

**Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta**

Jana Ondráčková

**Operativně pátrací prostředky při odhalování drogové
kriminality**

Diplomová práce

Olomouc 2020

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma operativně pátrací prostředky při odhalování drogové kriminality vypracovala samostatně a citovala všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 24. května 2020

Jana Ondráčková

Ráda bych zde poděkovala doc. JUDr. Filipovi Ščerbovi, Ph. D. za vstřícnost, odborné rady a profesionální přístup při vedení této diplomové práce.

Obsah

Úvod	6
1. Operativně pátrací prostředky	8
1.1. Zákonné podmínky používání.....	9
1.2. Předstíraný převod	10
1.3. Sledování osob a věcí.....	13
1.4. Dílčí závěr.....	19
2. Užití agenta	21
2.1. Činnost agenta	21
2.2. Podmínky.....	23
2.3. Osoba agenta.....	28
2.4. Beztrestnost.....	30
2.5. Dílčí závěr.....	32
3. Policejní provokace	34
3.1. Judikatura ESLP	34
3.2. Judikatura ÚS	38
3.3. Dílčí závěr.....	39
4. Výsledky operativně pátrací činnosti	41
4.1. Procesní využitelnost důkazů	41
4.2. Agent jako svědek	44
4.3. Dílčí závěr.....	51
Závěr.....	53
Seznam použitých zdrojů.....	56
Abstrakt	61
Klíčová slova.....	61
Abstract	61
Keywords	61

Seznam použitých zkratk

TrŘ	Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád)
TZ	Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník
Listina	Zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod
Úmluva	Sdělení č. 209/1992 Sb., Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod
ÚS	Ústavní soud
NS	Nejvyšší soud
SPKV	Služba kriminální policie a vyšetřování
NSZ	Nejvyšší státní zastupitelství
BIS	Bezpečnostní informační služba
ÚZSI	Úřad pro zahraniční styky a informace
GIBS	Generální inspekce bezpečnostních sborů
ESLP	Evropský soud pro lidská práva
JŘ StZast	Vyhláška č. 23/1994 Sb., vyhláška Ministerstva spravedlnosti o jednacím řádu státního zastupitelství, zřízení poboček některých státních zastupitelství a podrobnostech o úkonech prováděných právními čekateli

Úvod

Tématem této diplomové práce jsou operativně pátrací prostředky při odhalování drogové kriminality s hlavním zaměřením na užití agenta. Cílem je uceleně uchopit zkoumanou problematiku, pojednat o české právní úpravě, vystihnout klíčové problémy a předejít k nim různé názory i své vlastní stanovisko. V některých částech je poukázáno na zahraniční úpravu, přičemž jsou zdůrazněny její přednosti i nedostatky. Španělsko, které bylo pro účel komparace vybráno, představuje pro jihoamerické distributory drog hlavní vstupní bránu na evropský trh a České republice může být jednotlivými ustanoveními, které se týkají užití agenta inspirací.

Domnívám se, že zákonná úprava operativně pátracích prostředků, účinná k datu 1. prosince 2019, z níž tento text vychází, přináší některé výkladové nejasnosti. Vystává například otázka, jaké prostory jsou při sledování osob a věcí chráněny nedotknutelností obydlí stanovenou v § 158d odst. 3 TrŘ, a zda znamená zásah do této nedotknutelnosti, když sledování za použití prostorových odposlechů provádí agent v rámci své činnosti poté, co do obydlí vstoupí na pozvání příslušné osoby. Práce, v níž je aplikována metoda analýzy a komparace svým rozsahem nemůže detailně rozebrat všechny nesrovnalosti týkající se daného institutu, pojednává však o řadě hlavních polemik, které s těmito prostředky souvisí, nabízí případná řešení lege ferenda a klade si za cíl odpovědět na výzkumné otázky, z nichž ty zásadní lze vymezit takto:

- Za jakých podmínek může policejní orgán pořídit prostorový odposlech komunikace v motorovém vozidle překupníků drog?
- Za jakých podmínek může agent pořídit obrazový či zvukový záznam v bytě, do kterého vstoupí na pozvání drogového překupníka?
- Které podmínky musí být splněny, aby policie mohla kontaktovat drogového dealera a nepřekročila přitom limity policejní provokace?
- Jaké jsou možnosti výslechu agenta jako svědka?

Zdroje, ze kterých práce vychází jsou především odborné články, příspěvky sborníků a judikatura ÚS i ESLP. Dále bylo čerpáno z komentářů a monografií, byť takových k této problematice není mnoho a je nutné brát v potaz, že kromě použitých zákonných ustanovení existuje též mnoho interních aktů, které podléhají utajení.

Práce je kromě úvodu a závěru členěna do čtyř kapitol, přičemž každá kapitola má své podkapitoly. První z nich vymezuje pojem operativně pátracích prostředků obecně, zabývá se předstíraným převodem a sledováním osob a věcí, ve stručnosti poukazuje na eventuální nejasnosti obou prostředků a nabízí vlastní návrhy na změnu právní úpravy. Druhá kapitola se již soustředí pouze na užití agenta, analyzuje nastavení jednotlivých ustanovení, navrhuje řešení nejasných míst, které může zvýšit efektivitu tohoto institutu a konkrétní části srovnává

se španělskou úpravou. Ve třetí kapitole je cílem vymezit pojem policejní provokace a najít hranici mezi přípustným a zakázaným policejním jednáním dle judikatury ESLP i ÚS. Čtvrtá kapitola analyzuje možné procesně využitelné důkazy v rámci použití operativně pátracích prostředků a na základě judikatury vymezuje podmínky pro utajení svědka, jímž je policejní agent.

K vypracování je po dohodě s vedoucím diplomové práce a katedry trestního práva povolen maximální rozsah 135 000 znaků. Čtenáře bych následujícím textem chtěla podnítit k zamyšlení nad nedostatky právní úpravy, jejich praktickými dopady a možným řešením.

1. Operativně pátrací prostředky

Operativně pátrací prostředky patří mezi právní instituty, ke kterým zákonodárce přistoupil pod tlakem hrozby organizované a jiné mimořádně závažné činnosti, a které jsou „netradičními“ procesními postupy umožňujícími efektivní odhalování a stíhání skryté kriminality.¹ Je však nutné odlišovat je od operativně pátracích prostředků podpůrných. To jsou opatření, jež také splňují vymezení operativně pátrací činnosti a policejní orgán je provádí ve stadiu předcházení páchaní trestných činů.² Rozumí se jimi využití informátora, krycích prostředků, krycích dokladů, zabezpečovací techniky a zvláštních finančních prostředků, používaných nikoliv podle TrŘ, ale podle § 72 až § 77 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky.

V rámci této práce se však budu zabývat pouze operativně pátracími prostředky dle TrŘ, které jsou taxativně vymezené v § 158b odst. 1 jako

- předstíraný převod,
- sledování osob a věcí,
- použití agenta.

Modifikovaná úprava byla převzata novelou č. 265/2001 Sb., účinnou od 1. ledna 2002, ze zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky. Došlo tak k rozšíření možnosti státního zástupce provádět dozor a zajistit výsledky operativně pátrací činnosti v trestním řízení. Operativně pátrací činností, v jejímž rámci jsou operativně pátrací prostředky užívány, se rozumí ucelený systém postupů

- uskutečněný oprávněným policejním útvarem podle zvláštních předpisů,
- převážně utajovaným způsobem,
- zaměřený k ochraně zájmů chráněných zákony a
- spočívající v soustavném získávání, shromažďování, prověřování či rozpracování operativních informací.³

Operativně pátrací prostředky představují souhrn speciálních kriminalistických opatření policejních orgánů, jejichž účelem je předcházení, odhalování a objasňování závažné trestné činnosti. Konkrétně lze hovořit o pátrání po ukrývajících se pachatelích, hledaných nezvěstných osobách a věcných důkazech.⁴

¹ usnesení ÚS ze dne 28. července 2008, sp. zn. II. ÚS 812/06

² NĚMEC, Miroslav. *Kriminalistická taktika pro policisty a studenty policejní akademie České republiky v Praze*. Praha: ABOOK s.r.o. 2017, s. 183

³ Tamtéž, s. 173

⁴ NĚMEC, Miroslav. *Kriminalistická taktika pro policisty a studenty policejní akademie České republiky v Praze*. Praha: ABOOK s.r.o. 2017, s. 181

I když jsou upraveny v rámci postupu před zahájením trestního stíhání, kdy lze prověřovat, zda došlo ke spáchání úmyslného trestného činu či nikoliv, přičemž cílem je opatřit potřebné podklady k zahájení trestního řízení,⁵ není omezeno pouze na toto stadium a jejich užití je přípustné i po zahájení či v rámci řízení před soudem.⁶ Získané informace je pak možné považovat za důkazy, tomu se dále věnuje čtvrtá kapitola.

Uvádí se, že objasněnost drogové kriminality je dlouhodobě velmi vysoká, od roku 2007 se údajně pohybuje mezi 80 % až 90 %.⁷ Důvodem je, že o většině drogových deliktů se policie dozví právě z vlastní operativně pátrací činnosti, kdy zpravidla současně s novým trestným činem zjistí i jeho pachatele.⁸ Přestože otázkou zůstává, v jaké míře se o trestné činnosti vůbec nedozví, pokusím se odpovědět na to, jak významnou roli hrají operativně pátrací prostředky při odhalování tohoto typu kriminality, zda zákonná úprava poskytuje předpoklad efektivního vyšetřování a záruku ochrany práv jednotlivců.

1.1. Zákonné podmínky používání

Operativně pátrací prostředky s ohledem na prvek relativního utajení částečně pozastavují účinky uplatnění práva na obhajobu, resp. některých jeho projevů. Vzhledem k povaze těchto prostředků nepřichází v úvahu účast obviněného a obhájce při provádění vyšetřovacích úkonů, jak stanoví § 165 TrŘ. K zachování prvku utajení lze dále ze závažných důvodů odmítnout právo nahlédnout do spisu podle § 65 odst. 2 TrŘ.⁹ Dle P. Šámala jde při jejich užití vždy o závažný zásah do základních práv a svobod.¹⁰

Aby nedocházelo k nepřiměřenému a svévolnému zásahu do těchto práv, jsou zákonem stanoveny obecné podmínky k jejich používání, skrývající se v ustanovení § 158b TrŘ. Platí, že jejich použití je povoleno pouze

- v řízení o úmyslném trestném činu,
- na základě zákona a v souladu se zákonem,
- je-li dostatečně odůvodněno podezření, že je páchán nebo byl spáchán úmyslný trestný čin,
- s výhradním zaměřením na získání informací důležitých pro trestní řízení,

⁵ Tamtéž, s. 182

⁶ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1992

⁷ ZEMAN, Petr, ŠTEFUNKOVÁ, Michaela, TRÁVNÍČKOVÁ Ivana. *Drogová kriminalita a trestní zákoník*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2015, s. 92

⁸ Tamtéž

⁹ MALÝ, Miroslav. Důkazní prostředky při předstíraném převodu podle § 158c trestního řádu. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků ke získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 68

¹⁰ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1993

- při dodržení subsidiarity používání,
- při respektování minimalizace používání a
- při respektování zásad trestního řízení, i tzv. kriminalisticko-taktických zásad.¹¹

Operativně pátrací prostředky může používat jen pověřený policejní orgán dle § 12 TrŘ. Ten může být v souladu s § 158b odst. 1 TrŘ pověřen příslušným ministrem, policejním prezidentem, jde-li o útvar Policie České republiky, ředitelem GIBS, jde-li o GIBS, ředitelem Vojenského zpravodajství, jde-li o útvar Vojenského zpravodajství, ředitelem BIS, jde-li o útvar BIS a ředitelem ÚZSI, jde-li o útvar ÚZSI.

K výše zmíněnému je třeba připomenout, že pro každý operativně pátrací prostředek zvlášť jsou zákonem vymezeny další podmínky, které je nutné k jeho užití splnit.

1.2. Předstíraný převod

Předstíraný převod jako operativně pátrací prostředek má své uplatnění právě zejména v oblasti drogové kriminality.¹² Rozumí se jím předstírání právního úkonu koupě, prodeje nebo jiného způsobu převodu předmětu plnění včetně převodu věci,

- a) k jejímuž držení je třeba zvláštního povolení,
- b) jejíž držení je nepřípustné,
- c) která pochází z trestného činu, nebo
- d) která je určena ke spáchání trestného činu.

Může jít tedy o předstírání například smlouvy kupní, darovací, směnné či o nabytí vlastnictví v dědickém řízení. Nezáleží na tom, jakým předpisem by se smlouva za normálních okolností řídila.¹³ Dle písmene a) tak může jít o věci, k jejichž nabytí, držení, ale i nakládání s nimi je nutný souhlas, průkaz nebo jiný úkon mající povahu povolení, a může jít tak např. o omamné látky, psychotropní látky, prekursory a jedy.

Dále dle písmene b) jsou to věci, které ve své podstatě nesmějí být předmětem vlastnických vztahů ale ani držby, např. zakázané zbraně a střelivo. Písmeno c) představuje věc, kterou si pachatel neoprávněně přisvojil spácháním úmyslného trestného činu, ale i to, co bylo trestným činem vyrobeno, tedy např. psychotropní látky, a dále to, co bylo trestným činem získáno, čímž mohou být např. peníze. Ve smyslu tohoto ustanovení se nevyžaduje nezvratná jistota, že věc

¹¹ NĚMEC, Miroslav. *Kriminalistická taktika pro policisty a studenty policejní akademie České republiky v Praze*. Praha: ABOOK s.r.o. 2017, s. 184

¹² RŮŽIČKA, Miroslav. Operativně pátrací prostředky z pohledu státního zastupitelství. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků ke získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečeného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 24

¹³ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1995

pochází z trestného činu, ale s přihlédnutím ke stadiu trestního řízení, ve kterém je převod uskutečňován, pouze určitý stupeň předpokladu odůvodněného dosud provedenými zjištěními.¹⁴

Konečně dle písmene d) jde o věc, která byla opatřena za účelem spáchání trestného činu, přičemž k tomu mohla být už užita, pokud tím nebylo její využití vyčerpáno a pachatel ji zamýšlí ještě použít při dalším trestném činu, např. zařízení na výrobu omamných a psychotropních látek. Ani zde se nevyžaduje nezvratná jistota.¹⁵

Zákon přímo neříká, že osoba provádějící převod musí být příslušníkem Policie České republiky, jak je tomu například u použití agenta dle § 158e TrŘ (viz další kapitola) a lze tedy dovodit, že je možné použít k předstíranému převodu jako personální prostředek i jiné civilní osoby.¹⁶ Naprosto běžné je to například u korupčních trestných činů, kde je aktivní účast spolupracující osoby (zpravidla oznamovatel korupční věci), která je ochotna úplatek předat nebo přijmout, přímo nezbytná.¹⁷

Je však třeba brát v potaz, že i tato osoba musí dodržet limity policejní provokace, která je více rozebrána ve třetí kapitole. Na to, aby zájmové osoby nebyly podněcovány k trestné činnosti, již dosud nepřipravovaly, ani se o ni nepokusily, dbá státní zástupce.¹⁸ Pokud nastane případ, kdy osoba ještě nenaplnila znaky trestného činu, ke kterému se váže plnění převodu, a na utváření subjektivní stránky trestného činu měl zásadní vliv návrh předmětu plnění policejního orgánu, jeho kvalita a kvantita, bude následkem neodpovědnost takové osoby.¹⁹

Ustanovení o předstíraném převodu výslovně neumožňuje zastírání totožnosti, jak je tomu například u použití agenta. A. Sotolář ve své publikaci uvádí, že má-li být výsledek činnosti policie použit k usvědčení pachatele, jediný legální způsob zastření policistovy skutečné totožnosti a jeho příslušnosti k policejním složkám je, pokud vystupuje jako agent. „*To například také vylučuje, aby policista podílející se na předstíraném převodu věci vystupoval pod fiktivním jménem bez toho, aby zároveň se souhlasem příslušného soudce působil jako agent.*“²⁰ S tímto názorem však nesouhlasím. Z podstaty věci této činnosti dle mého názoru vyplývá, že příslušnost k policii zastřít lze. Také s odkazem na § 10 odst. 4 písm. a) bod 1 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, který zprošťuje

¹⁴ Tamtéž, s. 1997

¹⁵ Tamtéž

¹⁶ MALÝ, Miroslav. Důkazní prostředky při předstíraném převodu podle § 158c trestního řádu. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004.* Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 63

¹⁷ Analýza efektivity Policie ČR při provádění úkonů trestního řízení v oblasti trestných činů korupce. Úkol 3.7 strategie vlády v boji proti korupci na období let 2011 až 2012, str. 8. Dostupné na <<http://www.mvcr.cz/soubor/analyza-efektivnosti-korupce-pdf.aspx>>.

¹⁸ pokyn obecné povahy NSZ ze dne 3. září 2019, o postupu státních zástupců v trestním řízení, č. 9/2019, čl. 18

¹⁹ MALÝ, Miroslav. Důkazní prostředky při předstíraném převodu podle § 158c trestního řádu. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004.* Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 77

²⁰ SOTOLÁŘ, Alexandr, PŮRY, František. Skrytá reakce policie na již páchanou trestnou činnost. *Trestněprávní revue*, 2003, č. 1, s. 6

policistu povinnosti provést služební zákrok při provádění úkonů, při nichž používá operativně pátrací prostředek, jehož nedokončení by mělo závažnější následky než splnění úkonu. Ve spojitosti s § 12 stejného zákona, který stanoví, že povinnost prokázat příslušnost k policii nemá policista, který tuto příslušnost oprávněně zastírá, je takový postup na místě.

Opačný závěr, než prezentuje A. Sotolář ohledně zastření totožnosti, lze dovodit z judikatury ÚS. Například z usnesení ÚS I. ÚS 411/04²¹ jasně vyplývá, že příslušník Policie České republiky při výkonu předstíraného převodu vystupoval pod smyšleným jménem. Podstatou stížnosti v této věci bylo právě tvrzení, že se v dané věci nejednalo o předstíraný převod věci podle § 158c TrŘ, ale o nasazení agenta podle § 158e TrŘ. ÚS uvedl, že institut agenta se v praxi využívá ve výjimečných případech odhalování a vyšetřování mimořádně závažné organizované trestné činnosti. Agent musí vystupovat se zastřenou identitou po delší dobu s intenzivnějším zásahem do ústavně zaručených práv. Dle soudu, pokud věc po skutkové stránce není příliš složitá a odhalení trestné činnosti a zjištění pachatele je možno provést za využití méně intenzivnějšího operativně pátracího prostředku, tj. předstíraného převodu věci, nevyžaduje užití mimořádně náročného operativně pátracího prostředku, kterým je použití agenta. Takový závěr byl zopakován v dalším případě usnesením ÚS II. ÚS 812/06,²² a ani zde při provedení předstíraného převodu policistou vystupujícím pod fiktivním jménem neshledal žádné pochybení ze strany orgánů činných v trestním řízení.

Podmínkou realizace pověřeným policejním orgánem je pouze písemné povolení státního zástupce, který ho vydá na základě spolehlivé znalosti skutkového stavu. Po předložení záznamu ověří, zda informace odpovídala skutečnosti a zda úkon, k němuž dal povolení, byl proveden podle zákona.²³ Jestliže věc dle § 158c odst. 3 TrŘ nesnese odkladu, lze úkon provést i bez souhlasu. Pokud tedy hrozí, že by při opatrování souhlasu pominuly okolnosti, za kterých lze převod uskutečnit, např. zájemce o koupi omamné látky by nakoupil jinde nebo by vzhledem k odkladu mohl nabýt podezření, že jde právě o předstíraný převod prováděný za účasti policie, je jeho realizace v plné režii policie.²⁴ Bezodkladně však, tedy v co nejkratší lhůtě s přihlédnutím k povaze věci a charakteru převodu, musí o povolení dodatečně požádat. Jestliže ho do 48 hodin neobdrží, je povinen jej ukončit, případný záznam zničit a informace, které se v této souvislosti dozvěděl, nijak nepoužít. Záznamu, který je policejní orgán povinen sepsat a doručit státnímu zástupci, se více věnuje čtvrtá kapitola.

²¹ usnesení ÚS ze dne 22. listopadu 2005, sp. zn. I. ÚS 411/04

²² usnesení ÚS ze dne 28. července 2008, sp. zn. II. ÚS 812/06

²³ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1998

²⁴ Tamtéž

1.3. Sledování osob a věcí

Sledováním osob a věcí se dle § 158d odst. 1 TrŘ rozumí získávání poznatků o osobách a věcech prováděné utajovaným způsobem a za použití technických nebo jiných prostředků. V případě, že se policie při tomto postupu dostane k informacím, jež byly poríženy v rámci komunikace obviněného se svým obhájcem, musí je zničit a nijak nepoužít.

Technickými prostředky se rozumí takové, které umožňují sledování na dálku (dalekohled, přístroje využívající infračerveného, rentgenového i jiného záření, umožňující vidění v noci, tzv. noktovizorů), prostorové odposlechy i přístroje k zjišťování obsahu písemností, zásilek i jiných záznamů, běžně bez porušení jejich uzavření. Vedle toho jinými prostředky se rozumí zejména klasické sledování, kdy pověřený orgán sleduje fyzicky, vlastním pozorováním, pohyb a komunikaci osoby nebo pohyb věci a nakládání s ní konkrétními osobami.²⁵

Dle ÚS představuje tajné sledování veřejnou mocí vážné omezení základních práv. Z ústavního pořádku plyne, že k omezení osobní integrity a soukromí může ze strany veřejné moci dojít jen zcela výjimečně, je-li to nezbytné a účelu sledovaného veřejným zájmem nelze dosáhnout jinak. Při nedodržení některé podmínky jde o zásah protiústavní.²⁶ Skryté sledování je tedy v zásadě omezeno především nezbytností takového postupu. K tomu, aby nebyly překročeny meze nezbytnosti, musí existovat systém adekvátních a dostatečných záruk, skládající se z odpovídajících právních předpisů a účinné kontroly jejich dodržování.²⁷

Sledování dle § 158d odst. 1 TrŘ, kdy zpravidla nepůjde o technické prostředky umožňující získání záznamů, je plně v pravomoci pověřeného policejního orgánu. Bez dalšího povolení jej lze použít jen tehdy,

- nelze-li sledovaného účelu dosáhnout jinak nebo
- bylo-li by jeho dosažení podstatně ztíženo,
- přičemž práva a svobody lze omezit jen v míře nezbytně nutné.

Tyto podmínky jsou stanoveny v § 158b odst. 2 TrŘ jako obecné podmínky k použití operativně pátracích prostředků a byly zdůrazněny i v rámci utajeného sledování již zmíněnou judikaturou ÚS.²⁸

Sledování dle § 158d odst. 2 TrŘ je citelnějším zásahem do práv, neboť se při něm pořizují zvukové, obrazové či jiné záznamy. Zvukové záznamy jsou zachycené prostřednictvím technického zařízení (magnetofonu, diktafonu, prostorového odposlechu) na příslušném nosiči, který

²⁵ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 2005

²⁶ nález ÚS ze dne 29. února 2008, sp. zn. I. ÚS 3038/07

²⁷ nález ÚS ze dne 27. září 2007, sp. zn. II. ÚS 789/06

²⁸ nález ÚS ze dne 29. února 2008, sp. zn. I. ÚS 3038/07

zaznamenává zvukovou komunikaci sledované osoby s jinou osobou, s níž byla ve styku na konkrétním místě, a jsou prováděny skrytě.²⁹ Obrazové záznamy zachycují pomocí technického zařízení (zpravidla skrytě umístěnou videokamerou, filmovou kamerou, ale i fotoaparátem, včetně digitální kamery apod.) sledovanou osobu či věc v určitém okamžiku na konkrétním místě tak, aby bylo možné se vizuálně při zhlédnutí záznamu přesvědčit o pohybu či podobě osoby, věci anebo i manipulaci s věcí.³⁰ Jiné záznamy jsou získávány prostřednictvím jiných technických prostředků, zejména počítačů, počítačových datových sítí, elektronické pošty, laserové techniky a dalších moderních i v budoucnu objevených technik.³¹

U tohoto sledování se vyžaduje povolení státního zástupce, který jej může podle § 158d odst. 4 TrŘ vydat pouze za podmínky, že existuje odůvodněné podezření na konkrétní trestnou činnost (také údaje o osobách či věcech, které mají být sledovány, jsou-li známy).

Dle ÚS výklad této náležitosti pro žádost o povolení musí být širší, přičemž nestačí pouhé vyslovení podezření, že se konkrétní trestná činnost stala. Je nezbytné dát do souvislosti podezření, že k této konkrétní trestní činnosti má sledovaná osoba konkrétní vztah, a tím vyjádřit nezbytnost pořizování zvukových, obrazových nebo jiných záznamů. Ze žádosti tedy musí vyplývat, na základě jakých konkrétních indicií je dán vztah mezi sledovanou osobou (jí užívaným prostorem) a podezřením ze spáchání určité trestné činnosti. Opačný přístup by umožňoval sledovat prakticky kohokoliv.

Pro prodloužení sledování, které je možné na základě žádosti nové a vždy na dobu nejvýše šesti měsíců, je dle ÚS významné, zda je potvrzováno, resp. posilováno podezření ze spáchání konkrétního trestného činu, pro něž bylo povoleno. Absence posilování podezření ze spáchání trestného činu by byla ještě akceptovatelná v případě prověřování skutečností, které tomu nasvědčují, bez citelných zásahů do základních práv a svobod určitých osob operativně pátracími prostředky nebo jinak. Trvání zásahu do základních práv a svobod však může být ústavně souladné jen v případě, že je posilováno podezření ze spáchání trestného činu, které je odůvodňuje.³² Pokud nesnese věc odkladu, může sledování policejní orgán, za splnění výše uvedených indicií, provést i bez povolení a bezodkladně dodatečně o něj požádat, přičemž pokud je do 48 hodin neobdrží, je povinen sledování ukončit, případný záznam zničit a informace nijak nepoužít.

ÚS konstatoval, že při provádění jakýchkoliv operativně pátracích prostředků s přesahem do oblasti základních práv a svobod je efektivní soudní kontrola naprosto nezbytnou podmínkou spravedlivého procesu v trestním řízení.³³ U tohoto režimu povolování spatřuji problém v tom,

²⁹ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1993

³⁰ Tamtéž

³¹ Tamtéž

³² náleží ÚS ze dne 27. ledna 2010, sp. zn. II. ÚS 2806/08

³³ náleží ÚS ze dne 23. května 2007, sp. zn. II. ÚS 615/06

že tzv. prostorové odposlechy do něj spadající, kterými může být odposloucháván soukromý rozhovor, mohou dle mého názoru znamenat stejně citelný zásah do soukromí jako odposlech telefonu dle § 88 TrŘ, pro který je nutné nařízení soudce.

Dle úvahy V. Ščerbové má odlišné zvolení osob, jež jsou oprávněny povolit konkrétní typ sledování své opodstatnění, které vychází z různé intenzity zásahu do práv sledovaných osob. Jak správně říká, v § 158d odst. 3 TrŘ je umožněn zásah do nejužší osobní sféry jedince a jako zásah takové intenzity si vyžaduje přísnější povolovací režim. Rozhodování soudu je tedy z jejího pohledu zcela namístě. „*Naproti tomu postup podle § 158d odst. 2 TrŘ se uplatňuje na místech, kde sledovaná osoba buď nemá žádné soukromí, nebo je má omezené (často se jedná o veřejná místa, kde taková osoba může být zaznamenána i z jiných důvodů, například snímání bezpečnostních kamer, turistické fotografie apod.). V těchto případech je povolování sledování státním zástupcem odpovídajícím standardem ochrany práv sledovaných osob.*“³⁴

Přestože s jejím výrokem částečně souhlasím, musím podotknout, že právě prostorový odposlech, kterým je zaznamenán již zmíněný rozhovor, byť na místě veřejném, nicméně odehrávající se zcela zjevně soukromě mezi konkrétními osobami, je ve své podstatě obdobným zásahem do soukromí jako odposlouchávání telefonního hovoru. Ostatně i ÚS říká, že ačkoliv je sledování prováděno na veřejném místě, neznamená to bez dalšího, že tam právo na soukromí nikdo nemá. I když je kvalita, resp. rozsah tohoto soukromí jiná, nelze akceptovat názor, že vůbec neexistuje nebo že vůbec nepoživá ochrany čl. 8 Úmluvy.³⁵ Ačkoliv je tedy pravdou, že soukromí na veřejnosti má zcela jinou povahu než například v bytě, zastávám názor, že případ prostorového odposlechu, byť na veřejném místě, je intenzivnější zásah než třeba ono fotografické zachycení a spíše se podobá odposlechu telefonu. Tudíž se přikláním k tomu, aby požíval vyšší ochrany, než je tomu nyní.

Řešením těchto z mého pohledu nesourodých podmínek k užití prostředku s potenciálně stejně závažným zásahem do práva na soukromí by mohlo být zavedení zvláštního ustanovení, které by prostorové odposlechy v rámci operativně pátracích prostředků upravovalo, a které by bylo podmíněno podobným režimem soudní kontroly jako odposlechy telekomunikačního provozu dle § 88 TrŘ (ke kterým je nutný soudní příkaz). Ovšem vzhledem k tomu, že jde o prostředek, který by měl pružně reagovat na nepředvídatelné situace, nesouhlasím s názorem Jiřího Jelínka,³⁶ aby prostorové odposlechy bylo možné použít pouze na základě předchozího povolení soudce. Pokud tyto prostředky mají být účinným nástrojem v boji s nejzávažnější

³⁴ ŠČERBOVÁ, Veronika. Zamyšlení nad skutečně aktuálními problémy právní úpravy tzv. prostorových odposlechů. *Státní zástupitelství*, 2019, č. 4, s. 23

³⁵ nález ÚS ze dne 27. ledna 2010, sp. zn. II. ÚS 2806/08

³⁶ JELÍNEK, Jiří. K chybějící právní úpravě tzv. prostorového odposlechu v trestním řádu. *Bulletin advokacie*, 2018, č. 7-8. Dostupné na <<http://www.bulletin-advokacie.cz/k-chybejici-pravni-uprave-tzv.-prostoroveho-odposlechu-v-trestnim-radu>>.

organizovanou kriminalitou, pod kterou drogová trestná činnost spadá, musí mít policejní orgán možnost jednat rychle a efektivně. Adekvátní kontrola tohoto zásahu by dle mého názoru mohla být ve formě dodatečného povolení soudce, které samozřejmě musí být vydáno ve vztahu k určité osobě, proti níž se již trestní stíhání pro uvedené trestné činy vede, nebo vůči níž je důvodné podezření, že se takových trestných činů dopustila.

U posledního typu sledování, jež si vyžaduje předchozí povolení soudce (jehož příslušnost se určí dle § 26 TrŘ), přičemž nepřichází v úvahu sledování bez povolení ani jeho dodatečné vydání, nastává největší omezení práv a dle § 158d odst. 3 TrŘ konkrétně dochází k

- zásahu do nedotknutelnosti obydlí,
- zásahu do listovního tajemství a tajemství jiných písemností a záznamů nebo
- zjišťování obsahu jiných písemností a záznamů uchovávaných v soukromí za použití technických prostředků.

Při páchání drogové trestné činnosti si lze představit, že většina aktivit bude probíhat v uzavřených prostorech, garážích, pronajatých budovách, kancelářských místnostech nebo i v kravínu, který v konkrétním případě (viz dále) sloužil jako pěstírna konopí. Leckteré dohody se mohou odehrávat v kavárnách či restauracích. Problematický v této souvislosti může být výklad pojmu obydlí, neboť s otázkou, které prostory spadají pod tento pojem, souvisí také to, zda bude třeba mít ke sledování v těchto prostorách předchozí povolení soudce či nikoliv, a dále také to, zda bude dle § 158d odst. 10 TrŘ možné záznam použít jako důkaz v jiné trestní věci o úmyslném trestném činu.

Listina ani Úmluva blíže nespecifikuje obsah institutu obydlí. Konstantní judikatura obecných soudů i česká trestněprávní doktrína pod tento pojem zahrnují nejen byty a obytné domy, ale též např. rekreační chaty, bytové náhrady, místnosti v zařízeních určených k trvalému bydlení jako koleje a ubytovny, ale i pronajatý hotelový pokoj. Naopak pod pojem obydlí nebyly zahrnovány prostory nesloužící k bydlení (jiné prostory), za které jsou považovány zejména tzv. nebytové prostory jako kanceláře, dílny, tovární haly, skladiště, živnostenské provozovny, ale i samostatně stojící garáže, které nejsou součástí obydlí.

V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 3/09 se však ÚS, vycházejíc z judikatury ESLP, vyslovil, že nelze činit ostré prostorové oddělení soukromí v místech užívaných k bydlení od soukromí vytvářeného v místech a prostředích sloužících k pracovní či podnikatelské činnosti anebo k uspokojování vlastních potřeb či zájmových aktivit, a dospěl k závěru, že této ochrany nedotknutelnosti vycházející z práva na soukromí život má požívat i zemědělské stavení, jako je již zmíněný kravín.

„Uvedenou koncepci, která vychází ze striktního odlišování soukromého života jednotlivce realizovaného v prostorách užívaných k bydlení, jemuž je poskytována vyšší míra ochrany před potenciálně excesivními zásahy ze strany veřejné

moci, od soukromého života osoby naplňovaného v jeho pracovním prostředí anebo v místech, která využívá k výkonu zájmových činností, resp. i nečinností v podobě prosté relaxace nebo k zábavě, považuje Ústavní soud za nepřijatelnou, neboť máji účel základního práva na soukromý život.“³⁷ Na základě této argumentace lze tedy všechny ostatní prostory, včetně továrních hal, skladišť, živnostenských provozoven, samostatně stojících garáží, vyložit jako obydlí, které požívá ochrany nedotknutelnosti. I k prostorovému odposlechu kavárny, jako prostoru určeného pro rekreační účely, tedy bude za současné úpravy a judikatury třeba předchozí povolení soudce.

Domnívám se, že stejná ochrana se vztahuje také na prostorové odposlouchávání komunikace uvnitř motorového vozidla. Přestože se automobil svou povahou od výše zmíněných pojmů nepochybně liší, mimo jiné tím, že děj uvnitř lze zrakově vnímat zvenčí, nelze popřít, že i tam se odehrává určitá část soukromého života člověka. Je to prostor zvukově oddělený od okolí a vytváří uzavřené místo osobní privátní sféry, do níž nemá nikdo bez souhlasu a vědomí příslušné osoby právo zasahovat. Mám tedy za to, že ve světle dané judikatury ochrana nedotknutelnosti obydlí míří i na tyto případy. Byť z gramatického hlediska motorové vozidlo pod pojem obydlí zařadit nelze, domnívám se, že smysl a účel práva na ochranu soukromí ve spojení s daným ústavním nálezem to vyžaduje. Ostatně i dle ÚS³⁸ a ESLP³⁹ se na automobil vztahuje povinnost respektovat jej jako obydlí ve smyslu čl. 12 Listiny, resp. čl. 8 Úmluvy. V této souvislosti se vyjádřila také Unie obhájců České republiky, jež se zasazuje o to, aby při prostorovém odposlechu v motorovém vozidle bylo postupováno dle § 158d odst. 3 TrŘ, neboť „*v žádném případě nemůže postačovat povolení státního zástupce, obdobně jako by nedostatečné bylo nařízení prohlídky jiných prostor a pozemků státním zástupcem.*“⁴⁰

ESLP dále pod toto právo dále zahrnuje sídla společnosti, poboček či provozoven právnických osob, kancelářských prostor nebo prostor advokátních kanceláří. Ve věci Niemietz vs. Německo konstatoval, že „*v obecnější poloze ESLP stanoví, že interpretovat slova soukromý život a obydlí v tom smyslu, že zahrnují určitou profesní nebo obchodní činnost a tomu odpovídající místnosti, by bylo v souladu s podstatným předmětem a účelem článku 8, tj. ochranou jednotlivce proti arbitrárnímu zasahování ze strany veřejných orgánů.*“⁴¹ Tyto závěry byly v judikatuře ESLP dále aplikovány např. ve věci Saint- Paul Luxembourg S.A vs. Lucembursko⁴² a ve věci Delta Pekárny a.s. vs. Česká republika.⁴³

³⁷ náleží ÚS ze dne 8. června 2010, sp. zn. Pl. ÚS 3/09

³⁸ náleží ÚS ze dne 13. října 2016, sp. zn. II.ÚS 1221/16

³⁹ rozhodnutí ESLP ve věci Maslák a Michaláková vs. Česká republika ze dne 14. ledna 2016, stížnost č. 52028/13, bod 63.

⁴⁰ Stanovisko Unie obhájců ČR č. 4/2019. Dostupné na <<https://www.uocr.cz/stanoviska/stanovisko-unie-obhajcu-cr-c-4-2019-k-forme-povolovani-sledovani-osoba-a-veci-dle-%C2%A7-158d-tr-radu-a-to-ve-forme-sledovani-vnitřních-prostor-motorového-vozidla-prostorový-odposlech/>>

⁴¹ rozhodnutí ESLP ve věci Niemietz vs. Německo ze dne 16. prosince 1992, stížnost č. 13710/88

⁴² rozhodnutí ESLP ve věci Saint-Paul Luxembourg S.A vs. Lucembursko ze dne 18. dubna 2013, stížnost č. 26419/10

⁴³ rozhodnutí ESLP ve věci Delta Pekárny a.s. vs. Česká republika ze dne 2. října 2014, stížnost č. 97/11

V této souvislosti je vhodné zmínit také rozhodnutí ve věci *Ledvina vs. Česká republika*,⁴⁴ ve kterém se jednalo o prostorové odposlechy umístěné v kanceláři stěžovatele, a kde se ESLP zabýval otázkou zákonnosti jejich povolení a prodloužení. Nedostatek, který byl v předmětné věci namítán spočíval především v tom, že zde chyběl úřední záznam policejního orgánu, který se však údajně ve spise předloženém státnímu zástupci s náležitou žádostí původně nacházel. Soud uznal, že doplněním dokazování úředním záznamem došlo k nápravě nezákonnosti povolení sledování státním zástupcem.

Na základě výše uvedené judikatury se nicméně domnívám, že by v tomto případě, kdy šlo o prostorové odposlechy v kanceláři stěžovatele, bylo možné namítat zásah do nedotknutelnosti obydlí a nezákonnost by tedy mohla spočívat v absenci povolení soudce. Nic takového však ze strany stěžovatele namítáno nebylo a ESLP zde naopak konstatoval, že záruky, které měl stěžovatel ve vztahu k posouzení přípustnosti a použití důkazů získaných odposlechy k dispozici, jsou dostatečné k tomu, aby bylo řízení jako celek považováno za spravedlivé.

Ze statistik SKPV prováděných od roku 2007 do 2018 vyplývá, že sledování je v porovnání s jinými druhy kriminality používáno nejvíce při odhalování drogové trestné činnosti, přičemž údaje hovoří o sledování osob a věcí dle § 158d odst. 2, 3 a 6 TrŘ. Podle poslední aktuální statistiky je za rok 2018, z celkového počtu 5580 úkonů, největší počet využití úkonů sledování osob a věcí proveden právě v souvislosti s toxikomanií. Přesné číslo provedených úkonů v rámci drogové kriminality je 1 609, tedy 25,6 %.⁴⁵

Závěrem bych ještě ráda poukázala na zamyšlení V. Ščerbové ohledně ochrany komunikace mezi obviněným a obhájcem, kterou stanovuje již na začátku této podkapitoly zmíněný § 158d odst. 1 TrŘ. Ve svém článku polemizuje nad absolutní ochranou jejich rozhovoru a odkazuje přitom na NS, který dovodil, že použití institutu sledování osob a věcí není vyloučeno ani vůči advokátovi, který je podezřelý z trestné činnosti spáchané vůči osobě, jíž poskytoval právní služby jako její obhájce v trestním řízení vedeném proti ní.⁴⁶ ÚS podobně uvádí, že možné páchaní trestné činnosti advokátem není možné považovat za poskytování právních služeb a není tedy ani možné poskytovat této činnosti jakoukoli ochranu.⁴⁷ Je tedy třeba zdůraznit, že ani tato ochrana není

⁴⁴ rozhodnutí ESLP ve věci *Ledvina vs. Česká republika* ze dne 23. února 2016, stížnost č. 64523/12

⁴⁵ Analýza odposlechů a záznamů telekomunikačního provozu a sledování osob a věcí dle trestního řádu a rušení provozu elektronických komunikací Policií ČR za rok 2018. Policejní prezidium České republiky, Praha 22. srpna 2019, s. 106. Dostupné na <<https://www.mvcr.cz/clanek/analyzy-odposlechu-a-zaznamu-telekomunikačního-provozu-a-sledování-osob-a-vecí-dle-trestního-řádu-a-rušení-provozu-elektronických-komunikací-policií-cr-archiv.aspx>>.

⁴⁶ usnesení NS ze dne 12. ledna 2010, sp. zn. 8 Tdo 1332/2009

⁴⁷ usnesení ÚS ze dne 12. listopadu 2014, sp. zn. I. ÚS 1638/14

neomezitelná a monitoring rozhovorů, jak říká V. Ščerbová, „*v určitých situacích, ve kterých převažuje celospolečenský zájem na odbalení závažné kriminality, je nejen legitimní, ale i žádoucí.*“⁴⁸

1.4. Dílčí závěr

Je patrné, že z pohledu ESLP je povolení státního zástupce a následné přezkoumání soudem v kontextu prostorových odposlechů dostačující kontrolou (viz *Ledvina vs. Česká republika*). Nicméně dle ÚS nelze opomíjet fakt, že státní zástupci plní v kontradiktorním řízení funkci orgánu veřejné obžaloby a v přípravném řízení zastávají dominantní postavení, což může vést k legitimním pochybám o jejich nestrannosti při posuzování střetu základních práv s veřejným zájmem na stíhání trestné činnosti.⁴⁹ Domnívám se, že ingerence nezávislých a nestranných soudů v přípravném řízení je nezbytná u těch nejzávažnějších úkonů, kam dle mého názoru, vzhledem k potenciální shodné intenzitě zásahu do soukromí jako u odposlechu dle § 88 TrŘ, patří i prostorový odposlech. Nicméně je nutné přihlídnout k povaze, kterou operativně pátrací prostředky mají mít, aby byly možné reagovat rychle a pružně, a aby operativně pátrací činnost policejního orgánu nebyla zpomalena.

Dospěla jsem tedy k závěru, že by bylo vhodné uvažovat o posílení soudní kontroly. Aby bylo dosaženo určitého souladu podmínek pro povolení obou podobných (vzhledem k intenzitě zásahu do práva na soukromí) institutů, a zároveň byla zachována povaha operativně pátracího prostředku, který má představovat rychlý a pružný instrument v boji proti nejzávažnější organizované kriminalitě, adekvátním řešením by mohlo být zavedení samostatného ustanovení prostorových odposlechů, jejichž použití by bylo podmíněné povolením soudce s tím, že nesnese-li věc odkladu, bylo by možné si jej dodatečně vyžádat.

Vzhledem k tomu, že ÚS rozšířil okruh prostor, které mají být chráněny nedotknutelností obydlí, domnívám se, že tím v konečném důsledku může být zpomalen postup policie, která si i pro prostorový odposlech kravína, kavárny či automobilu překupníků drog, v jejichž prostorách může dojít k neočekávanému setkání, musí vyžádat předchozí povolení soudce. Zde však bez možnosti realizace s jeho dodatečným vyžádáním. Mým dalším případným návrhem je vyměnit formulaci „sledování, při němž dochází k zásahu do nedotknutelnosti obydlí“ za např. „sledování v prostorách sloužících k bydlení“ a zařadit další odstavec, který by stanovil režim povolení ke „sledování jiných prostor a pozemků“ (obdobně jako je to u prohlídek dle § 83 a 83a TrŘ), ke kterým by, na rozdíl od prostor k bydlení, v případě, že věc nesnese odkladu, policejní orgán mohl přistoupit bez povolení soudce a vyžádat si jej dodatečně. K eventuálnímu rozhovoru

⁴⁸ ŠČERBOVÁ, Veronika. Zamyšlení nad skutečně aktuálními problémy právní úpravy tzv. prostorových odposlechů. *Státní zastupitelství*, 2019, č. 4, s. 20

⁴⁹ nález ÚS ze dne 8. června 2010, sp. zn. Pl. ÚS 3/09

v kavárně či automobilu překupníků drog by tak policie měla možnost reagovat adekvátně rychle, a zároveň by byla dodržena kontrola nezávislým orgánem.

Předstíraný převod je velmi významným prostředkem právě v kontextu drogové kriminality, který se používá v případech, kdy věc po skutkové stránce není příliš složitá a stačí k odhalení trestné činnosti a zjištění pachatele. Přestože je možné, aby osoba provádějící převod vystupovala pod smyšleným jménem, je to instrument méně intenzivní, než je použití agenta, což je operativní prostředek nejnáročnější a dle mého názoru také nejúčinnější v boji s organizovaným zločinem. Institutu použití agenta i sledování osob a věcí agentem po případném vstupu do obydlí se věnuje následující kapitola.

2. Užití agenta

Drogová kriminalita se stala doménou organizovaných zločineckých skupin často přeshraničního charakteru.⁵⁰ SKPV dosvědčuje, že klasické nástroje, které má k dispozici pro boj s organizovaným zločinem nejsou účinné. Za odhalováním těchto skupin, včetně možného napojení na policii, justici nebo státní správu, stojí proces operativního vyšetřování a dokumentování, který vyžaduje dlouhodobé plánování, náležitou přípravu a vysokou konspiraci.⁵¹

Odhalení organizované kriminality je závislé zejména na operativně pátracích prostředcích a užití agenta je nepochybně neúčinnější prostředek k proniknutí do kriminálního prostředí. Zároveň je to však prostředek, který je založen na klamu a předstírání, a tak vyvolává řadu polemik. Už samotný fakt, že se určité složce policejního aparátu přiznává výlučnost z obecné zásady legality (rozsah beztrestnosti agenta) vyvolává spory a pochybnosti.⁵²

Tyto pochybnosti by měly vyvažovat zákonem dané a racionálně stanovené podmínky pro jeho užití, zvláštní požadavky na agenta a též následná kontrola, která má zajistit zákonnost celého postupu. V následujících podkapitolách budou zákonná ustanovení týkající se užití agenta rozebrána a bude zhodnoceno, jak je zajištěna ochrana lidských práv a svobod jednotlivce, jak je zajištěna efektivita vyšetřování a jak je zajištěna agentova ochrana.

2.1. Činnost agenta

Dle § 158e odst. 2 TrŘ agent plní úkoly, které mu uloží řídicí policejní orgán a zpravidla vystupuje se zastíráním skutečného účelu své činnosti. K zastírání jeho totožnosti je možné

- vytvořit legendu o jiné osobní existenci a osobní údaje vyplývající z této legendy zavést do informačních systémů provozovaných podle zvláštních zákonů,
- provádět hospodářské činnosti, k jejichž vykonávání je třeba zvláštní oprávnění, povolení či registrace,
- zastírat příslušnost k Policii České republiky nebo GIBS.

Při vystupování se zastíráním skutečného účelu své činnosti agent může klamavě jednat a uvádět v omyl i osoby nezúčastněné na trestním řízení, ale jeho jednání musí směřovat k získání skutečností důležitých pro trestní řízení.⁵³ K zastírání totožnosti je možné realizovat jednu nebo všechny tři výše uvedené alternativy najednou, přičemž je oprávněn požadovat potřebnou součinnost od orgánů veřejné správy, které jsou povinny mu ji bez odkladu poskytnout.

⁵⁰ ZEMAN, Petr, ŠTEFUNKOVÁ, Michaela, TRÁVNÍČKOVÁ Ivana. *Drogová kriminalita a trestní zákoník*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2015, s. 14

⁵¹ KARABEC, Zdeněk. Použití agenta proti organizovanému zločinu. *Trestněprávní revue*. 2011, roč. 14, č. 8, s. 226

⁵² Tamtéž

⁵³ KARABEC, Zdeněk. Použití agenta proti organizovanému zločinu. *Trestněprávní revue*. 2011, roč. 14, č. 8, s. 227

Lze si představit policejní infiltrace krátkého trvání, v nichž agent přichází do styku s organizací nebo jednotlivcem sporadicky a pouze pro konkrétní transakce. V takových případech nemusí být nezbytné udělit agentovi předpokládanou identitu, ale jen skrýt skutečný policejní status. Na druhou stranu u dlouhodobých infiltrací, ve kterých se agent stává součástí organizace, je jeho falešná identita zásadní, aby mohl důvěryhodně zakrýt svůj skutečný záměr a naplnit účel vyšetřování.⁵⁴

Kterákoli z výše zmíněných alternativ se využije, je-li to nutné

- k přípravě, resp. výcviku a proškolení policistů, kteří tuto závažnou a nebezpečnou roli budou plnit,
- k použití agenta, tedy při samotném použití operativně pátracího prostředku nebo
- k ochraně agenta, k zajištění jeho bezpečnosti při plnění úkolů.

Osobní údaje se za účelem vytvoření zcela jiné věrohodné osobní totožnosti agenta a v zájmu snížení rizika prozrazení skutečné totožnosti zavádějí do informačních systémů provozovaných podle zvláštních zákonů, zejména systémů veřejné správy i dalších informačních systémů provozovaných Ministerstvem vnitra nebo Policií České republiky.⁵⁵

V § 158e odst. 6 TrŘ jsou vyloučeny některé jeho povinnosti, jež by mohly vést k vyzrazení skutečné totožnosti. Odstavec 6 zároveň stanovuje zvláštní omezení spočívající v nutnosti zvolit prostředky, které jsou

- způsobilé ke splnění jeho služebního úkolu a
- jimiž není jiným osobám způsobována újma na jejich právech nad míru nezbytně nutnou.

Způsobilé prostředky jsou takové, které v závislosti na konkrétní situaci a charakteru plnění služebního úkolu směřují k vymezenému cíli a plní smysl a účel takového použití. Záleží právě jen na rozhodnutí agenta, který prostředek zvolí.⁵⁶

Ustanovení zde dále vyjadřuje princip proporcionality a stanoví, že nesmí být způsobena újma na právech jiných nad míru nezbytně nutnou. Předchozí právní úprava stanovila, že nesmí být způsobována újma na právech jiným osobám. Šlo tedy o jakoukoliv způsobenou škodu nebo újmu na životě, zdraví, majetku nebo jiných právních statcích. V tomto směru tedy došlo ke správnému doplnění míry nezbytně nutné, neboť se domnívám, že původní znění bylo velmi omezující a neodpovídalo reálné činnosti agenta. Jinou osobou se přitom rozumí především jiné osoby než ty, u nichž je při výkonu agenta důvodné podezření ze spáchání některého z trestných

⁵⁴ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010, s. 78

⁵⁵ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád. Komentář. I. Díl*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 1184

⁵⁶ Tamtéž, s. 1187

činů, pro které je užití přípustné, přičemž újma musí vyplývat z toho, že činnost těchto osob je sledována agentem. Újmu na právech osob, u kterých je v době jeho činnosti dáno důvodné podezření, že páchají některý z vymezených trestných činů tedy způsobit může, dle Novotného však nesmí jít o újmu na zdraví nebo majetku.⁵⁷ Záleží na zhodnocení konkrétní situace samotným agentem, přičemž odpovědnost se vztahuje též na řídicího policistu za řádné úkolování a s tím spojenými informacemi, jež potřebuje pro své rozhodování.⁵⁸

Podstatou veškerého působení agenta je vzbuzení důvěry u kriminálně aktivních osob, jeho etablování ve skupině organizovaného zločinu nebo vůči jednotlivci, mapování trestné činnosti a usnadnění dokazování v rámci trestního řízení.⁵⁹

2.2. Podmínky

Použití agenta je, oproti ostatním operativně pátracím prostředkům, které mohou být použity v zásadě v řízeních o jakémkoli úmyslném trestném činu, omezeno tím, že je v § 158e odst. 1 TrŘ striktně spojeno s trestním řízením vedeným pro

- zločin, za který zákon stanoví trest odnětí svobody s horní hranicí trestní sazby nejméně osm let,
- trestný čin spáchaný ve prospěch organizované zločinecké skupiny,
- taxativně vyjmenované trestné činy, a to pletichy v insolvenčním řízení podle § 226 TZ, porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže podle § 248 odst. 1 písm. e) a odst. 2 až 4 TZ, zjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě podle § 256 TZ, pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži podle § 257 TZ, pletichy při veřejné dražbě podle § 258 TZ, zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 TZ, přijetí úplatku podle § 331 TZ, podplacení podle § 332 TZ, nepřímého úplatkářství podle § 333 TZ nebo
- pro jiný úmyslný trestný čin, k jehož stíhání zavazuje vyhlášená mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána.

Ve srovnání se španělskou právní úpravou ta naše pokrývá širší spektrum trestné činnosti, u které je možné tento prostředek užít a domnívám se, že více odpovídá proměnám společnosti a vzestupu organizovaného zločinu. Ve Španělsku je totiž užití agenta, upraveného

⁵⁷ ŠÁMAL, P. a kol., J. *Přípravné řízení trestní*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 253

⁵⁸ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád. Komentář. I. Díl*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 1189

⁵⁹ TROJÁČEK, Jiří. Použití agenta – náměty k provedení změn právní úpravy. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků ke získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 90

v § 282 bis odst. 4 trestního řádu,⁶⁰ povoleno pouze pro trestnou činnost zločinecké organizované skupiny, kterou se rozumí uskupení tří a více osob, jejímž cílem je páčání trestné činnosti. Tento okruh je navíc ještě zúžen taxativním výčtem, přičemž ale obsahuje všechny drogové trestné činy španělského zákona.

Naše úprava se zdá efektivnější z toho důvodu, že agenta, jako neúčinnějšího prostředku pro odhalování kriminality obecně, lze použít k odstranění veškerého organizovaného zločinu. Zafra Espinosa ve své publikaci nepodporuje myšlenku otevřeného seznamu trestných činů a upozorňuje na zvýšení pravomocí státní intervence, která by mohla způsobovat jistou svévolnost a mohlo by docházet ke zneužívání tohoto institutu ze strany státní moci.⁶¹ Osobně se však domnívám, že jakákoliv trestná činnost páčána ve prospěch organizované zločinecké skupiny si zasluhuje speciální techniky k jejímu odhalování, neboť automaticky zvyšuje nebezpečnost a ztěžuje vyšetřování. Proto by výčet právní úpravy neměl být uzavřen, ale užití agenta by se mělo aplikovat na všechny trestné činy spáchané ve prospěch organizované zločinecké organizace. Zároveň přednost naší úpravy vidím v tom, že agenta lze použít i u jiných závažných (drogových) trestných činů, které v konkrétním případě nemusí být páčány v souvislosti s organizovaným zločinem. Česká právní úprava by tedy v tomto směru mohla být inspirací pro tu španělskou.

Oprávnění použít agenta je § 158e odst. 1 TrŘ přiděleno pouze orgánu Policie České republiky a GIBS. Jde tedy o výrazně užší okruh orgánů oproti ostatním operativně pátracím prostředkům. Dle § 158e odst. 4 TrŘ užití povoluje soudce vrchního soudu, a to na návrh státního zástupce vrchního státního zastupitelství, přičemž příslušnost soudce vrchního soudu určuje obvod, ve kterém je činný státní zástupce podávající návrh. Jedná se o speciální příslušnost vůči příslušnosti v § 26 TrŘ. Návrh může podat už také evropský pověřený žalobce. V takovém případě povoluje použití agenta soudce vrchního soudu, v jehož obvodu by byl činný evropský pověřený žalobce, který by byl jinak příslušný k výkonu dozoru nad zachováváním zákonnosti v přípravném řízení.

Příslušnost státního zástupce k podání návrhu na použití agenta TrŘ nestanoví a je třeba použít § 18a odst. 2 JŘ StZast, podle kterého je příslušný státní zástupce vrchního státního zastupitelství, v jehož obvodu je činné státní zastupitelství příslušné k výkonu dozoru ve věci. Nelze-li takové státní zastupitelství určit, je příslušný státní zástupce vrchního státního zastupitelství, v jehož obvodu má sídlo policejní orgán, který návrh na použití agenta podal. Tento je též příslušný ke všem úkonům, jež v souvislosti s činností agenta státní zástupce podle trestního

⁶⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

⁶¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010, s. 224

řádu vykonává. Příslušnost státního zástupce k výkonu dozoru nad zachováváním zákonnosti v přípravném řízení v trestní věci, v níž je agent použit, zůstává tímto ustanovením nedotčena.⁶²

Náležitostmi povolení dle § 158e odst. 4 TrŘ jsou informace o

- účelu použití (charakter trestné činnosti, vymezený záměr),
- době, po kterou bude agent použit (zpravidla měsíce), přičemž byl podán pozměňovací návrh,⁶³ který tuto dobu konkretizuje tak, že nesmí být delší než šest měsíců, a
- údajích, které umožňují identifikaci agenta (zpravidla číselným označením z důvodu utajení).⁶⁴

Lze dojít i k opakovanému prodloužení, dle pozměňovacího návrhu vždy na dobu nejdéle šesti měsíců, a to na základě povolení, které je svými náležitostmi shodné jako původní, ovšem s připojeným vyhodnocením dosavadní činnosti agenta (nejde o záznam o výsledku použití agenta dle § 158e odst. 7 TrŘ). Pozměňovací návrh, který konkretizuje dobu, po kterou má být agent použit neshledávám jako problémový vzhledem k tomu, že dobu lze opětovně prodloužit.

K provedení předstíraného převodu agent další povolení dle § 158e odst. 5 TrŘ nepotřebuje. Taktéž je umožněno sledování osob a věcí dle § 158d odst. 2 TrŘ, kterým není zasahováno do nedotknutelnosti obydlí, listovního tajemství nebo zjišťován obsah jiných písemností a záznamů, a jež lze běžně uskutečnit pouze na základě písemného povolení státního zástupce. Pokud by mělo jít o sledování se zásahem do nedotknutelnosti obydlí podle § 158d odst. 3 TrŘ, stále je zapotřebí předchozího povolení soudce okresního soudu, který je příslušným v přípravném řízení.

Důvodem pro požadavek dalšího povolení v rámci činnosti agenta je kontrola soudce nebo státního zástupce nad závažnými zásahy do základních lidských práv.⁶⁵ Domnívám se však, že kontrola soudce vrchního soudu a vrchního státního zástupce je dostatečná a že by nemělo docházet k nežádoucímu rozšiřování okruhu osob, které znají informace o použití agenta, tedy dalšího soudce příslušného v přípravném řízení, především s ohledem na požadavek maximální ochrany. Podobný názor zastává například Jiří Trojáček, který se přiklání k tomu „*aby bylo vydáno další povolení, ovšem toto by písemně povoloval nikoliv soudce jinak příslušný k úkonům v přípravném řízení podle § 26 TrŘ, ale opětovně ten, který agenta schválil.*“⁶⁶

⁶² ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 2024

⁶³ Návrh zákona. Sněmovní tisk 642/0, ze dne 13. 11. 2019. Dostupné na <<https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=642&CT1=0>>.

⁶⁴ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 2024

⁶⁵ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád. Komentář. I. Díl*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 1186

⁶⁶ TROJÁČEK, Jiří. Použití agenta – náměty k provedení změn právní úpravy. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 88

Navíc jsem toho názoru, že předchozí povolení může znamenat zbytečné zpomalení postupu agenta. Lze si představit situaci, kdy bude mít agent jedinečnou možnost pořídit záznamy potřebné pro trestní řízení dle § 158d odst. 3 TrŘ, a přestože věc nesnese odkladu, bez předchozího povolení soudce nebude oprávněn operaci realizovat. Pokud je již agent pro vyšetřování užít, měl by mít k dispozici všechny nástroje operativně pátracích prostředků, neboť vývoj děje a událostí může být v těchto případech těžko předvídatelný.

V této souvislosti je však nutné si ujasnit, zda jde o sledování osob a věcí s pořízením záznamů podle § 158d odst. 3 TrŘ v případech, kdy zájmová osoba agenta sama dobrovolně pozvala. Správná interpretace a zhodnocení této skutečnosti má totiž vliv pro opatřování souhlasu soudce se sledováním.

Vyjádření NSZ v Brně k této otázce je takové, že pokud agent vstoupí do bytu se souhlasem dané osoby a v rámci aktivit, které provádí jako agent, není vstup sám o sobě zásahem do nedotknutelnosti obydlí. Pokud ale vstoupí za účelem získání důkazů o trestné činnosti a pokud poté bude chtít použít záznam dle § 158e odst. 7 TrŘ jako důkaz,⁶⁷ nebo by chtěl pořídit zvukový, obrazový nebo jiný záznam, je to možné pouze s přechodným souhlasem soudce přípravného řízení dle § 158d odst. 3 TrŘ.⁶⁸

S tímto stanoviskem částečně souhlasím, domnívám se však, že zásahem do nedotknutelnosti obydlí je již samotný vstup do obydlí zájmové osoby a tento svůj názor si dovoluji podpořit argumentací NS. Je pravdou, že osoba agenta pozvala dobrovolně, nicméně je třeba si uvědomit, že by to neučinila, kdyby znala jeho skutečnou identitu. Je spornou právní otázkou, zda osoba do bytu jiného „neoprávněně vnikne“, jestliže souhlas osoby, která v bytě bydlí, ke vstupu do bytu získá pod nepravdivou záminkou, kdy uvádí falešný důvod svého příchodu a kdy se vydává za někoho jiného. Dle NS to totiž není relevantní souhlas. *„Pokud osoba, která někoho cizího do svého bytu pustí jen proto, že je v omylu ohledně jeho totožnosti a důvodu jeho vstupu, a která by toto neučinila, kdyby znala jeho skutečnou totožnost a pravý důvod jeho vstupu, pak je vyloučeno považovat akt vpuštění za skutečný souhlas se vstupem. To platí tím spíše, jestliže byl omyl osoby, která v bytě bydlí, záměrně vyvolán klamavými údaji toho, kdo se vstupem do bytu domáhá, tedy v podstatě takovým jednáním, které má povahu lsti.“*⁶⁹

Samozřejmě je třeba si uvědomit, že celá podstata užití agenta je založena na podvodu a klamu, právě v tom spočívá jeho rafinovanost. Nelze si představit situaci, kdy agent bude pozván do bytu dané osoby a bude se muset zdráhat vstoupit, protože by tím došlo k zásahu do nedotknutelnosti obydlí a odmítl by. Tímto by totiž mohl vystavit nebezpečí celou operaci i svůj

⁶⁷ K povaze využitelnosti záznamu jako důkazu čtvrtá kapitola

⁶⁸ Sdělení analytického a legislativního odboru NSZ ze dne 2. 1. 2003 sp. zn. 1 SL 829/2002 adresované řediteli Útvaru speciálních činností Služby kriminální policie a vyšetřování Policie ČR

⁶⁹ usnesení NS ze dne 24. října 2007, sp. zn. 7 Tdo 1147/2007

život. Zásah do základních práv a svobod je již z podstaty věci celého institutu, zejména kvůli zastírání totožnosti, v minimální a nezbytné míře připuštěn a nepodléhá zvláštnímu povolení soudce. Nicméně je třeba přinejmenším připustit, že i zde o zásah do nedotknutelnosti obydlí opravdu jde, když dle čl. 12. odst. 3 Listiny do něj není dovoleno vstoupit bez (relevantního) souhlasu toho, kdo v něm bydlí.

Problém, který souvisí s případným předchozím souhlasem soudce nastává v případě, kdy by byl v rámci dokazování později použit záznam o výsledku použití agenta dle § 158e odst. 7 TrŘ jako důkaz nebo by agent v tomto obydlí technicky pořídil obrazový, zvukový či jiný záznam. V takovém případě se totiž dle mého názoru i dle stanoviska NSZ ocitáme v režimu § 158d odst. 3 TrŘ, a tím pádem agent potřebuje předchozí souhlas soudce přípravného řízení.

Dovolím si zde proto navrhnout, aby sledování dle § 158d odst. 3 TrŘ v případě, kdy věc nesnese odkladu, agent mohl uskutečnit pouze s dodatečným souhlasem soudce vrchního soudu, tedy bez předchozího povolení. Přiznávám, že můj návrh je odvážný, nicméně se mi zdá nelogické, že v případě, kdy je agent spontánně pozván do obydlí (což kromě bytu zahrnuje i sklad užívaný k domlouvání zločinecké skupiny) překupníka drog, není oprávněn této jedinečné situace, která se nemusí již opakovat, využít, neboť nejprve si musí vyžádat povolení soudce.

Aby za stávající úpravy nedošlo ke zbytečné ztrátě potenciálních procesně využitelných důkazů, k jejichž získání se možnost může naskytnout nečekaně a prakticky kdykoliv, je jedinou možností povolení příslušného soudce opatřit dlouho předem, nejlépe hned na začátku. Takovýto postup se mi jeví jako neúčinný, a to jak vzhledem k samotnému vyšetřování, tak i vzhledem k ochraně práv. Vývoj celé operace se může rychle a podstatně měnit, stejně jako opodstatněnost tohoto zásahu. Dávat tedy povolení dlouho dopředu nedává zcela smysl. Jako dostatečné a smysluplné považuji dodatečné povolení, a to stejného soudce, který k samotnému užití agenta dával povolení, tedy soudce vrchního soudu. Nutnost povolení dalšího soudce však nevnímám jako zásadní problém.

Následná kontrolní činnost přidělená státnímu zástupci vrchního státního zastupitelství, spočívá v posuzování a zajišťování dodržení zásady zdrženlivosti i legality. Státní zástupce má dle § 158e odst. 7 TrŘ posuzovat

- zda trvá důvod pro použití agenta a
- zda je činnost vykonána v souladu se zákonem.

V rámci toho je povinen od příslušného orgánu vyžadovat údaje potřebné pro posouzení, které musí provádět pravidelně, nejméně však jednou za tři měsíce a v případě, že důvody pominou, dát pokyn k bezodkladnému ukončení činnosti agenta.

2.3. Osoba agenta

Kdo je agentem stanoví § 158e odst. 2 TrŘ. Může jím být příslušník Policie České republiky nebo GIBS plnící úkoly mu uložené řídicím policejním orgánem, vystupující zpravidla se zastíráním skutečného účelu své činnosti. Jeho úkoly není oprávněn plnit nikdo jiný, ani občanský zaměstnanec Policie České republiky či příslušník vězeňské služby povoláný k plnění úkolů policie nebo voják v činné službě povoláný k plnění úkolů policie.

Domnívám se, že tato podmínka může být překážkou v případě organizované kriminality nadnárodního charakteru, která je právě pro tu drogovou typická. Jelikož je členství v takové skupině mnohdy založeno na etnickém principu, může v určitých situacích vyvstat potřeba mít osobu určitého etnika či jiné národnosti a najít takovou v rámci bezpečnostních složek Policie České republiky nebude vždy možné.⁷⁰

Je třeba říci, že v § 92 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky je možnost využít příslušníka zahraničního bezpečnostního sboru zakotvena, je však nutné brát v potaz, že taková osoba s největší pravděpodobností nebude ovládat češtinu. Pokud organizovaná skupina určitým způsobem operuje na našem území, lze předpokládat, že hledá osobu například určitého etnika, ale zároveň osobu v Česku žijící, a očekává od ní, že bude mluvit česky. Může se jednat o případy ojedinělé, přesto se domnívám, že i pro ty by měl existovat účinný nástroj v boji proti organizované kriminalitě. Je tedy otázkou, zda by se nemělo začít vážně uvažovat o zavedení možnosti užít jako agenta i jinou osobu než pouze příslušníka Policie České republiky či GIBS. Nutno podotknout, že i u předstíraného převodu, při kterém také existuje riziko případného excesu policejní provokace, je to umožněno.

Odpověď však není zcela jednoznačná. Užití agenta je oproti předstíranému převodu mimořádně náročný úkon, a to jak z hlediska délky, tak vyšší interakce se členy skupiny. Jednoznačně by tedy agentem měl být pouze člověk řádně připravený a vycvičený, s konkrétními osobnostními rysy, které jsou nezbytným předpokladem pro úspěšnost celé operace. Mimořádnost osobnostních předpokladů souvisí s vysokou náročností celé operace, se zastíráním vlastní identity, vytvářením legendy o jiné osobní existenci, s vystupováním při zastírání skutečného účelu své činnosti a celkovou psychickou zátěží, které může být po neurčitou dobu vystaven. Domnívám se nicméně, že výběrem vhodné osoby a adekvátním proškolením by tyto předpoklady mohla splňovat i osoba, která není policistou. Kolumbie například, neblaze proslulá drogovými kartely a charakteristická plantážemi koky, v § 242 trestního řádu⁷¹ umožňuje jako agenta použít civilistu,

⁷⁰ KARABEC, Zdeněk. Použití agenta proti organizovanému zločinu. *Trestněprávní revue*. 2011, roč. 14, č. 8, s. 228

⁷¹ Ley 906 de 2004 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)"

který však musí vystupovat pod svou skutečnou identitou. Španělská úprava to v § 282 bis španělského trestního řádu⁷² obdobně jako ta naše nepovoluje.

Kromě splnění objektivních kritérií ohledně osoby agenta uvedených v zákoně, tedy kromě splnění podmínky, kterou je příslušnost dané osoby k policii či GIBS, je podstatné zkoumat konkrétní situaci a její specifické možnosti k úspěšné infiltraci. Měl by existovat adekvátní systém pro výběr osoby na pozici agenta mezi množstvím policistů. Vybraný kandidát by měl disponovat určitým profilem a mít příslušnou průpravu. Nejen, že bude plnit úkoly jako agent, ale taktéž musí chránit svůj život, popřípadě své rodiny. Předpoklad opětovného použití konkrétního agenta a specifika různých případů mohou být velmi tíživá pro jeho rodinný život a partnerské vztahy.⁷³

V České republice nejsou sice zveřejněna data ohledně profilu, kterým by měl agent disponovat, ale na základě dokumentace, která se tomuto věnuje a která byla získaná na základě zkušeností FBI, by měl agent mít následující charakteristiky a schopnosti:⁷⁴

- osobní autonomie pro rozhodování v předpokládaných situacích a schopnost čelit problémům,
- schopnost přizpůsobit se prostředí a splynout s ním,
- vysoká inteligence, včetně emocionální,
- vyrovnanost,
- schopnost komunikovat na všech úrovních verbální i neverbální řeči,
- empatie,
- sebedůvěra s vysokou mírou sebekontroly,
- tolerance jiných kulturních a morálních hodnot,
- důvěryhodnost a diskrétnost,
- schopnost podstoupit riziko,
- odolnost vůči zátěži a dostatečná fyzická výkonnost,
- obvyklý a nenápadný vzhled,
- nejlépe svobodný a bezdětný,
- ideální věkové rozmezí mezi 25 a 45 lety.

Zmíněné rysy a vlastnosti jsou doporučením, jež by se při výběru mělo aplikovat, aby vyšetřování bylo úspěšné, a zároveň pro agenta bezpečné. Vzhledem k tomu, že v České republice všechny bližší údaje podléhají utajení, není možné je srovnat ani zhodnotit.

⁷² Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

⁷³ KARABEC, Zdeněk. Použití agenta proti organizovanému zločinu. *Trestněprávní revue*. 2011, roč. 14, č. 8, s. 229

⁷⁴ PÉREZ, Marta del Pozo. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. *Criterio jurídico*. 2006, N° 6, s. 289

2.4. Beztrestnost

Beztrestnost je v podstatě právní jistota policisty, že nebude postižen za svou služební činnost. Charakteristikou působení agenta je navázání důvěry kriminálních osob, rozkrýví trestné činnosti a získání důkazů pro trestní řízení. Nemohl-li by se agent podílet na páchaní určitých trestných činů, nebylo by reálně možné v mnohých případech důvěru získat.

Policista se při výkonu služby nemůže spoléhat na to, že při rozkrývání trestné činnosti nebude odpovědný pouze na základě institutů jako je krajní nouze nebo přípustné riziko. Pokud by tomu tak bylo, hypoteticky by se mohlo stávat, že některé skutky nebudou odhaleny, protože sám policista jako agent by byl trestně odpovědný. Použití agenta by pak v důsledku mohlo být v rozporu se zájmem společnosti na odhalení trestné činnosti.⁷⁵

V současnosti je beztrestnost agenta upravena v TZ a lze říci, že rozlišuje dva typy, a to beztrestnost dle § 312c TZ, která souvisí s účastí na teroristické skupině, a další dle § 363 TZ, jež je spojena s účastí na organizované zločinecké skupině. U prvního typu v § 312c TZ agent není trestný pro spáchání trestného činu účasti na teroristické skupině (dle § 312a TZ), pokud se činu dopustil s cílem odhalit pachatele trestné činnosti spáchané členy teroristické skupiny, ve spojení s ní nebo v její prospěch, anebo s cílem jejímu spáchání předejít.

Dále je beztrestným pro několik taxativně vymezených trestných činů, mezi které patří např. nedovolená výroba a jiné nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy dle § 283 TZ nebo obchodování s lidmi § 168 TZ, ale to pouze v případě, že jde o agenta, který

- se účastní činnosti teroristické skupiny nebo takovou skupinu podporuje,
- činu se dopustil s cílem odhalit pachatele trestné činnosti spáchané členy teroristické skupiny, ve spojení s ní nebo v její prospěch, anebo jejímu spáchání předejít a
- teroristickou skupinu nezaložil, nezosnoval a není jejím vedoucím činitelem nebo představitelem.

U dalšího typu beztrestnosti podle § 363 TZ agent není trestný za spáchání trestného činu účasti na organizované zločinecké skupině (dle § 361 TZ), pokud se (stejně jako u prvního typu) činu dopustil s cílem odhalit pachatele trestné činnosti spáchané ve prospěch organizované zločinecké skupiny, anebo s cílem jejímu spáchání předejít.

⁷⁵ BUDKA, Ivan. *Využití právních nástrojů pro potírání organizovaného zločinu*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2017, s. 24

Dále agent není trestný pro stejný taxativní výčet trestných činů (jako u prvního typu) uvedených v § 312c odst. 2 TZ, ale pouze za předpokladu, že

- se účastní činnosti organizované zločinecké skupiny nebo jako člen organizované skupiny nebo některou takovou skupinu podporuje,
- činu se dopustil s cílem odhalit pachatele trestné činnosti spáchané členy organizované skupiny, ve spojení s organizovanou skupinou nebo spáchané ve prospěch organizované zločinecké skupiny, anebo s cílem jejímu spáchání předejít a
- organizovanou zločineckou skupinu nebo organizovanou skupinu nezaložil, nezosnoval a není jejím vedoucím činitelem nebo představitelem.

Dovolím si zde upozornit na nedostatky, které zde spatřuji. Jedním z nich je fakt, že pokud se agent neúčastní činnosti teroristické nebo organizované zločinecké skupiny, beztrestnost se na něj nevztahuje. Mám za to, že by bylo vhodné změnit celou konstrukci beztrestnosti tak, aby pokrývala i další jednání s tím nespojené. To také navrhovala Policie České republiky.⁷⁶ Je pravda, že se příliš nepředpokládá „testování“ agentovi osoby ze strany jednotlivce, který není součástí většího kriminálního aparátu, protože to je typické právě pro organizované zločinecké nebo teroristické skupiny. A na to také současná úprava správně míří. Je však nutno připustit, že se agent může dostat do kriminálního prostředí při vyšetřování různé trestné činnosti, která sice nesouvisí s organizovanou zločineckou nebo teroristickou skupinou, přesto však bude tlačěn ke spáchání trestného činu. Kvůli této svázanosti nemusí být schopen naplnit účel vyšetřování nebo může ohrozit svou ochranu, krytí či bezúhonnost. Pokud se již počítá s užitím agenta i u jiných trestných činů nespojených s organizovaným zločinem, mělo by se počítat s jistou beztrestností i pro tyto případy.

Dále se domnívám, že by sestavení negativního výčtu trestných činů bylo daleko adekvátnější, jelikož takový model více chrání agenta před prozrazením i jeho právní jistotu. Samozřejmě za dodržení všech kontrolních mechanismů, principů a zásad. Hlavním kritériem by mělo být respektování základních lidských práv a svobod, tedy vyjmutí z beztrestnosti agenta trestných činů proti životu a zdraví.⁷⁷ Jeho činnost by ani dle názoru J. Trojáčka neměla být sešňerována, ale právě naopak co nejvíce rozšířena, „aby se bez vzbuzení nedůvěry mohl pohybovat v zájmovém kriminálním prostředí, do kterého byl infiltrován, a zde opatřovat důkazy pro trestní řízení.“⁷⁸

⁷⁶ BUDKA, Ivan. *Využití právních nástrojů pro potírání organizovaného zločinu*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2017, s. 26

⁷⁷ TROJÁČEK, Jiří. Použití agenta – náměty k provedení změn právní úpravy. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků ke získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 89

⁷⁸ Tamtéž, s. 91

V porovnání se španělskou právní úpravou je ta naše více konkrétní a svazující. Dle španělského trestního řádu⁷⁹ § 282 bis odst. 5 je tajný agent osvobozen od trestní odpovědnosti za jednání, která jsou nezbytným důsledkem vývoje vyšetřování. Vše ale za předpokladu, že jsou řádně přiměřená účelu vyšetřování a nepředstavují provokaci k trestnému činu. Beztrestnost agenta je tedy stanovena v každém případě zvlášť, na základě konkrétních okolností případu, s ohledem na princip proporcionality a subsidiarity. Myslím si, že jelikož beztrestnost agenta není omezena určitým výčtem trestných činů jako je tomu v české současné úpravě, může to zvýšit efektivitu vyšetřování, neboť má agent širší pole působnosti při výkonu své role a tomu odpovídající ochranu.

Na základě zmíněného velice pozitivně hodnotím pozměňovací návrh trestního řádu,⁸⁰ který se dotýká všech řečených nedostatků, když beztrestnost agenta sjednocuje, ruší obě ustanovení TZ výše uvedené a zakotvuje ji v § 158e TrŘ, kde se za odstavec 6 vkládá nový odst. 7, přičemž pro agenta platí beztrestnost vždy s výjimkou stanovených negativních podmínek. Beztrestnost se na agenta nevztahuje, pokud

- a) spáchá trestný čin mučení a jiného nelidského a krutého zacházení § 149 TZ, znásilnění § 185 TZ, sexuálního nátlaku § 186 TZ, pohlavního zneužití § 187 TZ, svádění k pohlavnímu styku § 202 TZ, získání kontroly nad vzdušným dopravním prostředkem, civilním plavidlem a pevnou plošinou § 290 TZ, ohrožení bezpečnosti vzdušného dopravního prostředku a civilního plavidla § 291 TZ, zavlčení vzdušného dopravního prostředku do ciziny § 292 TZ, vlastizrady § 309 TZ, rozvracení republiky § 310 TZ, teroristického útoku § 311 TZ, sabotáže § 314 TZ nebo vyzvědačství § 316 TZ,
- b) jedná zjevně nepřiměřeně, zejména způsobí-li takovým činem smrt, těžkou újmu na zdraví nebo jiný zvlášť závažný následek,
- c) spáchání takového činu zosnoval, nebo
- d) založil či zosnoval organizovanou zločineckou skupinu, organizovanou skupinu nebo teroristickou skupinu nebo působil jako její vedoucí činitel nebo představitel.

2.5. Dílčí závěr

Předestřené charakteristiky užití agenta a podmínky k jeho povolení představují prvky, které vyvažují zájem na efektivním boji s drogovou kriminalitou vedle zájmu na ochraně lidských práv a svobod. Jistá míra invaze do práv jednotlivce, která je nezbytným předpokladem tohoto institutu, musí být podmíněna řádným povolovacím a kontrolním mechanismem s dodržováním

⁷⁹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

⁸⁰ Návrh zákona. Sněmovní tisk 642/0, ze dne 13. 11. 2019. Dostupné na <<https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=642&CT1=0>>.

zásad trestního řízení a specifickými podmínkami jeho užití, jejichž aplikace má zajistit rovnováhu obou zájmů a zbránit zneužití tohoto prostředku.

Mezi prvky institutu užití agenta, které předpokládají účinné vyšetřování drogové kriminality i agentovu ochranu, lze zdůraznit především zastírání totožnosti, užití podvodu/klamu, možnost realizovat předstíraný převod bez dalšího povolení a beztrestnost agenta. Významné je také utajení agenta jako svědka, tomu je dále věnována čtvrtá kapitola.

Na druhé straně stojí prvky, které jsou předpokladem pro zajištění ochrany práv a svobod jednotlivců, mezi které patří povolovací proces ve formě souhlasu soudce vrchního soudu, stanovený účel a doba použití agenta, nutnost dalšího povolení ke sledování v rozsahu dle § 158d odst. 3 TrŘ (což ovšem doporučuji změnit), kontrola státním zástupcem, povinnost ukončení činnosti, pokud důvody pominou, zvláštní požadavek minimalizace zásahu do základních práv a svobod a limity policejní provokace, které jsou rozebírány v následující kapitole.

Domnívám se, že zákonná úprava poskytuje pro použití agenta adekvátní kontrolní mechanismus a zajišťuje přiměřenou efektivitu odhalování drogové kriminality. Přesto by návrhy lege ferenda, které jsem zde nastínila, především ohledně vynechání dalšího povolení ke sledování dle § 158d odst. 3 TrŘ, měly přispět k jejímu zvýšení. Velmi pozitivně hodnotím úpravu beztrestnosti, kterou přináší navrhovaná novela TrŘ, neboť nespojuje jeho beztrestnost pouze s účastí na organizované zločinecké či teroristické skupině, ale poskytuje ochranu agentům podílejícím se na vyšetřování nejrůznějších trestných činů.

3. Policejní provokace

Policejní provokace je pojem, který český právní řád nedefinuje a je třeba jej dovozovat z judikatury nebo odborné literatury. Dle ESLP se jí rozumí situace, kdy se agent, ať již přímo člen bezpečnostních složek nebo osoba jednající na základě pokynů takové složky (například při předstíraném převodu), neomezí na čistě pasivní vyšetřování trestné činnosti, nýbrž za účelem obstarání důkazů potřebných k zahájení trestního stíhání vyvine takový vliv, že dotyčnou osobu pobídne ke spáchání trestného činu, ke kterému by jinak nebylo došlo.⁸¹ V odborné literatuře se o vymezení tohoto pojmu pokouší několik autorů⁸², přičemž hlavní znaky z těchto definic lze shrnout tak, že jde o činnost policie, která

- je utajená,
- podněcuje či navádí jiného ke spáchání trestného činu,
- iniciuje spáchání trestného činu i jiné osoby,
- vyvolává u jiného úmysl spáchat trestný čin,
- je v právním řádu České republiky pokládána za metodu nepřípustnou.⁸³

O policejní provokaci lze hovořit jak v rámci institutu použití agenta, tak u předstíraného převodu. Na základě ustálené judikatury ESLP týkající se metod vyšetřování drogové kriminality lze použití policejních agentů jednajících v utajení připustit za předpokladu, že je doprovázeno jasným omezením a zárukou, že veřejný zájem nemůže ospravedlnit použití důkazu získaného v důsledku policejní provokace.⁸⁴ Ačkoliv hranice mezi legitimní tajnou technikou a policejní provokací nemusí být vždy zcela jednoznačná,⁸⁵ v následující podkapitole se pokusím o její vymezení ve světle judikatury ESLP, zaručující právo na spravedlivý proces na základě článku 6 Úmluvy.

3.1. Judikatura ESLP

Jedním z nejvýznamnějších rozhodnutí v této oblasti je Teixeira de Castro vs. Portugalsko.⁸⁶ V této kauze se dva policejní agenti chtěli dostat do sítě dodavatelů drog a navázali kontakt s třetí osobou, u níž zjišťovali, kde by bylo možné obstatat několik gramů heroinu. Poté, co je tato osoba

⁸¹ rozsudek velkého senátu ESLP Ramanauskas vs. Litva ze dne 5. února 2008, stížnost č. 74420/01, bod 55.

⁸² Definici nabízí KRATOCHVÍL, Vladimír. Policejní provokace „trestného činu“ z pohledu právního a ústavněprávního. *Trestní právo*, 2001, č. 10, s. 3, CHMELÍK, Jan. Úvahy k agentu provokatérovi a korunnímu svědkovi. *Kriminalistika*, 2005, č. 1, s. 69, VRTEJL, Petr. Nepřípustnost policejní provokace. *Trestní právo*, 2001, č. 5, s. 6, CIMR, Vratislav. K zákonnosti provokace trestného činu policejními orgány. *Trestní právo*, 2001, č. 2, s. 13., KARABEC, Zdeněk. Použití agenta proti organizovanému zločinu. *Trestněprávní revue*, 2011, č. 8, s. 225

⁸³ náleží ÚS ze dne 23. srpna 2016, sp. zn. III. ÚS 828/16

⁸⁴ rozhodnutí ESLP ve věci Pătrașcu vs. Rumunsko ze dne 4. února 2017, stížnost č. 7600/09

⁸⁵ rozhodnutí ESLP ve věci Baltinš proti Lostyšsku ze dne 8. ledna 2013, stížnost č. 25282/07

⁸⁶ rozhodnutí ESLP ve věci Teixeira de Castro proti Portugalsku ze dne 9. srpna 1998, stížnost č. 25829/94

odkázala na pana Castra, se společně vydali do jeho bydliště. Tam stěžovateli Castrovi nabídli, že koupí 20 g, přičemž ten souhlasil, že drogu obstará. ESLP v tomto případě stěžovateli přisvědčil, že agenti překročili hranici pasivního vyšetřování, když ho sami kontaktovali a vzbudili v něm rozhodnutí tento čin spáchat, jelikož nebyl předložen žádný důkaz o tom, že by se stěžovatel předtím chystal k takovému jednání. To dosvědčuje i skutečnost, že žadatel doma žádné drogy neměl a musel je pro agenty získat od další osoby. Ani nebylo dokázáno, že by měl v době svého zatčení více drogy, než kolik agenti žádali. Zdůraznil fakt, že nebyl žádný důvod stěžovatele podezřívát z toho, že je drogový dealer, ani že je stěžovatel zapojen do jakékoli trestné činnosti.

Další velmi významné rozhodnutí představuje *Ramanauskas vs. Litva*.⁸⁷ Bývalý prokurátor byl kontaktován prostřednictvím svého známého V. S. do té doby pro něho neznámým A. Z. a požádal ho, aby za úplatek zařídil osvobození určité osoby. Poté, co mu byla zopakována nabídka několikrát po sobě, s přijetím nakonec souhlasil. Při posuzování, zda se policejní orgán omezil na „vyšetřování trestné činnosti v podstatě pasivním způsobem“, soud přihlédl k tomu,

- že neexistuje důkaz o tom, že by stěžovatel dříve spáchal jakýkoliv trestný čin, zejména druhově podobný,
- a zároveň vyplývá z nahrávek telefonických hovorů, že všechny schůzky se odehrály z podnětu A. Z.

Dle soudu byl stěžovatel vystaven zjevnému ponoukání, přestože zde neexistoval pádný důkaz, kromě pomluvy, že by o trestném činu přemýšlel. Na základě těchto skutečností soud dospěl k závěru, že činnost nebyla v mezích pasivity a ani dodatečné doznání není s to odstranit skutečnost, že čin a jeho důsledky byly vyprovokovány policií.

Ve věci *Lüdi vs. Švýcarsko*⁸⁸ se agent pod smyšlenou identitou do procesu zapojil až poté, co byly švýcarské orgány varovány německou policií. Už před zapojením agenta bylo prokázáno, že existuje dohoda mezi dodavatelem udávat na trh 5 kg kokainu. Cílem bylo pozatýkat dealery při předání. Agent sám kontaktoval stěžovatele, který mu následně sdělil, že je připraven prodat mu 2 kg kokainu. Později, když pozatýkali a obvinili jeho i další zúčastněné dodavatele, se všichni k nezákonnému jednání přiznali. Ačkoliv ESLP konstatuje, že utajený agent má vyšetřování vést hlavně pasivně, bez toho, aniž by vzbudil v jiném úmysl provést trestný čin, tak zároveň souhlasí s tím, že v tomto případě byly na předchozí trestné jednání stěžovatele orgány upozorněny německou policií a na tomto základě zahájily vyšetřování. Agent do procesu vstoupil až v kontextu již existující dohody o prodeji 5 kg kokainu. Porušení článku 6 Úmluvy zde sice konstatoval,

⁸⁷ rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Ramanauskas vs. Litva* ze dne 5. února 2008, stížnost č. 74420/01

⁸⁸ rozhodnutí ESLP ve věci *Lüdi vs. Švýcarsko* ze dne 15. června 1992, stížnost č. 12433/86

ne však z důvodu policejní provokace, ale kvůli skutečnosti, že stěžovatel neměl dostatečnou možnost konfrontovat svědeckou výpověď utajeného agenta, tomu se dále věnuje čtvrtá kapitola.

V rozhodnutí *Bannikova vs. Rusko*⁸⁹ byla stanovena kritéria k rozlišení provokace od přípustného jednání agenta. Tzv. materiální zkouška podněcování lze shrnout do základních dvou otázek. Soud má zjišťovat

- zda by byl trestný čin spáchán bez zásahu policejního orgánu a
- zda existovalo objektivní podezření, že se stěžovatel účastnil trestné činnosti nebo se schylovalo k tomu, že trestný čin spáchá.

Otázkou v tomto kontextu zůstalo, jak lze vymezit objektivní podezření a zda jím může být i předchozí odsouzení. Dle ESLP totiž pouhá skutečnost, že jeden z obžalovaných byl dříve uživatelem drog a odsouzeným za jejich přechovávání, nezakládá důvodné podezření z prodeje psychotropních látek.⁹⁰ Na druhé straně však v několika případech, které jsou uvedeny níže, argumentuje, že vzhledem k absenci jakéhokoliv záznamu v trestním rejstříku zde není ani objektivní podezření. Lze tedy dovést, že pokud by byl dotyčný dříve odsouzen za trestný čin, pro který je znovu vyšetřován, může to zakládat relevantní podezření. Musí se však jednat, alespoň na základě zmíněných rozhodnutí, o totožnost trestného činu či tam musí být jiná relevantní souvislost nebo predispozice. Zmíněná kritéria byla zopakována a rozvinuta v dále uvedených rozhodnutích.

Tak například v rozhodnutí *Ciprian Vlăduț a Ioan Florin Pop vs. Rumunsko*⁹¹ ESLP stanovil, že příslušné orgány musí být schopny prokázat, že měly dobré důvody operaci spustit, a že konkrétní a objektivní důkazy dokládají, že už dříve byly učiněny první kroky směřující ke spáchání skutků vedoucích k pozdějšímu stíhání stěžovatele. Zdůraznil, že vnitrostátní právo musí obsahovat jasná a předvídatelná procesní pravidla pro povolení a dohled nad utajovanými operacemi, a že utajené operace musí být prováděny výlučně pasivním způsobem, bez nátlaku na stěžovatele.

V projednávané věci bylo dle Soudu obtížné určit, na jakém základě byla operace zahájena a zda měly orgány dostatečné důvody ji spustit. První stěžovatel neměl žádný relevantní záznam v trestním rejstříku a pouhá skutečnost, že sám drogy užíval, nemohla policejní zásah ospravedlnit. Policejní agent navíc sám stanovil cenu první transakce a dojednal další obchod. Dále naléhal, aby všechny drogy prodal jen jemu a vyhrožoval, že nebudou-li drogy dodány rychle, obstará si je jinde. Taková role je neslučitelná s požadavkem na čistě pasivní úlohu agenta.

⁸⁹ rozhodnutí ESLP ve věci *Bannikova vs. Rusko* ze dne 4. listopadu 2010, stížnost č. 18757/06

⁹⁰ rozhodnutí ESLP ve věci *Constantin a Stoian vs. Rumunsko* ze dne 29. září 2009, stížnost č. 23782/06 a 46629/06

⁹¹ rozhodnutí ESLP ve věci *Ciprian Vlăduț a Ioan Florin Pop vs. Rumunsko* ze dne 16. července 2015, stížnost č. 43490/07

Ve věci Pătrașcu vs. Rumunsko⁹² opět zmínil test, který se skládá ze dvou kroků, a to substantivního a procesního. Substantivní test, jehož kroky již byly zmíněny v rozhodnutí Bannikova vs. Rusku, zde více rozvádí a zkoumá

1. zda by ke spáchání trestného činu bylo došlo i bez přičinění orgánů veřejné moci, přičemž pro určení toho, zda agent vybočil ze své pasivní role, jsou podstatné důvody, které vedly k zahájení tajné operace a následné chování státních orgánů, které ji prováděly, a
2. zda existovalo objektivní podezření, že stěžovatel byl zapojen do trestné činnosti, nebo se s ohledem na okolnosti mohl jevit predisponován k jejímu spáchání, přičemž jakákoli předběžná informace o existujícím záměru spáchat trestný čin musí být ověřitelná.⁹³

Zásadní je v této souvislosti okamžik, ve kterém do děje vstoupily orgány státu, tedy zda se pouze přidaly k již páchané trestné činnosti, nebo zda ji samy svým jednáním vyvolaly. Taktéž hraje roli i to, zda bylo utajených technik použito v návaznosti na informace poskytnuté od soukromé osoby, nebo od agenta či informátora policejního orgánu. Druhý z těchto zdrojů budí zvýšené riziko, že orgány státu překročily svou čistě pasivní roli a jednaly v postavení agenta provokatéra.

ESLP zkoumá také procesní hledisko, tedy způsob, jakým se vnitrostátní orgány vypořádaly s námitkou stěžovatele. Pokud tvrzení obviněného nejsou zjevně nepravděpodobná, je především na orgánech činných v trestním řízení, aby prokázaly, že k policejní provokaci nedošlo. Jestliže naznaží, že k policejní provokaci došlo, musí z toho vyvodit odpovídající důsledky plynoucí z Úmluvy, tedy vyloučit z projednávání veškeré důkazy opatřené prostřednictvím policejní provokace.

V tomto případě bylo jisté, že stěžovatel do té doby neměl žádný záznam v trestním rejstříku a ani u něho v průběhu tajné operace drogy nebyly nalezeny. Ačkoliv to byl policejní agent, který stěžovatele oslovil jako první a následně jej opakovaně kontaktoval za účelem obstarání drog, soud podotýká, že stěžovatel bez nátlaku hned odvětil, že je schopen drogy sehnat. I tuto reakci tedy ESLP bere v potaz jako argument pro skutečnost, že se této činnosti více či méně věnuje. V projednáváné věci však nelze s jistotou říct, na základě jakých informací byla operace zahájena, tj. zda příslušné orgány disponovaly od začátku relevantními důvody, a problém tedy spočívá zejména v počáteční absenci objektivního podezření.

⁹² rozhodnutí ESLP ve věci Pătrașcu vs. Rumunsko ze dne 4. února 2017, č. stížnosti 7600/09

⁹³ rozhodnutí ESLP ve věci Vanyan vs. Rusko ze dne 15. prosince 2005, stížnosti č. 53203/99, bod 49.

Ve věci Grba vs. Chorvatsko ESLP⁹⁴ zase podtrhl důležitost důvodného podezření, přičemž poukázal, že zde až do předmětných událostí neměl stěžovatel žádný záznam v trestním rejstříku. K prvotnímu kontaktu agentů se stěžovatelem došlo také z iniciativy policie, ale jak již bylo řečeno, dle názoru ESLP ani tato skutečnost bez dalšího neznamená, že by se policisté chovali jako agenti provokatéři. V rámci prvního setkání totiž záleží na reakcích a chování stěžovatele, a v tomto případě sám od sebe agentům nabídl padělanou bankovku, aby prokázal svou schopnost obstarat větší množství padělané měny. Policisté v přestrojení přitom nesehráli v tomto jeho dobrovolném počínání žádnou zásadní úlohu.

Problém však spočíval v tom, že bylo pokračováno v dalších předstíraných obchodech mezi zúčastněnými stranami. ESLP konstatoval, že zájmy spravedlnosti vyžadují, aby byl jedinec potrestán za trestnou činnost pouze v rozsahu, v němž ji zamýšlel spáchat, nebýt aktivního působení policejních agentů. Je jisté, že v předmětném období nic nenasvědčovalo tomu, že by stěžovatel prodával padělané bankovky někomu jinému. Stejně tak neexistovalo ani podezření z toho, že by měl stěžovatel nějakého spolupachatele, jehož totožnost by bylo třeba odhalit. Konečně nic nenasvědčuje ani tomu, že by opakované předstírané převody bylo nutné realizovat kvůli potřebě zajistit další důkazy nezbytné pro trestní stíhání z dané trestné činnosti. Po zvážení těchto hledisek uvedl, že není možné s dostatečnou mírou jistoty určit, zda byl stěžovatel vyprovokován ke spáchání trestného činu v nesrovnatelně větším rozsahu, než původně zamýšlel, což se v konečném důsledku projevilo v jeho přísnějším potrestání, či nikoliv.

Proto ESLP posléze musel přistoupit k procesní složce testu a zkoumal, zda vnitrostátní soudy podrobily námitku stěžovatele, že se stal obětí policejní provokace, dostatečně zevrubnému zkoumání. Této povinnosti přitom nemohly být zproštěny jen proto, že stěžovatel učinil v rámci vnitrostátního řízení doznání. Jelikož nedošlo k šetření před vnitrostátními soudy, v jakém rozsahu k jejímu páčání přispěli svým jednáním policejní agenti, nelze dle ESLP toto řízení považovat za spravedlivé.

3.2. Judikatura ÚS

Dle ÚS, který se otázkou policejní provokace ve své judikatuře mnohokrát zabýval, policejní orgány nesmějí vyprovokovat trestnou činnost nebo se jiným způsobem aktivně podílet na vytváření skutkového děje tak, aby vzbuzovaly, vytvářely či usměrňovaly do té doby prokazatelně neexistující vůli pachatele trestný čin spáchat.⁹⁵ Není tedy přípustné, aby policejní orgány naváděly jiného ke spáchání trestné činnosti nebo pouze posilovaly jeho vůli spáchat trestný

⁹⁴ rozhodnutí ESLP ve věci Grba vs. Chorvatsko ze dne 23. listopadu 2017, stížnost č. 47074/12

⁹⁵ náleží ÚS ze dne 19. března 2018, sp. zn. I. ÚS 4185/16

čin nebo mu jakoukoliv formou pomáhaly.⁹⁶ Jednání policejního orgánu se také nesmí stávat součástí skutkového děje, takže do něj není možné zasáhnout takovým způsobem, že by ve své komplexnosti tvořil trestný čin.⁹⁷

V souvislosti s realizací předstíraného převodu ÚS vymezuje konkrétní situace, přičemž stanovuje nutné indicie a nepřekročitelné limity:

- Před nabídkou předstíraného převodu by mělo existovat důvodné podezření, že oslovený takový obchod na rozdíl od běžného občana přijme.
- Agent nesmí v nevinné mysli vzbudit úmysl spáchat trestný čin.
- Nabízený převod se nesmí vyznačovat neobvyklými, zvláště výhodnými podmínkami pro osloveného (např. nabízení drogy za výrazně nižší cenu, než je obvyklé).
- Agent nesmí oslovenému nabízený obchod vnucovat ani používat žádný způsob nátlaku, aby dosáhl uskutečnění předstíraného převodu.
- Agent nesmí přesvědčovat osloveného o tom, že nabízený obchod je legální nebo že nehrozí žádné nebezpečí jeho odhalení.⁹⁸

Přípustnost činnosti policie je však zachována, pokud je to ve svém souhrnu zejména jednání podezřelého, co rozhoduje o druhu obchodovaného zboží, jeho množství, ceně, postupném předání v několika dávkách, také o místě, způsobu a konspiraci předání.⁹⁹ I když jednání policistů tvoří v daném případě jeden z dílčích elementů celkového průběhu události, nelze je pokládat za určující či podstatný prvek trestného činu, pokud je to především samotný podezřelý, kdo opakovaně navazuje kontakt se skrytým policistou, vystupuje aktivně, obstarává dodávku drogy a přebírá peníze.¹⁰⁰

3.3. Dílčí závěr

Na základě uvedených požadavků ESLP se domnívám, že Česká republika splňuje nezbytný standard jasných a předvídatelných procesních pravidel pro povolení i dohled nad utajovanými operacemi, přičemž judikatura ÚS poskytuje poměrně podrobné indicie a limity přípustnosti. Jako zdařilý považuji návrh pozměňovacího zákona,¹⁰¹ jenž ustanovení § 158e TrŘ na konci odstavce 6 doplňuje větou, že agent při své činnosti nesmí vzbudit u jiné osoby úmysl spáchat

⁹⁶ náleží ÚS ze dne 25. června 2003, sp. zn. II. ÚS 710/01

⁹⁷ náleží ÚS ze dne 22. června 2000, sp. zn. III. ÚS 597/99

⁹⁸ náleží ÚS ze dne 19. března 2018, sp. zn. I. ÚS 4185/16

⁹⁹ usnesení ÚS ze dne 4. listopadu 2004, sp. zn. I. ÚS 14/04

¹⁰⁰ usnesení ÚS ze dne 13. ledna 2005, sp. zn. III. ÚS 323/04

¹⁰¹ Návrh zákona. Sněmovní tisk 642/0, ze dne 13. 11. 2019. Dostupné na <<https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=642&CT1=0>>.

trestný čin a nesmí svým jednáním ovlivnit okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby, a tímto policejní provokaci konečně i přímo v zákoně zakazuje.

Pokud tvrzení obviněného nejsou zjevně nepravděpodobná, je soud povinen námitku podrobit dostatečně zevrubnému zkoumání. Při posuzování policejní provokace je dle ESLP nutné se ptát, zda by ke spáchání trestného činu došlo i bez přičinění policejních orgánů a zda existovalo objektivní podezření, že stěžovatel byl zapojen do trestné činnosti nebo se s ohledem na okolnosti mohl jevit predisponován k jejímu spáchání. Jestliže ve svých úvahách dospěje k závěru, že k policejní provokaci došlo, musí vyloučit z projednávání veškeré důkazy opatřené jejím prostřednictvím.

V kontextu drogové kriminality lze na základě zmíněné judikatury dovodit, že je přípustné, aby policista zájmovou osobu sám kontaktoval. Musí to být však na základě důvodného podezření, že tato osoba již má úmysl určité množství drogy např. prodat, přičemž toto podezření může spočívat na předchozím odsouzení za stejný trestný čin nebo jiných ověřitelných skutečnostech. Nabízený obchod nesmí být neobvykle výhodný a nesmí dojít ke zjevnému ponoukání či nátlaku. Měl by to být především podezřelý, kdo rozhodne o množství a ceně, a v souhrnu by měl o podmínkách dohody rozhodovat on a nikoliv policista.

4. Výsledky operativně pátrací činnosti

Obecně lze říci, že výsledkem použití operativně pátracích prostředků je nalezení pachatele, nezvěstných osob, získání podkladů pro zahájení trestního řízení¹⁰² a důkazů pro řízení před soudem.¹⁰³ V rámci této kapitoly se budu zabývat právě důkazy získanými při použití operativně pátracích prostředků a budu chtít zodpovědět následující otázky: Co patří mezi procesně využitelné důkazy v rámci použití operativně pátracích prostředků? Jaké jsou možnosti výslechu agenta jako svědka?

4.1. Procesní využitelnost důkazů

V souvislosti s využitelností důkazů zjištěných při operativní činnosti jsou relevantní ustanovení § 158b odst. 3 a § 89 odst. 2 TrŘ. Dle § 158b odst. 3 TrŘ lze zvukové, obrazové a jiné záznamy získané při použití operativně pátracích prostředků způsobem odpovídajícím ustanovením tohoto zákona použít jako důkaz. Toto je dále doplněno § 158d odst. 7 TrŘ, který stanoví povinnost připojit k tomu protokol s náležitostmi uvedenými v § 55 a 55a TrŘ. Jako důkazy lze tedy s určitostí vymezit

- zvukové záznamy,
- obrazové záznamy,
- jiné záznamy.

V této souvislosti je nutné nejprve rozlišit, zda jde o zvukový, obrazový nebo jiný záznam dle § 158b odst. 3 TrŘ, nebo záznam o předstíraném převodu dle § 158c odst. 4 TrŘ, resp. záznam o výsledku použití agenta dle § 158d odst. 7 TrŘ, anebo záznam úřední dle § 158 odst. 6 TrŘ.

Záznamy zvukové, obrazové a jiné záznamy dle § 158b odst. 3 TrŘ jsou technické záznamy pořizované přímo při úkonu, který spočívá v použití operativně pátracího prostředku. Dá se říci, že jde o dokumentaci jeho použití některým technickým prostředkem a nejedná se zde o úřední záznamy sepisované o úkonu pověřeným policejním orgánem. Možnost jejich použití jako důkazu zákon výslovně stanovuje.

Co se týká povahy záznamů o předstíraném převodu § 158c odst. 4 TrŘ a o výsledku použití agenta § 158d odst. 7 TrŘ z hlediska procesní využitelnosti a otázky, zda tyto záznamy obsahující údaje o postupu policejního orgánu a skutkových zjištění mají povahu důkazního prostředku, nepanuje v odborné literatuře úplný soulad.

¹⁰² NĚMEC, Miroslav. *Kriminalistická taktika pro policisty a studenty policejní akademie České republiky v Praze*. Praha: ABOOK s.r.o. 2017, s. 182

¹⁰³ RŮŽIČKA, Miroslav. Operativně pátrací prostředky z pohledu státního zastupitelství. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečeného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 10

P. Šámal a M. Růžička¹⁰⁴ v Komentáři k Trestnímu řádu tvrdí, že záznam slouží především k informaci státnímu zástupci, a zpravidla nikoliv k důkazu v pozdějších stádiích trestního řízení. Stejně P. Šámal argumentuje v učebnici Trestní právo procesní.¹⁰⁵ M. Růžička ve své publikaci¹⁰⁶ sděluje, že pokud byl operativně pátrací prostředek použit v souladu se zákonem, může být sám o sobě důkazem. Stejně se k využitelnosti záznamu jako důkazu vyjadřuje R. Novotný¹⁰⁷ a M. Němec, který záznam o předstíraném převodu a o výsledku použití agenta považuje za významný důkazní prostředek, a dle jeho úvahy bude tvořit základ všech důkazních zjištění v dané věci.¹⁰⁸

K výše zmíněnému je třeba říci, že zákon opravdu přímo nepředpokládá povahu tohoto záznamu jako důkazního prostředku. Svědčí tomu fakt, že § 158b odst. 3 TrŘ stanoví, že jako důkazy lze použít pouze zvukové, obrazové a jiné záznamy získané při použití operativně pátracích prostředků způsobem odpovídajícím zákonu. Evidentně se tedy nevztahuje na záznamy, které jsou pod § 158c odst. 4, resp. § 158e odst. 7 TrŘ určeny pro informaci státního zástupce v rámci jeho dozorové činnosti. Další skutečností, která nasvědčuje tomuto výkladu je ustanovení § 158d odst. 7 TrŘ, které stanoví, že protokol obsahující všechny náležitosti, jež jsou uvedeny v ustanoveních § 55 a 55a TrŘ, je třeba vyhotovit a připojit k záznamům, má-li být záznam pořízený při sledování použit jako důkaz. K tomuto závěru ostatně dospělo také NSZ v Brně.¹⁰⁹

NSZ však svou úvahu rozvádí a podotýká, že zejména záznam podle ustanovení § 158c odst. 4 TrŘ obsahuje údaje o průběhu úkonu provedeného procesním způsobem a slouží mimo jiné k posouzení zákonnosti provedeného úkonu. Jde tedy o skutečnosti, které je možné, a někdy i nutné, v průběhu hlavního líčení uplatnit, a to konstatováním obsahu záznamu. Tím se liší např. od úředního záznamu sepsaného ve smyslu ustanovení § 158 odst. 6 TrŘ, na jehož základě státní zástupce jenom zvažuje, zda provedení takového důkazu soudu navrhne. Vzhledem k této úvaze se tedy záznam dá kvalifikovat nejen jako zdroj důkazu, ale jako důkaz sám,¹¹⁰ a dle mého názoru lze tedy stejným způsobem uvažovat o záznamu výsledku použití agenta.

Ačkoliv tedy zákon jeho použití jako důkazu nepředpokládá explicitně, domnívám se, že nepřímou ano, a to zejména na základě § 89 odst. 2 TrŘ. To však nic nevyhovívá o jeho důkazní

¹⁰⁴ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1999

¹⁰⁵ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní právo procesní*. 4. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 418

¹⁰⁶ RŮŽIČKA, Miroslav. Operativně pátrací prostředky z pohledu státního zastupitelství. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 15-16

¹⁰⁷ ŠÁMAL, P. a kol., J. *Přípravné řízení trestní*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 250

¹⁰⁸ NĚMEC, Miroslav. Kriminologická taktika pro policisty a studenty policejní akademie České republik v Praze. Praha: ABOOK s.r.o. 2017, s. 188

¹⁰⁹ Sdělení analytického a legislativního odboru NSZ ze dne 2. 1. 2003 sp. zn. 1 SL 829/2002 adresované řediteli Útvaru speciálních činností Služby kriminální policie a vyšetřování Policie ČR.

¹¹⁰ Tamtéž

hodnotě, protože ta bude vždy odpovídat povaze dokumentu jako záznamu (bude zpravidla použit jako důkaz listinný podle § 112 odst. 2 TrŘ), a závažnosti skutečností, o nichž má svědčit.¹¹¹

Dalšími důkazy tedy na základě ustanovení § 89 odst 2 TrŘ, jejichž výčet považujeme za demonstrativní, mohou být

- věci,
- listinné důkazy (záznam o předstíraném převodu, záznam o výsledku použití agenta),
- výslech svědka,
- výslech policisty jako svědka dle § 102a TrŘ, kterým se zabývá následující podkapitola.

U sledování bez technické dokumentace zjištěné skutečnosti slouží převážně k rozvíjení dalších operativních postupů, pro účely procesního dokazování je nicméně možné vyslechnout policistu pověřeného sledováním jako svědka.¹¹²

Předstíraný převod je na základě výše uvedených úvah možné doložit záznamem, pokud byl použit v souladu se zákonem, a dále jinými technickými prostředky při něm použitými (např. označenými bankovkami), včetně technických a přírodovědných kriminalistických metod doložených příslušným odborným vyjádřením nebo znaleckým posudkem.¹¹³ Konkrétně při tomto úkonu, pokud je použit jako samotný, nelze dokumentovat zvukovými, obrazovými či jinými záznamy, které uvádí § 158b odst. 3 TrŘ. Není tedy kromě záznamu, technických věcí a samotného svědectví osob, jež se na provedení předstíraného převodu zúčastnily, jiného důkazního prostředku, jímž by bylo možné průběh takového úkonu prokazovat.¹¹⁴ Proto se domnívám, že nejefektivnější metodou, i vzhledem k očekávané námitce o policejní provokaci, je vhodné předstíraný převod doplnit použitím dalšího operativně pátracího prostředku.

V rámci činnosti agenta je (kromě možnosti provádět záznamy dle § 158d odst. 1 TrŘ, příp. použít záznam o výsledku použití agenta jako důkaz nebo ho jako svědka vyslechnout) velmi významné, že se podílí i na opatrování dalších důkazních prostředků tím, že řídicímu policejnímu orgánu oznamuje oblasti, ve kterých lze vyhledat další důkazy. Z kriminalisticko-taktického hlediska je tento způsob opatrování důkazů velmi významný, protože osoby, proti nimž se vede trestní řízení, neví o tom, že se taková osoba pohybuje v jejich okolí a předává zjištěné poznatky

¹¹¹ Stanovisko NSZ ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k možnosti utajit osobní identitu policisty provádějícího předstíraný převod a k použitelnosti záznamu o předstíraném převodu jako důkazu ze dne 12. dubna 2002, sp. zn. SL 722/2002

¹¹² ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 2005

¹¹³ Tamtéž, s. 2000

¹¹⁴ Stanovisko NSZ ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k možnosti utajit osobní identitu policisty provádějícího předstíraný převod a k použitelnosti záznamu o předstíraném převodu jako důkazu ze dne 12. dubna 2002, sp. zn. SL 722/2002

řídícímu orgánu.¹¹⁵ O rozsahu prováděných důkazů však bude v každém konkrétním případě rozhodovat soud, takže dopředu předjímat jeho postupy je obtížné.¹¹⁶

4.2. Agent jako svědek

K utajení svědka se vztahují ustanovení § 55 odst. 2 a § 209 odst. 1 a 2 TrŘ. Samotný výslech agenta jako utajeného svědka je upraven v § 102a TrŘ. Dle tohoto ustanovení má být vyslechnuta jako svědek, jehož totožnost a podoba jsou utajeny, osoba, která je služebně činná v policejním orgánu nebo je policistou jiného státu a je

- použitá v trestním řízení jako agent anebo provádějící předstíraný převod, nebo
- bezprostředně se podílející na použití agenta nebo provedení předstíraného převodu.

Ve výjimečném případě a za podmínky, že v důsledku výslechu nehrozí újma na životě, zdraví nebo další služební činnosti osoby uvedené v odstavci 1 anebo k ohrožení života nebo zdraví osoby jí blízké, lze provést její výslech jako svědka bez utajení totožnosti a podoby, a to pouze na návrh státního zástupce na základě vyjádření příslušného ředitele bezpečnostního sboru.

Toto ustanovení bylo vloženo novelou č. 274/2008 Sb., s účinností od 1. ledna 2009. Zavedlo automatickou ochranu agenta jako svědka, kdy není třeba, aby zjištěné okolnosti nasvědčovaly tomu, že mu zřejmě hrozí újma na zdraví nebo jiné vážné nebezpečí porušení jejich základních práv, tak jako je tomu v § 55 TrŘ. Nabízí se zde otázka, zda je v souladu s právem na spravedlivý proces automatické utajení svědka agenta a tímto omezené právo na obhajobu, a zda není v rozporu s principem kontradiktornosti procesu, rovnosti účastníků a veřejného projednání.

Smyslem práva na veřejné projednání věci, ve spojení s právem vyjádřit se ke všem prováděným důkazům, je poskytnout obžalovanému v trestním procesu možnost verifikace důkazů směřujících vůči němu před tváří veřejnosti. Tato verifikace v případě svědecké výpovědi obsahuje dva komponenty:

- prověření pravdivosti skutkových tvrzení,
- možnost prověření věrohodnosti svědka.¹¹⁷

Institut anonymních svědků totiž omezuje možnost obžalovaného verifikovat pravdivost vůči němu směřující svědecké výpovědi, protože vylučuje možnost vyjádřit se k osobě svědka

¹¹⁵ NĚMEC, Miroslav. *Kriminalistická taktika pro policisty a studenty policejní akademie České republiky v Praze*. Praha: ABOOK s.r.o. 2017, s. 190

¹¹⁶ Stanovisko NSZ ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k možnosti utajit osobní identitu policisty provádějícího předstíraný převod a k použitelnosti záznamu o předstíraném převodu jako důkazu ze dne 12. dubna 2002, sp. zn. SĚ 722/2002

¹¹⁷ náleží ÚS ze dne 9. února 2006, sp. zn. III. ÚS 499/04

a k jeho věrohodnosti. Omezuje tak ono zmíněné právo na obhajobu, a tudíž právo na spravedlivý proces. K omezení základních práv může dle ÚS dojít v případě jejich kolize, přičemž je třeba rozhodnout o opodstatněnosti priority jednoho ze dvou v kolizi se ocitajících základních práv. Nutností je využití všech možností minimalizace zásahu do druhého z nich.¹¹⁸ V tomto případě je tedy třeba poměřovat na jedné straně stojící právo na ochranu svědka, jeho života, zdraví a rodiny, i zájem na opakovaném použití téže fyzické osoby jako agenta (viz dále), a na straně druhé právo obviněného na spravedlivý proces. Proto je při výkladu ustanovení § 102a TrŘ nezbytné přihlídnout k dosavadní judikatuře ÚS i ESLP.

Před vložení zmíněného paragrafu neexistovala zvláštní úprava pro výslech agenta jako svědka a podmínky, které musely být splněny k jeho utajení vyplývají z ustanovení § 55 TrŘ a ze soudní judikatury. Ta nejdůležitější rozhodnutí se pokusím interpretovat, neboť se domnívám, že je to k pochopení celé problematiky nezbytné.

Dle zmíněného ustanovení k utajení svědka lze přistoupit tehdy,

- pokud svědkovi či osobě jemu blízké hrozí v souvislosti s podáním svědeckví újma na zdraví nebo jiné vážné nebezpečí porušení jejich základních práv a
- pokud ochranu svědka nelze spolehlivě zajistit jinak.

Za rozhodující kritéria ústavnosti institutu výslechu anonymního svědka, které jsou vyjádřeny v nálezu sp. zn. III. ÚS 210/98, je nutno pokládat

- jednak dodržení zásady subsidiarity (výslech svědka pod utajením je možné jen tehdy, nelze-li jeho ochranu spolehlivě zajistit jinak),
- jednak nezbytnost minimalizace omezení práv obhajoby, k němuž při provedení důkazu svědkem pod utajením nepochybně dochází.

Zároveň je však ÚS přesvědčen, že jakkoliv dokazování provedené výslechem svědků pod utajením může zasáhnout do práv obhajoby, rozsah a intenzitu tohoto zásahu je nutno vždy posuzovat podle konkrétních okolností dané věci.¹¹⁹

I přes striktně daná kritéria ÚS v nálezu ze dne 13. ledna 2005, sp. zn. III ÚS 323/04 připustil, že i potřeba použití agenta v budoucích operacích může být důvodem jeho utajení jako svědka. Stěžovatel se měl v tomto případě trestného činu dopustit tím, že nabízel policejním agentům vystupujícím pod krycími jmény 500 gramů heroinu. Porušení svých práv stěžovatel spatřoval v tom, že nebyl důvod, aby policisté byli vyslechnuti jako utajení svědci, jelikož nebylo prokázáno, že jim hrozí újma na zdraví, smrt či jiné vážné nebezpečí. Pouhý odkaz na skutečnost, že se jedná o policisty, dle něho nemůže vést automaticky k závěru, že jsou dány podmínky

¹¹⁸ náleží ÚS ze dne 9. února 2006, sp. zn. III. ÚS 499/04

¹¹⁹ náleží ÚS ze dne 3. března 1999, sp. zn. III. ÚS 210/98

k utajení. Tito svědci také výslovně uvedli, že jim nebylo vyhrožováno a žádná podobná újma jim nehrozila.

ÚS k tomu však uvedl, že: „*neshledal jakékoliv pochybení ve skutečnosti, že rakouští policisté Petr a Rony byli vyslechnuti podle § 55 odst. 2 TrŘ jako utajení svědkové. Je zřejmé, že odbalení jejich identity by znemožnilo vykonávat jejich povolání. Byť tito svědkové uvedli, že jim nebylo ze strany obžalovaných vyhrožováno, je s ohledem na charakter spáchané činnosti zřejmé, že existuje aktuální brozba porušení jejich základních práv. Stěžovateli je navíc známa podoba těchto svědků, ví tedy, jaké osoby v jeho věci vypovídaly, a na jejich výpověď mohl proto adekvátním způsobem reagovat. Se svědkem Petrem byl navíc konfrontován dle § 104a TrŘ. Samotná skutečnost, že mu není známa totožnost těchto svědků, nemůže být na újmu jeho práva na obhajobu ani vést k porušení jeho dalších základních práv.*“⁴²⁰

K otázce, zda zájem na dalším využití policejního agenta je legitimním důvodem pro jeho utajení jako svědka, se opětovně vyjádřil v nálezu ze dne 27. června 2006, sp. zn. III. ÚS 291/03. Výslech policistů pod utajením podle soudu může být odůvodněn tímto zájmem, ale jeho prosazení na úkor práv obhajoby musí splňovat princip proporcionality. Navíc je třeba důvody legitimující použití výpovědi policisty jako utajeného svědka, a tedy i samotnou otázku přiměřenosti vztahu mezi tímto důvodem a omezením práv obhajoby posuzovat velmi obezřetně tam, kde vyslychaní utajení svědci se jako policisté v určité formě účastnili na průběhu skutkového děje a kde může vzniknout pochybnost o tom, zda se tato ingerence omezila pouze na odhalení existující trestné činnosti nebo šlo o policejní provokaci.

V případě šlo konkrétně o dva policejní příslušníky provádějící předstíraný převod, kteří byli vyslycháni jako utajení svědci. Jejich výpověď představovala podstatné důkazy, z nichž obecné soudy dovodily závěr o stěžovatelově vině. V tomto případě utajení svědci (policisté) v hlavním líčení vypovídali v kuklách přímo v jednací síni, aby tak alespoň do jisté míry bylo možno zajistit bezprostřednost dokazování v hlavním líčení. Nicméně to pro ÚS nebylo dostačující vyrovnání znevýhodnění na straně obhajoby a zdůrazňuje nutnost dalších důkazů. „*Pokud obecné soudy akceptovaly důvody uváděné svědky a provedly důkazy výsledkem utajovaných svědků, měly by dále při hodnocení důkazů vážit, zda se stěžovateli dostalo dostatečných záruk kompenzujících omezení práv obhajoby i v rovině hodnocení důkazů. Jde-li o zjišťování skutkového děje, nelze připustit, aby výpovědi a z nich vyplývající skutečnosti zůstaly osamoceny, a to i tehdy, pokud by tyto výpovědi byly obsahově totožné.*“⁴²¹

V této souvislosti se významná právní věta objevila v nálezu ze dne 9. února 2006, sp. zn. III. ÚS 499/04, kde bylo řečeno, že: „*k odsouzení obžalovaného nemůže dojít výlučně a ani v převážné míře na základě výpovědi tzv. utajených svědků.*“ ÚS k tomuto závěru dospěl na základě úvahy,

⁴²⁰ náleží ÚS ze dne 13. ledna 2005, sp. zn. III. ÚS 323/04

⁴²¹ náleží ÚS ze dne 27. června 2006, sp. zn. III. ÚS 291/03

že požadavek kompenzace omezení práv obhajoby je nutné vztahovat nejen na proces provádění důkazů, ale také v širším kontextu na hodnocení důkazů.¹²² Argumentace přitom vycházela především z rozhodnutí ESLP ve věci Doorson vs. Nizozemí.¹²³ Je třeba také říci, že je na tento náleží samotným ÚS stále odkazováno.¹²⁴

Lze dovést, že ÚS již před zavedením ustanovení § 102a TrŘ akceptoval utajení identity svědka policisty z důvodu potřeby jeho použitelnosti pro další tajné operace. Ustanovení § 102a TrŘ se tedy zdá být logickým a příhodným řešením k ochraně tohoto zájmu. Jeho cílem je chránit policejní agenty před možnou mstou zločinců i zachování možnosti jejich využití při budoucích policejních aktivitách.¹²⁵ Je zřejmé, že každý případ má své okolnosti, je vždy jiný a jedinečný, takže není možné ani v případě utajení svědka nastavit zcela jasné a absolutní řešení. Vždy je třeba každý případ posuzovat obezřetně, poměřovat v protikladu stojící práva a vykládat také ve světle judikatury ESLP.

Jak je to dle ESLP s výpovědí policejního agenta jako utajeného svědka a zda může být výpověď utajeného svědka jediným důkazem, budu zkoumat v následujících rozhodnutích. Podle ustálené judikatury, která vychází z článku 6 Úmluvy, musí být všechny důkazy obvykle předloženy za přítomnosti obviněného na veřejném jednání, aby bylo dosaženo kontradiktorního procesu. Existují výjimky z této zásady, zpravidla je však vyžadováno, aby měl žalovaný přiměřenou a náležitou možnost napadnout výpověď svědka a vyslyšet ho proti sobě.¹²⁶ Právě toto bylo judikováno v jednom z bezesporu nejzásadnějších a často citovaných rozhodnutí vztahující se na otázku utajeného svědka.

Je jím rozhodnutí ESLP ve věci Lüdi vs. Švýcarsko, které bylo zmíněno již v přechozí kapitole v kontextu policejní provokace. Policejní agent Toni, který za účelem zachování identity nebyl jako svědek vůbec předvolán, se vydával za zájemce o koupi drogy. Utajení svědka se zde řešilo v souvislosti s ingerencí policejních orgánů do děje. Švýcarské soudy dospěly k tomu, že na základě záznamů telefonních odposlechů a písemné zprávy policejního agenta je jednoznačně prokázáno, že i bez agentovy intervence, měl pan Lüdi v úmyslu provést obchod s drogami a z vlastní iniciativy činil úkony k uskutečnění obchodu. Stěžovatel na to argumentoval tím, že kvůli tomu, že švýcarské soudy odmítly vyslechnout agenta jako svědka, byl pan Lüdi zbaven možnosti blíže osvětlit otázku ingerence policie do skutkového děje.

¹²² náleží ÚS ze dne 9. února 2006, sp. zn. III. ÚS 499/04

¹²³ rozhodnutí ESLP ve věci Doorson vs. Nizozemí ze dne 26. března 1996, stížnost č. 20424/92

¹²⁴ náleží ÚS ze dne 11. dubna 2017, sp. zn. III. ÚS 3732/2016 a náleží Ústavního soudu ze dne 13. března 2018, sp. zn. I.ÚS 480/18

¹²⁵ JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou*. 6. vydání. Praha: Leges, 2016, s. 771

¹²⁶ rozhodnutí ESLP ve věci Lüdi vs. Švýcarsko ze dne 15. června 1992, stížnost č. 12433/86

Ačkoliv stěžovatel Lüdi neznal agentovu skutečnou identitu, znal jeho fyzickou podobu, protože se s ním pětkrát potkal. Dle ESLP tak bylo možné zvolit adekvátní způsob výslechu svědka, ve kterém by stěžovatel mohl uplatnit námitky a rozporovat jeho výpověď, a který by zároveň zohlednil oprávněný zájem policejních orgánů na zachování anonymity agenta pro další operace. Dále konstatoval, že byt' soudy nezaložily své rozhodnutí výlučně na písemných zprávách, sehrály svoji roli při formulaci závěrů, které vedly soud k vynesení odsuzujícího rozsudku. Připomněl, že obviněnému musí být poskytnuta přiměřená a náležitá možnost vyslyšet svědky proti sobě, ať už v okamžiku podání výpovědi svědka nebo v pozdějším stádiu řízení.¹²⁷

Vě v *konstovskí vs Nizozemí*¹²⁸ se ESLP zabýval otázkou, zda nizozemský soud neporušil čl. 6 Úmluvy, když při svém rozhodování vycházel výlučně z výpovědi utajených svědků. Kromě toho v předmětné věci totiž neexistoval jiný usvědčující důkaz. Navíc ani jeden ze svědků nebyl očitým svědkem, ale informace pocházeli od třetích osob. Ačkoliv zde nepadlo jednoznačné obecné stanovisko k této otázce, bylo konstatováno porušení práva na obhajobu.

Další případem, v němž byli vyslyšáni dva policisté jako utajení svědci je *Van Mechelen a ostatní vs. Nizozemí*.¹²⁹ Výslech prováděl vyšetřující soudce v oddělené místnosti, neboť obvinění i jejich právní zástupci byli z výslechu vyloučeni. Veškerá komunikace probíhala prostřednictvím zvukového spojení. Obhajoba neznala totožnost policejních svědků a neměla možnost sledovat jejich chování v přímém kontaktu, ani otestovat jejich důvěryhodnost.

Podle názoru ESLP vyvstávají při hledání rovnováhy mezi zájmy obhajoby a argumenty pro zachování anonymity svědků, příslušníků policejních sil daného státu, specifické problémy. Ačkoliv i jejich zájmy a jistě i zájmy jejich rodinných příslušníků zasluhují ochranu podle Úmluvy, je třeba chápat, že jejich postavení se do určité míry od postavení nezaujatého svědka nebo oběti liší a měli by být využíváni jako utajení svědci jen ve výjimečných případech. Na druhé straně ESLP uznal, že policejní orgány mohou mít legitimní zájem na zachování anonymity agenta nasazeného k plnění utajovaných úkolů z důvodu jeho ochrany nebo ochrany jeho rodinných příslušníků a možnosti jeho použití pro budoucí operace. Pokud však nejsou další důkazy, nelze uznat, že operační potřeby policie toto opatření dostatečně odůvodňují. Jediným důkazem, který poskytl pozitivní identifikaci pachatelů trestných činů, bylo v tomto případě prohlášení anonymních policistů. V důsledku toho bylo přesvědčení soudu založeno „v rozhodující míře“ na těchto anonymních prohlášeních.¹³⁰

¹²⁷ rozhodnutí ESLP ve věci *Lüdi vs. Švýcarsko* ze dne 15. června 1992, stížnost č. 12433/86, bod 49.

¹²⁸ rozhodnutí ESLP ve věci *Konstovskí vs. Nizozemí* ze dne 20. listopadu 1989, stížnost č. 11454/85

¹²⁹ rozhodnutí ESLP ve věci *Van Mechelen a ostatní vs. Nizozemí* ze dne 23. srpna 1997, stížnost číslo 21363/93, 21364/93, 21427/93 a 22056/93, bod 56-63.

¹³⁰ Tamtéž

Je pravda, že anonymní policejní důstojníci byli vyslýcháni před vyšetřujícím soudcem, který sám zjistil jejich totožnost a měl ve velmi podrobné úřední zprávě svá zjištění, kde uvedl svůj názor na jejich spolehlivost a důvěryhodnost i důvody, proč zůstali anonymní. Tato opatření však v kontextu tohoto případu nelze považovat za vhodnou náhradu možnosti zpochybňovat věrohodnost svědků, rozporovat výpověď v jejich přítomnosti a činit vlastní úsudek ohledně jejich chování a spolehlivosti. Soud zde tedy nedospěl k závěru, že by výše uvedené postupy vyvážily nevýhody na straně obhajoby.¹³¹

Ve věci Bátěk a ostatní vs. Česká republika byla policejní agentka nasazená do skupiny celníků, proti nimž měla za úkol shromažďovat důkazy, vyslýchána jako utajený svědek podle § 55 odst. 2 a § 209 TrŘ. V projednávané věci ESLP připustil, že utajení totožnosti agentky je dostatečně odůvodněno tím, že její odhalení by mohlo ohrozit její použitelnost pro budoucí operace. „Soud si je vědom obtížů, kterým čelí policie při vyhledávání a shromažďování důkazů v rámci odhalování a vyšetření trestných činů. Nepochybný zájem veřejnosti na trestním stíhání a rovněž legitimní zájem policejních orgánů na zachování anonymity agenta je adekvátním důvodem.“¹³²

Výpověď poskytnutá policejní agentkou před soudem sice pomohla obžalobě prokázat skutkové okolnosti, nelze ji však dle ESLP považovat za rozhodující. Posouzení otázky, zda je určitý důkaz rozhodující přitom závisí na síle podpůrných důkazů. Podle článku 6 Úmluvy je třeba posuzovat spravedlivost řízení jako celku, a proto ESLP dále posuzuje, zda existovaly faktory dostatečně vyvažující případné nevýhody pro obhajobu.¹³³

V této souvislosti konstatuje, že zákon upravuje dvě konkrétní procesní záruky, které mají za cíl zajistit spravedlivé řízení a které řeší mimo jiné otázku věrohodnosti důkazů:

- existuje možnost zpochybnit spolehlivost utajeného svědka a věrohodnost jeho výpovědi a za tím účelem mu klást otázky;
- podle § 209 odst. 2 TrŘ musí nalézací soud učinit i bez návrhu všechny potřebné úkony k ověření jeho věrohodnosti.

Z důkazního materiálu vyplývá, že nalézací soud konal hlavní líčení při výslechu anonymní svědkyně prostřednictvím hlasového přenosového zařízení a svědkyně byla vyslýchána v oddělené místnosti poté, co si soudce mimo jednacích síní ověřil její totožnost. Všichni obžalovaní a jejich právní zástupci měli možnost svědkyni konfrontovat, klást jí otázky a vyjádřit se k její výpovědi. Nalézací soud tak řádně zohlednil faktory uvedené v § 209 TrŘ.

Nedostatek, který ESLP sice ve věci spatřuje je, že jelikož se svědkyně nacházela v jiné místnosti, nemohli si učinit vlastní úsudek o jejím chování a reakci na otázky (dle Van Machelen).

¹³¹ Tamtéž

¹³² rozhodnutí ESLP ve věci Bátěk a ostatní vs. Česká republika ze dne 12. ledna 2017, stížnost č. 54146/09, bod 47.

¹³³ Tamtéž, bod 50.

Toto však vyrovnává skutečnost, že ačkoliv totožnost svědkyně zůstala obhajobě utajena a její osobní údaje nebyly stěžovatelům a jejich právním zástupcům poskytnuty, stěžovatelé svědkyni znali alespoň dle vzhledu, protože s ní pracovali. K určitému odhalení proto došlo prostřednictvím materiálu použitého při výslechu. Dle ESLP má rozsah odhalení vliv na to, do jaké míry jsou ztíženy podmínky obhajoby. V projednávané věci mohla obhajoba napadnout věrohodnost důkazu získaného od policejní agentky a zpochybnit její verzi událostí, protože (podle protokolu o výslechu) věděla, na kterém pracovišti a v jakém období agentka na celnici pracovala. Soud také dodává, že podle odůvodnění krajského soudu nebyly žádné důkazy zpochybňující věrohodnost agentky a její výpověď byla spolehlivá. V tomto případě ESLP konstatoval, že nedošlo k porušení práva na spravedlivý proces.¹³⁴

ESLP ve věci Bátěk stejně jako v rozhodnutí Van Machelen konstatoval nedostatek v tom, že se svědkyně nacházela v jiné místnosti a obhajoba si tudíž nemohla učinit vlastní úsudek o jejím chování a reakci na otázky. Zároveň podotýká, že v prvním případě nešlo o rozhodující nebo jediný důkaz a znevýhodnění na straně obhajoby bylo dostatečně vyváжено. To ovšem neznamená, že vždy, když se v tomto kontextu jedná o rozhodující důkaz, bude tím konstatováno porušení práva. ESLP totiž judikoval, v případě Al-Khawaja a Tahery vs. Spojené království,¹³⁵ kdy se jednalo o výpověď nepřítomného svědka a kdy byl připuštěn záznam jeho výslechu jako jediný a rozhodující důkaz, že tato skutečnost automaticky nevede k porušení článku 6 Úmluvy. Ačkoliv se zde nejednalo o svědectví podávané anonymními svědky a situace tedy nejsou totožné, ESLP zdůraznil, že se obě situace (jak anonymního, tak nepřítomného svědka) v zásadě neliší, protože každá z nich má pro žalovaného potenciální nevýhodu. Společným principem je, že obžalovaný by měl mít skutečnou příležitost napadnout důkazy proti němu. Tato zásada vyžaduje nejen to, aby obžalovaný znal identitu svých žalobců, aby mohl zpochybnit jejich bezúhonnost a důvěryhodnost, ale aby měl možnost namítnout pravdivost a spolehlivost důkazů tím, že jejich výpověď ústně konfrontuje, a to buď v době, kdy svědek učinil prohlášení nebo v nějaké pozdější fázi řízení.¹³⁶

Domnívám se tedy, že uvedené lze aplikovat i v rámci utajovaných svědků, přičemž hlavní otázkou by dle ESLP mělo být, zda existují dostatečně vyrovnávací faktory, včetně opatření, která umožňují spravedlivé a řádné posouzení spolehlivosti těchto důkazů, a zda jsou učiněna adekvátní opatření k vyrovnání této nevýhody.¹³⁷

¹³⁴ rozhodnutí ESLP ve věci Bátěk a ostatní vs. Česká republika ze dne 12. ledna 2017, stížnost č. 54146/09

¹³⁵ rozhodnutí ESLP ve věci Al-Khawaja a Tahery vs. Spojené království ze dne 15. prosince 2011, stížnost č. 26766/05 a 22228/06

¹³⁶ rozhodnutí ESLP ve věci Al-Khawaja a Tahery vs. Spojené království ze dne 15. prosince 2011, stížnost č. 26766/05 a 22228/06, bod 127.

¹³⁷ Tamtéž, bod 147.

K úvaze o akceptaci jediného a rozhodujícího důkazu se v odlišném stanovisku vyjádřili soudci Sajó a Karakaş velice skepticky a poukázali na to, že je to vůbec poprvé, kdy ESLP nepřesvědčivě a bezdůvodně snížil stupeň ochrany. Při zkoumání spravedlivosti řízení Al-Khawaja a Tahery vs. Spojené království jako celku nicméně ESLP dospěl k závěru, že neexistovaly dostatečně vyrovnávací faktory, které by kompenzovaly obtíže spojené s obhajobou, a proto zde dle ESLP stejně došlo k porušení článku 6 Úmluvy.¹³⁸

4.3. Dílčí závěr

Na základě výše uvedeného lze shrnout, že kromě zvukových, obrazových či jiných záznamů, věcí a svědectví osob, může mít povahu důkazu i záznam o předstíraném převodu a o výsledku použití agenta. Možnost výslechu agenta jako utajeného svědka je plně v souladu s judikaturou ESLP. V kontextu práva na spravedlivý proces lze však dospět k závěru, že se v každém případě zvláště musí soud při aplikaci § 102a TrŘ postupovat velmi obezřetně a pečlivě zkoumat okolnosti každého případu. S ohledem na judikaturu ÚS a ESLP je možné závěry soudů zobecnit do následujících kritérií:

- Výpověď by neměla být rozhodující (příčemž posouzení otázky, zda je určitý důkaz rozhodující, závisí na síle podpůrných důkazů), nevede však k automatickému porušení Úmluvy.
- Vždy musí existovat faktory dostatečně vyvažující případné nevýhody a obtíže na straně obhajoby (příčemž rozsah odhalení má vliv na to, do jaké míry jsou ztíženy podmínky obhajoby).
- Soud musí mít možnost sledovat chování utajených svědků při kladení otázek u výslechu, aby si mohl učinit vlastní úsudek o jejich věrohodnosti.

Zdá se, že ustanovení § 102a TrŘ ve spojení s § 209 TrŘ s ohledem na další zmíněná kritéria je i dle ESLP předpoklad pro spravedlivé řízení. Pokud je dle § 209 odst. 1 TrŘ obava, že svědek v přítomnosti obžalovaného nevypraví pravdu, případně jde-li o svědka, jemuž nebo osobě jemu blízké z podaného svědectví hrozí újma na zdraví, smrt nebo jiné vážné nebezpečí, předseda senátu učiní opatření vhodné k zajištění bezpečnosti nebo utajení totožnosti svědka, případně vykáže obžalovaného po dobu výslechu takového svědka z jednací síně. Povinnost seznámit se s obsahem výpovědi po návratu do soudní síně a klást mu otázky prostřednictvím předsedy senátu jsou vyvažující faktory pro znevýhodněnou obhajobu.

Na základě zmíněné judikatury však dovozují, že pokud je výslech policejního agenta jako utajeného svědka důkazem jediným, jedná se o výraznou nerovnováhu, která se před soudy

¹³⁸ Tamtéž, bod 165.

bude těžko vyrovnávat. Vzhledem k odlišnostem každého případu je pak na soudu, zda bude schopen tuto nerovnováhu přiměřeně vyvážit, například mírným rozsahem odhalení či způsobem výslechu tak, aby byl zachován zájem policie i spravedlivé řízení.

Dále se domnívám, že by citované ustanovení § 209 odst. 1 TrŘ nemělo mířit pouze na svědky v ohrožení, nýbrž i na utajené svědky ve smyslu § 102a TrŘ, což momentálně nedělá. Nedostatek spatřuji také v tom, že se § 102a TrŘ nevztahuje na policisty, kteří se podíleli pouze na sledování, protože i tito mohou být v rámci operativní činnosti v pozici svědka.

Závěr

Cílem této práce bylo pojednat o české právní úpravě operativně pátracích prostředků, určité části srovnat se španělskou úpravou, upozornit na její přednosti i nedostatky a ke klíčovým problémům předejít různými názory, včetně vlastního stanoviska.

V rámci sledování osob a věcí jsem spatřila nedostatek u tzv. prostorových odposlechů zakotvených v § 158d odst. 2 TrŘ, k jejichž provedení policejnímu orgánu stačí povolení státního zástupce. Byť se odposlouchávání děje na místě veřejném, může to dle mého názoru znamenat stejně citelný zásah do soukromí jako odposlech telefonu dle § 88 TrŘ, pro který je nutné nařízení soudce. Řešením z mého pohledu nesourodých podmínek k užití prostředku s potenciálně stejně závažným zásahem do práva na soukromí, by mohlo být zavedení zvláštního ustanovení, které by prostorové odposlechy v rámci operativně pátracích prostředků upravovalo, a které by bylo podmíněno podobným režimem soudní kontroly jako odposlechy telekomunikačního provozu, a to povolením soudce. Ovšem vzhledem k tomu, že jde o prostředek, který má pružně reagovat na nepředvídatelné situace a být účinným nástrojem v boji s nejzávažnější kriminalitou, adekvátní kontrolu tohoto zásahu by v situacích, kdy věc nesnese odkladu, mělo představovat povolení dodatečné.

Vzhledem k tomu, že ÚS pod pojem obydlí, které požívá ochrany nedotknutelnosti, zahrnul i ostatní prostory, včetně skladišť, živnostenských provozoven a samostatně stojících garáží, dospěla jsem k závěru, že tím v konečném důsledku může být zpomalen postup policie, která si pro prostorový odposlech kravína (v konkrétním případě sloužícího jako pěstírna konopí), motorového vozidla překupníků drog i nepředvídatelného rozhovoru v kavárně musí vyžádat předchozí povolení soudce. Zde totiž ani v případě, že věc nesnese odkladu, není možná realizace s poskytnutím dodatečného povolení. V této souvislosti jsem proto nabídla další eventuální návrh, a to vyměnit formulaci „sledování, při němž dochází k zásahu do nedotknutelnosti obydlí“ za např. „sledování v prostorách sloužících k bydlení“ a zařadit další odstavec, který by stanovil režim povolení ke „sledování jiných prostor a pozemků“ (obdobně jako je to u prohlídek dle § 83 a 83a TrŘ). K prostorovému odposlechu v kavárně nebo v autě by tak policejní orgán (na rozdíl od prostor k bydlení) za předpokladu, že věc nesnese odkladu, mohl přistoupit bez předchozího povolení soudce a vyžádat si jej bezodkladně poté. Samozřejmě na základě žádosti, z níž jasně vyplývají konkrétní indicie, kterými je dán vztah mezi sledovanou osobou (jí užívaným prostorem) a podezřením ze spáchání určité trestné činnosti. Policie by v takových případech měla možnost reagovat adekvátně rychle, a zároveň by byla dodržena kontrola nezávislým orgánem.

Předstíraný převod jako prostředek nejčastěji užívaný právě v souvislosti s drogovou kriminalitou se používá v případech, kdy věc po skutkové stránce není příliš složitá a stačí k odhalení trestné činnosti a zjištění pachatele. I zde, stejně jako u prostředku užití agenta, je možné, aby osoba provádějící převod vystupovala pod smyšleným jménem. Vzhledem k povaze předstíraného převodu a menší intenzitě jeho zásahu do práv jednotlivce, je povolení státním zástupcem adekvátní kontrolou. Nutno podotknout, že je možné k jeho provedení použít osobu, která není policistou. Právě to je jeden z argumentů, které ve své práci předkládám ve prospěch zavedení stejného pravidla i v rámci užití agenta, avšak za podmínky splnění mimořádných osobnostních předpokladů, jež taková osoba musí mít.

Právě v kontextu zákonné úpravy použití agenta jsem ve druhé kapitole nastínila své návrhy lege ferenda, které by měly přispět ke zvýšení efektivity při odhalování drogové kriminality. Navrhla jsem zejména to, aby jeho činnost zahrnovala i sledování osob a věcí dle § 158d odst. 3 TrŘ, nicméně s nutností vyžádat si povolení soudce dodatečně. V této souvislosti jsem si položila otázku, zda jde o zásah do nedotknutelnosti obydlí, pokud agenta drogový překupník ke vstupu sám pozve. Přestože tato otázka v odborné literatuře ani v rámci judikatury není téměř řešena, na základě argumentace v dané kapitole jsem dospěla k závěru, že se o zásah do nedotknutelnosti obydlí v režimu § 158d odst. 3 TrŘ jedná, a agent by tedy bez předchozího souhlasu soudce nemohl v rámci pozvání provést záznamy a později je použít jako důkaz. Zejména na tyto situace míří můj návrh. Provedená komparace poukazuje v určité části na přednosti české právní úpravy, co se však týká současného ustanovení beztrestnosti, může být Španělsko pro Českou republiku inspirací. Nicméně je třeba říci, že novou úpravu beztrestnosti by mohla přinést navrhovaná novela TrŘ, která rozšiřuje okruh případů a možností její aplikace, přičemž stanoví negativní podmínky jejího užití. Všechny vytykané nedostatky by touto novelou byly napraveny.

Při posuzování policejní provokace, která se týká zejména předstíraného převodu a užití agenta, jsem vycházela především z judikatury ESLP, dle které je nutné se ptát, zda by ke spáchání trestného činu došlo i bez přičinění policejních orgánů a zda existovalo objektivní podezření, že stěžovatel byl zapojen do trestné činnosti nebo se s ohledem na okolnosti mohl jevit predisponován k jejímu spáchání. Jestliže soud ve svých úvahách dospěje k závěru, že k policejní provokaci došlo, musí vyloučit z projednávání veškeré důkazy opatřené jejím prostřednictvím. Z nálezů ÚS jsem dovodila, že je přípustné, aby policista zájmovou osobu sám kontaktoval. Musí to však být na základě důvodného podezření, že tato osoba již pojala úmysl trestný čin spáchat, přičemž toto podezření může spočívat na základě předchozího odsouzení za stejný trestný čin nebo jiných ověřitelných skutečnostech. V kontextu předstíraného převodu nesmí být obchod neobvykle výhodný a nesmí dojít ke zjevnému ponoukání či nátlaku. Měl by to být především

podezřelý, kdo rozhodne o množství a ceně, a v souhrnu by měl o podmínkách dohody rozhodovat on, nikoliv policista. Policejní orgán tedy nesmí provokovat trestnou činnost nebo se jiným způsobem aktivně podílet na vytváření skutkového děje tak, aby vzbuzoval, vytvářel či usměrňoval do té doby prokazatelně neexistující vůli pachatele trestný čin spáchat.

Pokud jde o agenta, který má být ve věci svědkem, tak přímo z TrŘ vyplývá, že právě důvod k jeho preventivní ochraně a zájem na jeho dalším užití opravňuje jeho utajení jako svědka. V kontextu práva na spravedlivý proces jsem však dospěla k závěru, že v každém individuálním případě musí soud při aplikaci § 102a TrŘ postupovat velmi obezřetně a pečlivě zkoumat okolnosti každého případu. Na základě judikatury ÚS a ESLP by výpověď neměla být rozhodující (příčemž posouzení otázky, zda je určitý důkaz rozhodující, závisí na síle podpůrných důkazů), nevede to však k automatickému porušení Úmluvy. Především vždy musí existovat faktory dostatečně vyvažující případné nevýhody a obtíže na straně obhajoby a soud musí mít možnost sledovat chování utajených svědků při kladení otázek u výslechu, aby si mohl učinit vlastní úsudek o jejich věrohodnosti.

Při představení jednotlivých operativně pátracích prostředků a pojmů s nimi souvisejících byly zdůrazněny zásadní nejasnosti a zodpovězeny v úvodu nastíněné otázky. U sledování osob a věcí, kde se domnívám, že by zákonná úprava mohla poskytovat větší záruku ochrany práv jednotlivců, než je tomu nyní, jsem nabídla návrhy lege ferenda. Zájem na odhalení trestné činnosti v rámci institutu použití agenta, který se do činnosti policie promítá především prvkem utajenosti, dlouhodobým zastíráním totožnosti i vynětím agenta z odpovědnosti za spáchání určitých trestných činů, je vyvážen adekvátním mechanismem povolování soudce vrchního soudu, dozorem státního zástupce, zákonnými podmínkami a omezeními jeho použití, jakož i soudními limity policejní provokace. Podstatnou roli hraje vyváženost obou zájmů i v kontextu samotné policejní provokace. V případě, že by zájem na efektivním odhalování drogové kriminality v konkrétním případě převážil nad ochranou práv jednotlivce, přičemž by byly překročeny soudem stanovené limity přípustnosti, bylo by nutné všechny důkazy z toho pocházející vyloučit. Vyváženost proti sobě stojících zájmů a práv je významná i při výslechu agenta jako utajeného svědka, což TrŘ výslovně umožňuje, nicméně z judikatury vyplývají další výše uvedené podmínky, které musí být splněny k zajištění spravedlivého řízení.

Seznam použitých zdrojů

Monografie:

1. NĚMEC, Miroslav. *Kriminalistická taktika pro policisty a studenty policejní akademie České republiky v Praze*. Praha: ABOOK s.r.o. 2017. 548 s.
2. ROUBALOVÁ, Michaela. *Možnosti zjišťování míry a struktury sekundární drogové kriminality v podmínkách České republiky*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2019. 109 s.
3. STRAUS, Jiří a kolektiv. *Metodika vyšetřování drogové kriminality*. Praha: Policejní akademie České republiky, 2006. 47 s.
4. ŠÁMAL, P. a kol.. *Přípravné řízení trestní*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003. 1471 s.
5. ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní právo procesní*. 4. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2013. 1053 s.
6. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010. 447 s.
7. ZEMAN, Petr, ŠTEFUNKOVÁ, Michaela, TRÁVNÍČKOVÁ Ivana. *Drogová kriminalita a trestní zákoník*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2015. 224 s.

Komentáře:

8. JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou*. 6. vydání. Praha: Leges, 2016, 1280 s.
9. ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád. Komentář. I. Díl*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, 1432 s.
10. ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád II. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, 1844 s.

Odborné časopisy:

11. CIMR, Vratislav. K zákonnosti provokace trestného činu policejními orgány. *Trestní právo*, 2001, č. 2, s. 13
12. CHMELÍK, Jan. Úvahy k agentu provokatérovi a korunnímu svědkovi. *Kriminalistika*, 2005, č. 1. s. 69-74.
13. JELÍNEK, Jiří. K chybějící právní úpravě tzv. prostorového odposlechu v trestním řádu. *Bulletin advokacie*, 2018, č. 7-8. Dostupné na <<http://www.bulletin-advokacie.cz/k-chybejici-pravni-uprave-tzv.-prostoroveho-odposlechu-v-trestnim-radu>>.
14. KARABEC, Zdeněk. Použití agenta proti organizovanému zločinu. *Trestněprávní revue*, 2011, roč. 14, č. 8, s. 224–242.

15. KRATOCHVÍL, Vladimír. Policejní provokace „trestného činu“ z pohledu právního a ústavněprávního. *Trestní právo*, 2001, č. 10., s. 3.
16. PÉREZ, Marta del Pozo. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. *Criterio jurídico*. 2006, N^o. 6, s. 267-310
17. SOTOLÁŘ, Alexandr, PŮRY, František. Skrytá reakce policie na již páchanou trestnou činnost. *Trestněprávní revue*, 2003, č. 1, s. 6.
18. ŠČERBOVÁ, Veronika. Zamyšlení nad skutečně aktuálními problémy právní úpravy tzv. prostorových odposlechů. *Státní zastupitelství*, 2019, č. 4, s. 19-25
19. VRTĚL, Petr. Nepřípustnost policejní provokace. *Trestní právo*, 2001, č. 5, s. 6

Příspěvky ve sborníku:

20. HUNDÁK, Štefan. Právní úprava operativně pátracích prostředků a podmínek pro jejich použití v trestním řízení a jejich použití „contra legem“. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, 31-55 s.
21. MALÝ, Miroslav. Důkazní prostředky při předstíraném převodu podle § 158c trestního řádu. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004. s. 57-84.
22. RŮŽIČKA, Miroslav. Operativně pátrací prostředky z pohledu státního zastupitelství. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004. s. 7-30.
23. TROJÁČEK, Jiří. Použití agenta – náměty k provedení změn právní úpravy. In HUNDÁK, Štefan (ed). *Použití operativně pátracích prostředků k získání důkazů pro trestní řízení. Sborník příspěvků z mezinárodního semináře uskutečněného na Policejní akademii ČR dne 2. listopadu 2004*. Praha: Policejní akademie ČR, 2004, s. 87-97

Právní předpisy:

24. Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky
25. Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád)
26. Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník

27. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
28. Ley 906 de 2004 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)"
29. Návrh zákona. Sněmovní tisk 642/0, ze dne 13. 11. 2019. Dostupné na <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=642&CT1=0>.

Judikatura:

30. usnesení NS ze dne 24. října 2007, sp. zn. 7 Tdo 1147/2007
31. usnesení NS ze dne 12. ledna 2010, sp. zn. 8 Tdo 1332/2009
32. usnesení NS ze dne 18. července 2007, sp. zn. 5 Tdo 792/2007
33. nález ÚS ze dne 27. června 2006, sp. zn. III. ÚS 291/03
34. nález ÚS ze dne 9. února 2006, sp. zn. III. ÚS 499/04
35. nález ÚS ze dne 13. ledna 2005, sp. zn. III ÚS 323/04
36. nález ÚS ze dne 3. března 1999 sp. zn. III. ÚS 210/98
37. nález ÚS ze dne 11. dubna 2017, sp. zn. III. ÚS 3732/2016
38. nález ÚS ze dne 13. března 2018, sp. zn. I.ÚS 480/18
39. nález ÚS ze dne 25. června 2003, sp. zn. II. ÚS 710/01
40. nález ÚS ze dne 23. srpna 2016, sp. zn. III. ÚS 828/16
41. nález ÚS ze dne 19. března 2018, sp. zn. I. ÚS 4185/16
42. nález ÚS ze dne 22. června 2000, sp. zn. III. ÚS 597/99
43. nález ÚS ze dne 29. února 2008, sp. zn. I. ÚS 3038/07
44. nález ÚS ze dne 27. září 2007, sp. zn. II. ÚS 789/06
45. nález ÚS ze dne 27. ledna 2010, sp. zn. II. ÚS 2806/08
46. nález ÚS ze dne 23. května 2007, sp. zn. II. ÚS 615/06
47. nález ÚS ze dne 8. června 2010, sp. zn. Pl. ÚS 3/09
48. nález ÚS ze dne 13. října 2016, sp. zn. II.ÚS 1221/16
49. usnesení ÚS ze dne 13. září 2007, sp zn. III. ÚS 1285/07
50. usnesení ÚS ze dne 4. listopadu 2004, sp. zn. I. ÚS 14/04
51. usnesení ÚS ze dne 22. listopadu 2005, sp. zn. I. ÚS 411/04
52. usnesení ÚS ze dne 28. července 2008, sp. zn. II. ÚS 812/06
53. usnesení ÚS ze dne 12. listopadu 2014, sp. zn. I. ÚS 1638/14
54. rozhodnutí ESLP ve věci Maslák a Michaláková vs. Česká republika ze dne 14. ledna 2016, stížnost č. 52028/13

55. rozhodnutí ESLP ve věci Niemietz vs. Německo ze dne 16. prosince 1992, stížnost č. 13710/88
56. rozhodnutí ESLP ve věci Ledvina vs. Česká republika dne 23. února 2016, stížnost č. 64523/12
57. rozhodnutí ESLP ve věci Saint-Paul Luxembourg S.A vs. Lucembursko ze dne 18. dubna 2013, stížnost č. 26419/10
58. rozhodnutí ESLP ve věci Delta Pekárny a.s. vs. Česká republika ze dne 2. října 2014, stížnost č. 97/11
59. rozhodnutí ESLP ve věci Teixeira de Castro proti Portugalsku ze dne 9. srpna 1998, stížnost č. 25829/94
60. rozhodnutí ESLP ve věci Bannikova vs. Rusko ze dne 4. listopadu 2010, stížnost č. 18757/06
61. rozhodnutí ESLP ve věci Constantin a Stoian vs. Rumunsko ze dne 29. září 2009, stížnost č. 23782/06 a 46629/06
62. rozhodnutí ESLP ve věci Ciprian Vlăduț a Ioan Florin Pop vs. Rumunsko, ze dne 16. července 2015, stížnost č. 43490/07
63. rozhodnutí ESLP ve věci Pătrașcu vs. Rumunsko ze dne 4. února 2017, stížnost č. 7600/09
64. rozhodnutí ESLP ve věci Vanyan vs. Rusko ze dne 15. prosince 2005, stížnosti č. 53203/99
65. rozhodnutí ESLP ve věci Grba vs. Chorvatsko ze dne 23. listopadu 2017, stížnost č. 47074/12
66. rozhodnutí ESLP ve věci Doorson vs. Nizozemí ze dne 26. března 1996, stížnost č. 20424/92
67. rozhodnutí ESLP ve věci Al-Khawaja a Tahery vs. Spojené království ze dne 15. prosince 2011, stížnost č. 26766/05 a 22228/06
68. rozhodnutí ESLP ve věci Bátěk a ostatní vs. Česká republika ze dne 12.01.2017, stížnost č. 54146/09
69. rozhodnutí ESLP ve věci Van Mechelen a ostatní vs. Nizozemí ze dne 23. srpna 1997, stížnost číslo 21363/93, 21364/93, 21427/93 a 22056/93
70. rozhodnutí ESLP ve věci Windisch vs. Rakousko ze dne 27. září 1990, stížnost č. 12489/86
71. rozhodnutí ESLP ve věci Konstovski vs. Nizozemí ze dne 20. listopadu 1989, stížnost č. 11454/85
72. rozhodnutí ESLP ve věci Lüdi vs. Švýcarsko ze dne 15. června 1992, stížnost č. 12433/86
73. rozsudek velkého senátu ESLP ve věci Ramanauskas vs. Litva ze dne 5. února 2008, stížnost č. 74420/01

Stanoviska, analýzy a sdělení:

74. Analýza efektivity Policie ČR při provádění úkonů trestního řízení v oblasti trestných činů korupce. Úkol 3.7 strategie vlády v boji proti korupci na období let 2011 až 2012, str. 8. Dostupné na <<http://www.mvcr.cz/soubor/analyza-efektivnosti-korupce-pdf.aspx>>.
75. Analýza odposlechů a záznamů telekomunikačního provozu a sledování osob a věcí dle trestního řádu a rušení provozu elektronických komunikací Policií ČR za rok 2018. Policejní prezidium České republiky, Praha 22. srpna 2019, s. 106. Dostupné na <<https://www.mvcr.cz/clanek/analyzy-odposlechu-a-zaznamu-telekomunikacniho-provozu-a-sledovani-osob-a-veci-dle-trestniho-radu-a-ruseni-provozu-elektronickych-komunikaci-policii-cr-archiv.aspx>>.
76. pokyn obecné povahy NSZ ze dne 3. září 2019, o postupu státních zástupců v trestním řízení, č. 9/2019
77. Stanovisko Unie obhájců ČR č. 4/2019. Dostupné na <<https://www.uocr.cz/stanoviska/stanovisko-unie-obhajcu-cr-c-4-2019-k-forme-povolovani-sledovani-osoba-a-veci-dle-%C2%A7-158d-tr-radu-a-to-ve-forme-sledovani-vnitrnich-prostor-motoroveho-vozidla-prostorovy-odposlech/>>.
78. Stanovisko NSZ ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k možnosti utajit osobní identitu policisty provádějícího předstíraný převod a k použitelnosti záznamu o předstíraném převodu jako důkazu ze dne 12. dubna 2002, sp. zn. SL 722/2002
79. Sdělení analytického a legislativního odboru NSZ ze dne 2. 1. 2003 sp. zn. 1 SL 829/2002 adresované řediteli Útvaru speciálních činností Služby kriminální policie a vyšetřování Policie ČR.

Abstrakt

Cílem této práce je uceleně uchopit zkoumanou problematiku operativně pátracích prostředků při odhalování drogové kriminality, pojednat o české právní úpravě, vystihnout klíčové problémy a předejít k nim různé názory i své vlastní stanovisko. V určitých částech je poukázáno na španělskou právní úpravu a její přednosti i nedostatky. Domnívám se, že institut operativně pátracích prostředků přináší některé výkladové nesrovnalosti. Vystává například otázka, jaké prostory jsou při sledování osob a věcí chráněny nedotknutelností obydlí stanovenou v § 158d odst. 3 TrŘ, a zda znamená zásah do této nedotknutelnosti, když sledování za použití prostorových odposlechů provádí agent v rámci své činnosti poté, co do obydlí vstoupí na pozvání příslušné osoby. Kromě toho, že se práce snaží zodpovědět předešlé otázky, za použití metody analýzy a komparace pojednává o řadě hlavních polemik, které s těmito prostředky souvisí a nabízí případné návrhy lege ferenda.

Klíčová slova

policejní provokace, sledování, odposlechy, použití agenta, utajený svědek

Abstract

The aim of this thesis is to comprehensively grasp the researched issue of the criminal investigative means in detecting drug crime, discuss the Czech legislation of the mentioned problem, capture the key issues and present different views as well as my own opinion. Furthermore, it also endeavours to point out, in certain parts, the Spanish legislation and draw attention to its advantages and disadvantages. It is my belief that the legal regulation of the criminal investigative means brings inconsistencies of interpretation as some issues are not entirely clear, for instance evidential usability of the record of a sham transfer, what is protected by the inviolability of a dwelling or under what conditions an agent may make a video or audio recording in the apartment he or she enters at the invitation of the drug dealer. Apart from attempting to answer the aforementioned questions, using the method of analysis and comparison, the thesis also discusses a number of major controversies related to these means and, finally, offers possible proposals for Lex ferenda.

Keywords

entrapment, monitoring, eavesdropping, covert agent, anonymous witness