své běžné pracovní povinnosti. Pokud by nebyla zinscenována situace provedenou zkouškou spolehlivosti, obviněný by se žádného trestného jednání majetkové ani jiné povahy nedopustil a ani to neměl zjevně v úmyslu. Právě v rámci této zkoušky spolehlivosti, při které ovšem příslušné orgány nedisponovaly dostatečnými poznatky o určité míře podezřelosti zkoušeného, šlo o aktivní činnost policie směřující k tomu, aby obviněného podnítila ke spáchání konkrétního trestného činu s cílem získat usvědčující důkazy a vyvolat jeho trestní stíhání. Záměrem a cílem této zkoušky bylo vzbudit u obviněného úmysl spáchat trestný čin, přestože obviněný takový úmysl neměl, a spáchat žádný trestný čin ani nezamýšlel. Z těchto důvodů byl ve věci Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 39/2013, a to s ohledem na konkrétní zjištěné okolnosti, učiněn závěr, že se jednalo o policejní provokaci, při níž došlo k nepřípustnému zásahu státu do skutkového děje, jenž ve své komplexnosti tvořil trestný čin, pro který byl obviněný postaven před soud.

V trestní věci sp. zn. 3 Tz 61/2013 byly podle zjištění Nejvyššího soudu splněny požadavky ustanovení § 107 odst. 1 zákona o PČR. V konkrétnosti doložil, že zkoušející komisař se omezil pouze na samotné navození situace (§ 107 odst. 2 zákona o PČR) a reakce na podněty zkoušené osoby, aktivní byl samotný obviněný (zkoušený), ohledně jehož osoby byly soustředěny dostatečné poznatky odůvodňující realizaci zkoušky spolehlivosti. Na základě těchto skutkových okolností (dostatečnost podezření, prosté navození situace k řešení bez doprovázejících prvků provokačního jednání a aktivita zkoušeného policisty) zaujal proto Nejvyšší soud závěr, že o policejní provokaci jít nemohlo.

Na základě zobecnění poznatků plynoucích z právní úpravy a dalších podkladů dospěl Nejvyšší soud k výše uvedené podobě právní věty II.

Z uvedeného plyne, že Nejvyšší soud nevyhověl návrhu IKSP na nahrazení pojmu „policejní provokace“ termínem jím navrženým, neboť v rámci právní věty I. byl vymezen obecný obsah tohoto pojmu a v tomto pojímání byl užit i při hodnocení zkoušky spolehlivosti, a to při vědomí, že tuto zkoušku neprovádí inspektor GIBS jako policejní orgán, ve smyslu § 12 odst. 2 tr. ř. Pojem „policejní provokace“ je používán v širším smyslu, a to ve vztahu ke všem policejním orgánům (nejen ve vztahu k Polici ČR) a zároveň i k činnosti Policie ČR, případně GIBS v rámci zkoušky spolehlivosti, kde nejde ještě o trestní řízení. Takto je tento pojem chápán i v dosavadní judikatuře Nejvyššího soudu i Ústavního soudu (např. sp. zn. III. ÚS 597/99), a proto není důvodu jej měnit.

Požadavek Krajského soudu v Ostravě, že o procesně použitelné důkazy získané během zkoušky spolehlivosti se může jednat tehdy, pokud k jejímu provedení bylo přistoupeno na základě důvodného podezření protiprávního jednání zkoušené osoby, je implicitně vyjádřen v právní větě textem „realizované podle § 41 zák. č. 341/2011 Sb.“ a blíže rozveden v odůvodnění stanoviska.

K rozporu stanoviska a právního názoru vysloveného ve věci vedené u Nejvyššího soudu pod sp. zn. 11 Tdo 161/2014, tvrzenému Nejvyšším státním zastupitelstvím, se poznamenává, že jde o rozpor jen zdánlivý. V citovaném rozhodnutí byl Nejvyšším soudem zaujat právní názor o absolutní neúčinnosti důkazů získaných při ohledání místa činu v důsledku neodstranitelné procesní vady (absence písemného prohlášení uživatele nemovitosti vyžadovaného znění § 83a odst. 3 tr. ř.), jíž byl tento procesní úkon stižen. Z toho vyplývá, že otázka přípustnosti či nepřípustnosti důkazů v duchu stanoviska míří jinam, než se děje v citovaném rozhodnutí Nejvyššího soudu. Jinak řečeno, orgány činné v trestním řízení, podle názoru vyjádřeného ve věci sp. zn. 11 Tdo 161/2014, postupovaly v rozporu s ustanovením § 83a tr. ř., tedy *contra legem*, kdežto ve věci řešené pod sp. zn. 3 Tz 61/2013 postupovaly inspekční orgány v souladu s ustanovením § 41 ZGIBS, tedy *secundum et intra legem*.

Procesní využitelnost důkazů pořízených během zkoušky spolehlivosti (zejm. zvukové a obrazové

záznamy, úřední záznamy atd.) je nezbytné řešit s přihlédnutím k právní úpravě dokazování obsažené v trestním řádu, potažmo k úpravě vztahující se k ochraně práv osobnosti, jež by mohla být dotčena. Trestní řád jako podmínku procesní účinnosti důkazu nestanoví, že tento je opatřen či procesně zajištěn (zadokladován) výlučně postupem upraveným některým z jeho ustanovení. *A priori* tedy nedochází k vyloučení důkazu pro jeho procesní neúčinnost z trestního procesu pouze proto, že jeho zajištění a obstarání pro účely dokazování není upraveno konkrétním ustanovením trestního řádu. Byť je nastolena zřetelná tendence k přesunu zákonné úpravy důkazních prostředků z jiných zákonů do trestního řádu, daná vytvořením jasných pravidel pro procesní přípustnost těchto prostředků od počátku trestního řízení v návaznosti na ochranu základních lidských práv a svobod (viz např. ustanovení o operativně pátracích prostředcích), jejich případné zakotvení v těchto jiných obecně závazných právních předpisech (právní síly zákona) je bez dalšího nediskvalifikuje stran možnosti jejich využití v trestním řízení. Tímto způsobem k nim nepřistupuje ani trestně procesní teorie. Lze to dokladovat např. úvahami o možnosti využití tzv. podpůrných operativně pátracích prostředků (v dřívější době § 23a až 23f zákona o PČR a § 33b až 33f celního zákona a § 16a až 16c zákona o Vězeňské službě a justiční stráži) [58] , používaných zpravidla již ve stadiu předcházení trestné činnosti, ve vztahu k nimž byl vysloven názor, že „Jejich zařazení v jiném předpise než v trestním řádu neznamená, že jejich výsledky není možno automaticky použít v trestním řízení, bude tomu tak ovšem v míře omezené. Věrohodnost těchto je totiž *a priori* snížena tím, že právní úprava jejich povolení a použití není uvedena v trestním řádu, ale v rámci jiného právního předpisu. Platí obecná zásada trestního řízení, podle které lze za důkaz považovat vše, co může přispět k objasnění věci (§ 89 odst. 2 tr. ř.) za podmínek, že nepůjde o důkazy získané nezákonným donucením nebo hrozbou takového donucení… (§ 89 odst. 3 tr. ř.).“ [59] Lze usuzovat, že obdobným způsobem je namístě přistupovat i k důkazům obstaraným během zkoušky spolehlivosti. [60]

Z předložených dvou rozhodnutí Nejvyššího soudu se k otázce (ne)použitelnosti důkazů opatřených při provedené zkoušce spolehlivosti vyslovil rozsudek vydaný pod sp. zn. 8 Tz 39/2013. V něm si soud – s ohledem na to, že „její úprava není jakkoli vymezena v trestním řádu“ – položil otázku, zda výsledek této zkoušky „může sloužit jako důkaz v trestním řízení (§ 89 odst. 2 tr. ř., neboť na způsob jejího provedení nedopadá ani ustanovení § 158c tr. ř. o předstíraném převodu věci“). Poukázal na obsah ustanovení § 89 odst. 2 tr. ř. („Za důkaz může sloužit vše, co může přispět k objasnění věci… Skutečnost, že důkaz nevyhledal nebo nevyžádal orgán činný v trestním řízení, není důvodem k odmítnutí takového důkazu.“), aby posléze, poté co v jím přezkoumávané věci dospěl k závěru, že „se jednalo o provokaci (iniciování trestného činu), a tedy šlo o nepřípustný zásah státu do skutkového děje“, procesní neúčinnost důkazu dovodil právě z tohoto faktu, tj. porušení pravidel zákonného a spravedlivého procesu zaručeného čl. 6 Úmluvy [„V takovém případě nemůže zkouška spolehlivosti, resp. její výsledek v podobě obrazového a zvukového záznamu či úřední záznam o ní sepsaný (§ 107 odst. 4 zák. č. 273/2008 Sb.) sloužit jako důkaz ve smyslu § 89 odst. 2 tr. ř., pokud se toto řízení vede pro skutek, který byl předmětem zkoušky spolehlivosti“]. Tento právní závěr je akceptovatelný, ovšem pouze v situaci, kdy by bylo nezbytné provedenou zkoušku spolehlivosti označit za policejní provokaci ve smyslu výše vyloženém, tj. v případech, kdy by se aktivita ve smyslu iniciace spáchání trestného činu projevila po navození jejích podmínek, tzn. v rámci jejího vlastního průběhu.

Z usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 3 Tz 61/2013, který se k problematice povahy důkazu explicitně nevyjádřil, je nezbytné dovodit, že zkoušku spolehlivosti, resp. její výsledky, považoval za důkaz (důkazní prostředek) ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 tr. ř.

Za důkaz ve smyslu § 89 odst. 2 tr. ř. lze důkazní materiál opatřený postupem podle § 41 odst. 6 zákona č. 341/2011 Sb. považovat proto, že obrazové a zvukové záznamy dokumentující průběh zkoušky, stejně jako pořízený úřední záznam, jsou důkazními prostředky, které mohou ve smyslu citovaného ustanovení přispět k objasnění věci. Generální inspekci bezpečnostních sborů, jejíž pracovníci zkoušku spolehlivosti provádějí, je za orgán činný v trestním řízení [§ 12 odst. 2 písm. b)

tr. ř.] možno pokládat teprve při činnostech prováděných podle trestního řádu, což není případ zkoušky spolehlivosti prováděné podle ZGIBS. Ovšem skutečnost, že důkaz nevyhledal nebo nevyžádal orgán činný v trestním řízení, není důvodem k odmítnutí takového důkazu.

Z uvedeného plyne, že pokud je zkouška spolehlivosti provedena zákonu odpovídajícím způsobem [61] , přičemž nedojde ze strany příslušníka inspekce či jiné osoby provádějící takovou zkoušku (§ 41 odst. 4 zák. č. 341/2011 Sb.) k nepřípustnému ovlivnění jednání zkoušené osoby způsobem zakládajícím policejní provokaci, jsou obrazový a zvukový záznam dokumentující její průběh a inspekcí pořízený úřední záznam o ní (§ 41 odst. 6 ZGIBS) důkazem ve smyslu § 89 odst. 2 tr. ř.

Naopak, došlo-li v průběhu zkoušky k excesivnímu jednání zkoušejícího inspektora, které iniciovalo zkoušenou osobu ke spáchání trestného činu, případně byla-li tato zkouška provedena tak, že je ji za policejní provokaci nezbytné označit z jiného důvodu (např. nepřípustné ovlivnění právní kvalifikace skutku, její provedení vůči osobě, ohledně níž nebyly zjištěny poznatky odůvodňující její realizaci, apod.), potom ve vztahu k obrazovým a zvukovým záznamům a inspekcí pořízenému úřednímu záznamu, s přihlédnutím k připomínce Vrchního soudu v Olomouci, platí to, co vyjadřuje právní věta III.

---

[1] *V rozhodnutí odkázáno na rozhodnutí ze dne 15. 6. 1992, stížnost č. 12433/86 (Lüdi proti Švýcarsku) a rozhodnutí ze dne 9. 6. 1998, stížnost č. 25829/94 (Teixeira de Castro proti Portugalsku).*

[2] *V rozhodnutí odkázáno na nález Ústavního soudu ze dne 22. 6. 2000, sp. zn. III. ÚS 597/99, nález ze dne 25. 6. 2003, sp. zn. II. ÚS 710/01, a usnesení ze dne 29. 1. 2003, sp. zn. I. ÚS 728/01.*

[3] *V rozhodnutí odkázáno na usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 2. 2004, sp. zn. 5 Tdo 1366/2003, usnesení ze dne 30. 6. 2004, sp. zn. 5 Tdo 716/2004 a usnesení ze dne 21. 6. 2006, sp. zn. 5 Tdo 718/2006.*

[4] *Právní názory vyjádřené Nejvyšším soudem v trestní věci P. S. (8 Tz 39/2013) a S. K. (3 Tz 61/2013) byly učiněny ve vztahu k aplikaci § 107 zák. č. 273/2008 Sb., podle něhož:*

> *(1) Inspektor je oprávněn k předcházení, zamezování a odhalování protiprávního jednání provést u policisty, zaměstnance policie, inspektora a zaměstnance inspekce (dále jen „zkoušená osoba“) zkoušku spolehlivosti.*
>
> *(2) Zkouška spolehlivosti spočívá v navození zdání situace, kterou je zkoušená osoba povinna řešit.*
>
> *(3) K provedení zkoušky spolehlivosti může inspektor využít pod svým osobním a bezprostředním vedením i jinou osobu s jejím souhlasem.*
>
> *(4) Průběh zkoušky spolehlivosti inspektor dokumentuje obrazovým a zvukovým záznamem a sepíše o něm úřední záznam. Záznam o provedení zkoušky spolehlivosti se v jednom vyhotovení založí do osobního spisu zkoušené osoby.*
>
> *(5) O provedení zkoušky spolehlivosti musí být zkoušená osoba bez zbytečných průtahů prokazatelně informována. To neplatí, pokud by informování ohrozilo plnění úkolů konkrétního trestního řízení nebo plnění úkolu v oblasti kontroly policie. V případě překážky podle věty druhé je zkoušená osoba informována poté, co ohrožení pomine. Po informování má zkoušená osoba právo nahlížet do pořízené dokumentace.*
>
> *(6) Prováděním zkoušky spolehlivosti nesmí dojít k bezprostřednímu ohrožení nebo poškození zdraví osob anebo majetku.*
>
> *Odlišnost pozdější právní úpravy v jejích odstavcích 1 a 2 § 107 a § 41, jakožto klíčových z hlediska podstaty tohoto stanoviska, spočívá jen v jiné terminologii (odst. 1), jakož i ve vypuštění slova „zdání“ v odst. 2. Tyto změny nijak neovlivňují právní závěry předloženého stanoviska.*

[5] *VANGELI, B. Zákon o Policii České republiky, Komentář, 1. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, s. 341-342.*

[6] *HERCZEG, J. Systém řízené provokace v boji proti korupci a principy právního státu. Bulletin advokacie, 2011, č. 4, s. 25 a násl., STŘÍŽ, I. Zkouška spolehlivosti jako důkaz v trestním řízení, Státní zastupitelství, 2014, č. 3, s. 23 a násl., VANGELI, B. Máme již návod, jak správně dělat zkoušky spolehlivosti? In: Zkouška spolehlivosti – 5 let praxe v České republice. Kolektivní monografie příspěvků k problematice provádění zkoušek spolehlivosti v podmínkách právního řádu České republiky. Praha: GIBS, 2014, s. 79 a násl.*

[7] *HERCZEG, J. opus cit. v pozn. č. 6, „Možnost použít tento záznam jako důkaz v trestním řízení před soudem je však sporný… Její použití (pozn. zkoušky spolehlivosti) upravuje policejní zákon (pozn. v současnosti ZGIBS), nikoli trestní řád. Tato okolnost zásadním způsobem snižuje možnost použití důkazů, které pomocí této zkoušky mohou být opatřeny.“*

[8] *STŘÍŽ, I. opus cit. v pozn. č. 6, „Jestliže tedy vyjdeme z předpokladu, že zkouška spolehlivosti, pokud by měla sloužit pro potřeby trestního řízení, má rysy provokačního jednání, pak důkazy touto zkouškou pořízené (zvukové a obrazové, úřední záznamy, atd.) nelze použít v trestním řízení jako důkaz, a to ve vztahu ke skutku, který byl předmětem zkoušky spolehlivosti.“*

[9] *„Možnost použít výsledku testu v trestním řízení vedeném o jednání policisty nebo zaměstnance, kterého se dopustil z důvodu použití testu, není vyloučena.“*

[10] *„Možnost použít výsledek testu (záznamy) jako důkazu v trestním řízení vedeném například o jednání příslušníka bezpečnostního sboru, kterého se dopustil během použití testu, není s ohledem na znění § 89 odst. 2 trestního řádu vyloučena.“*

[11] *V posuzované věci byl zaujat právní názor, že stíhání obviněného je z hlediska ústavního pořádku České republiky nepřípustné, neboť odporuje nejen článku 8 odst. 2 a článku 39 Listiny, ale také článku 7 odst. 1 Úmluvy. Blíže STŘÍŽ, I. opus cit. v pozn. č. 6.*

[12] *STŘÍŽ, I. opus cit. v pozn. č. 6, rozhodnutí sp. zn. 8 Tz 39/2013.*

[13] *Rozhodnutí sp. zn. 3 Tz 61/2013.*

[14] *Shodně HERCZEG, J. opus cit. v pozn. č. 6, usnesení Ústavního soudu ze dne 29. 1. 2003, sp. zn. I. ÚS 728/01; jedinou právní normou, v níž je zmínka o policejní provokaci, je ustanovení § 14 odst. 1 písm. c) zák. č. 119/1990 Sb., o soudní rehabilitaci. Nepřímo se o ní jako o nedovolené zmiňuje ustanovení § 363 odst. 3 tr. zákoníku.*

[15] *MUSIL, J. Policejní provokace v teorii, legislativě a judikatuře, Státní zastupitelství, 2014, č. 3, s. 10 a násl.*

[16] *KARABEC, Z. Použití agenta proti organizovanému zločinu, Trestněprávní revue, 2011, č. 8, s. 225 a násl.*

[17] *KRATOCHVÍL, V. Policejní provokace „trestného činu“ z pohledu právního a ústavněprávního. Trestní právo, 2001, č. 10, s. 2 a násl.*

[18] *CHMELÍK, J. Úvahy o agentu provokatéru a korunním svědkovi, Kriminalistika, 2005, č. 1, s. 1 a násl.*

[19] *CIMR, V. K zákonnosti provokace trestného činu policejními orgány (trestnost vyprovokovaného pachatele). Trestní právo, 2001, č. 2, s. 11.*

[20] *MUSIL, J. opus cit. v pozn. č. 15.*

[21] *SOTOLÁŘ, A., PÚRY, F., WORATSCHOVÁ, V. Posuzování policejní provokace, Trestněprávní revue, 2002, č. 11, s. 313 a násl.*

[22] *ŠÁMAL, P., MUSIL, J., KUCHTA, J. a kol. Trestní právo procesní, 4., přepracované vydání, Praha: C. H. Beck, 2013, s. 64.*

[23] *SOTOLÁŘ, A., PÚRY, F., WORATSCHOVÁ, V., opus cit. v pozn. 21.*

[24] *Zejména rozsudky ze dne 20. 11. 1989, stížnost č. 11454/85 (Kostovski proti Nizozemí), ze dne 9. 6. 1998, stížnost č. 25829/94 (Teixeira de Castro proti Portugalsku), ze dne 5. 2. 2008, stížnost č. 74420/01 (Ramanauskas proti Litvě), ze dne 15. 6. 1992, stížnost č. 12433/86 (Lüdi proti Švýcarsku), ze dne 21. 2. 2008, stížnost č. 15100/06 (Pyrgiotakis proti Řecku), ze dne 10. 6. 2008, stížnost č. 27968/03 (Kuzmickaja proti Litvě), ze dne 1. 7. 2008, stížnost č. 10071/04 (Malininas proti Litvě), ze dne 29. 9. 2009, stížnosti č. 23782/06 a č. 46629/06 (Konstantin a Stoian proti Rumunsku), ze dne 20. 10. 2009, stížnost č. 18545/06 (Sequeira proti Portugalsku), ze dne 15. 12. 2009, stížnost č. 17570/04 (Burak Hun proti Turecku), ze dne 4. 11. 2010, stížnost č. 18757/06 (Bannikova proti Rusku), ze dne 9. 11. 2010, stížnost č. 20307/02 (Ali proti Rumunsku), ze dne 8. 1. 2013, stížnost č. 25282/07 (Baltinš proti Lotyšsku). Citovaná rozhodnutí ilustrují problém „policejní provokace“ jak ve smyslu pozitivním, tzn. co provokací je (např. Teixeira de Castro proti Portugalsku), tak i ve smyslu negativním, tj. co provokací není (např. Lüdi proti Švýcarsku, Bannikova proti Rusku).*

[25] *Zejména nálezy ze dne 22. 6. 2000, sp. zn. III. ÚS 597/99, ze dne 25. 6. 2003, sp. zn. II. ÚS 710/01, a ze dne 6. 6. 2006, sp. zn. III. ÚS 291/03, a usnesení ze dne 29. 1. 2003, sp. zn. I. ÚS 728/01, ze dne 24. 3. 2004, sp. zn. III. ÚS 29/04, ze dne 1. 4. 2004, sp. zn. II. ÚS 797/02, ze dne 4. 11. 2004, sp. zn. I. ÚS 14/04, ze dne 13. 1. 2005, sp. zn. III. ÚS 323/04, ze dne 27. 9. 2005, sp. zn. I. ÚS 610/03, ze dne 22. 11. 2005, sp. zn. I. ÚS 411/04, ze dne 13. 6. 2006, sp. zn. I. ÚS 151/04, ze dne 16. 8. 2006, sp. zn. IV. ÚS 566/05, ze dne 26. 4. 2007, sp. zn. III. ÚS 670/06, ze dne 13. 9. 2007, sp. zn. III. ÚS 1285/07, ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. II. ÚS 583/05, ze dne 6. 8. 2008, sp. zn. II. ÚS 677/06, ze dne 29. 10. 2009, sp. zn. IV. ÚS 407/07, ze dne 10. 8. 2010, sp. zn. I. ÚS 141/10, ze dne 1. 9. 2011, sp. zn. I. ÚS 744/11, a ze dne 26. 3. 2014, sp. zn. IV. ÚS 3801/13.*

[26] *KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 773.*

[27] *V bodě 47 odůvodnění rozsudku ESLP zmínil, že při určení dělicí čáry mezi legitimní infiltrací tajného agenta a podnícením k trestné činnosti musí soud zkoumat zejména otázku, zda byl pachatel vystaven tlaku k spáchání trestného činu, zda státní orgány upustily od*

pasivní role, tedy převzaly iniciativu při kontaktování pachatele, opětovně učinily nabídku navzdory jejímu předchozímu odmítnutí, nedůvodně pobízely kupř. zvýšením ceny, než je cena obvyklá apod.

[28] *Opus cit. v pozn. č. 27, s. 773.*

[29] *K otázce, že uznání viny obviněného nesmí být založeno výlučně nebo v rozhodující míře na výpovědi utajených svědků, viz např. rozsudek ze dne 26. 3.1996, stížnost č. 20524/92 (Doorson proti Nizozemí), ze dne 28. 6. 1993, stížnost č. 12489/86 (Windisch proti Rakousku), ze dne 23. 4. 1997, stížnost č. 21363/93 (Van Mechelen a ostatní proti Nizozemí), ze dne 28. 3. 2002, stížnost č. 47698/99 (Birutis a ostatní proti Litvě).*

[30] *Nález Ústavního soudu ze dne 22. 6. 2000, sp. zn. III. ÚS 597/99.*

[31] *Usnesení Ústavního soudu ze dne 19. 3. 2002, sp. zn. I. ÚS 591/01, obdobně usnesení Ústavního soudu ze dne 29. 1. 2003, sp. zn. I. ÚS 728/01, usnesení Ústavního soudu ze dne 19. 7. 2012, sp. zn. III. ÚS 1797/12.*

[32] *Usnesení Ústavního soudu ze dne 29. 1. 2003, sp. zn. I. ÚS 728/01.*

[33] *Usnesení Ústavního soudu ze dne 1. 9. 2011, sp. zn. I. ÚS 744/11, obdobně usnesení Ústavního soudu ze dne 13. 1. 2005, sp. zn. III. ÚS 323/04.*

[34] *Usnesení Ústavního soudu ze dne 6. 8. 2008, sp. zn. II. ÚS 677/06, obdobně např. usnesení Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. II. ÚS 583/05, usnesení Ústavního soudu ze dne 22. 11. 2005, sp. zn. I. ÚS 411/04, usnesení Ústavního soudu ze dne 13. 1. 2005, sp. zn. III. ÚS 323/04.*

[35] *srov. MUSIL, J. opus cit. v pozn. č. 15.*

[36] *Tento důvod nemusí být tak silný, aby zakládal důvodné podezření z trestného činu postačující k zahájení trestního stíhání.*

[37] *Rozsudek německého Bundesgerichtshof ze dne 23. 5. 1984, sp. zn. 1 StR 148/84; „Nach Ansicht des BGH soll eine Provokation dagegen erst dann vorliegen, wenn eine Person durch staatliche Stellen oder durch einen staatlich kontrolierten Dritten zu seiner Tat angeregt wird oder seine latent vorhandene Bereitschaft wesentlich intensiviert wird."*

[38] *Rozsudek německého Bundesgerichtshof ze dne 30. 5. 2001, sp. zn. 1 StR 42/01; „... der Tatenschluss muss vielmehr im Täter geweckt werden bzw. dessen bereits geplante Tat muss durch Beeinflussung ein völlig anderes Gepräge erhalten („Quantensprung").*

[39] *Strafprozessordnung – německý trestní řád. Neugefasst durch Bek. v. 7. 4. 1987 I 1074, 1319. Zuletzt geändert durch Art. 7 G v. 28. 8. 2013 I 3313.*

[40] *Rozsudek německého Bundesgerichtshof ze dne 18. 11. 1999, sp. zn. 1 Str 221/99.*

[41] *Rozhodnutí německého Bundesverfassungsgericht ze dne 26. 5. 1981, sp. zn. 2 BvR 215/81.*

[42] *Cohen, E. Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation. Universität Zürich, s. 198.*

[43] *Srov. např. HAY, B. Sting operations, undercover agents, and entrapment. Missouri Law Review, Spring, 2005, Vol. 70 Issue 2, s. 387 a násl. SQUIRES, D. The problem with entrapment. Oxford Journal of Legal Studies, 2006, Summer, s. 351 a násl. Dále viz odkaz č. 58.*

[44] *Z rozhodnutí Nejvyššího soudu lze poukázat např. na rozsudek ze dne 3. 5. 2000, sp. zn. 9 Tz 85/2000, usnesení ze dne 28. 8. 2002, sp. zn. 7 Tdo 461/2002, usnesení ze dne 11. 2. 2004, sp. zn. 5 Tdo 1366/2003, usnesení ze dne 20. 5. 2004, sp. zn. 6 Tdo 458/2004, usnesení ze dne 30. 6. 2004, sp. zn. 5 Tdo 716/2004, usnesení ze dne 24. 8. 2005, sp. zn. 5 Tdo 1005/2005, usnesení ze dne 21. 6. 2006, sp. zn. 3 Tdo 634/2006, usnesení ze dne 14. 11. 2007, sp. zn. 7 Tdo 896/2007, rozsudek ze dne 20. 2. 2013, sp. zn. 5 Tdo 1340/2012.*

[45] *Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 2. 2004, sp. zn. 5 Tdo 1366/2003, ve kterém šlo o případ prodeje drog. Obviněný R. K. byl uznán vinným pokusem trestného činu nedovolené výroby a držení omamných a psychotropních látek a jedů ve formě spolupachatelství společně se spoluobviněnou M. S. a M. K., kterého se dle tzv. skutkové věty dopustili dne 25. 9. 2001 v hotelu International v B. v souvislosti s prodejem cca 500 gramů heroinu za částku 28 000 DM osobám vystupujícím pod krycími jmény P. a R., příslušníkům kriminální policie Spolkového ministerstva vnitra Rakouské republiky jednajícím v rámci předstíraného převodu věci podle § 34 písm. c) zákona o PČR.*

[46] *Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 5. 2004, sp. zn. 6 Tdo 458/2004, ve kterém šlo o případ, kdy obviněný T. Z. byl uznán vinným přípravou k trestnému činu padělání a pozměňování peněz, když dne 24. 7. 2002 zajistil odbyt padělaných bankovek M. Z., který byl utajeným policistou. Posledně zmíněný posléze projevil zájem o nákup většího množství padělků, ke kterému nicméně následně nedošlo.*

[47] *Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2004, sp. zn. 5 Tdo 716/2004. V posuzované věci byl obviněný uznán vinným trestným činem nedovolené výroby a držení omamných a psychotropních látek a jedů, kterého se dopustil dvěma útoky spáchanými v souvislosti s prodejem tablet XTC v říjnu a listopadu roku 2002 utajenému vyšetřovateli. S obdobnými závěry srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. 11. 2007, sp. zn. 7 Tdo 896/2007.*

[48] *Shodně rovněž usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 6. 2006, sp. zn. 3 Tdo 634/2006.*

[49] *Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 2. 2013, sp. zn. 5 Tdo 1340/2012.*

[50] *MUSIL, J. opus cit. v pozn. 15.*

[51] *Blíže např. IVOR, J. Agent provokatér v trestnom konaní, Státní zastupitelství, 2004, č. 10-11, s. 23 a násl.*

[52] *Podle návrhu zákona (sněmovní tisk č. 988) mělo být v trestním řádu nově stanoveno, že „Agent nesmí jiného vybízet ke spáchání trestného činu; to neplatí, pokud jde o trestný čin přijetí úplatku (...) trestný čin podplácení (...) a trestný čin nepřímého úplatkářství (...), a zároveň okolnosti nasvědčují tomu, že pachatel by spáchal trestný čin i tehdy, pokud by agent nebyl použit". K opačným názorům srov. blíže NEJEDLÝ J. Proč je třeba odmítnout zavedení institutu agenta provokatéra do českého právního řádu, Trestněprávní revue, 2010, č. 6, s. 178 a násl.*

[53] *Důvodová zpráva k zákonu č. 341/2011 Sb., o Generální inspekci bezpečnostních sborů.*

[54] *K problematice „sting operation" a pojmům souvisejícím („entrapment", „encouragement", „defence of entrapment") viz zejm. FENYK, J. K operativním metodám odhalování korupce (Použití některých operativních metod k odhalování korupce a jiné trestné činnosti v USA z pohledu českých, resp. kontinentálních základů trestní odpovědnosti), Trestní právo, 2003, č. 2, s. 2, MUSIL, J. opus cit. v pozn. č. 15, IVOR, J. opus cit. v pozn. č. 55; srov. též prameny uvedené v pozn. č. 47.*

[55] *SOTOLÁŘ, A., PÚRY, F., WORATSCHOVÁ, V., opus cit. v pozn. č. 21.*

[56] *Míněna osoba, vůči níž operativní poznatky o možném protiprávním jednání opatřené a písemně zaznamenané v době předcházející provedení zkoušky spolehlivosti jsou dosud úrovně neumožňující realizaci postupu upraveného ustanovením § 160 odst. 1 tr. ř. a násl.*

[57] *blíže např. NOVOTNÝ, O., VANDUCHOVÁ, K., ŠÁMAL, P. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. 6. vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 166 a násl.*

[58] *De lege lata jsou tzv. podpůrné operativně pátrací prostředky upraveny v ustanoveních § 72 až § 77 zákona o PČR a § 16a až 16c zákona o Vězeňské službě a justiční stráži.*

[59] *FENYK, J., ŠANTA, J. Právní úprava postavení agenta v trestním řízení v České a Slovenské republice, Trestní právo 2007, č. 3, s. 8 a násl.*

[60] *Ostatně ani pramen již dříve citovaný, viz HERZCEG. J., opus cit. v pozn. č. 6 nutnost vyloučení takto obstaraných důkazů neformuloval („... je však sporný").*

[61] *Tj. po soustředění poznatků o možném protiprávním jednání prověřované osoby toliko navozením situace, kterou je zkoušená osoba povinna řešit, a následným jednáním zkoušejícího instruktora omezujícím se na adekvátní reakci na aktivitu zkoušeného.*