

EVROPSKÝ ZATÝKACÍ ROZKAZ: „NEDOTKNUTELNÁ DVAATŘICÍTKA“ ANEB FIDE, SED CUI FIDAS, VIDE

Silvie Filanová* – Jan Provazník**

Abstrakt: Tento článek si klade za cíl provést analytickou úvahu rezignace na přezkoumávání oboustranné trestnosti, na níž je vybudován institut předání na základě evropského zatýkacího rozkazu v oblasti dvaatřiceti kriminologických kategorií. Za tímto účelem článek nejprve podrobuje zkoumání základní teoretická východiska práva státu trestat obecně, tj. ve vnitrostátním měřítku, s přihlédnutím ke konsenzuální teorii vzniku státu a jeho pravomocí, vyplývajících ze společenské smlouvy. Výsledky tohoto posuzování porovnává dále článek s možností uplatňovat na území jednoho státu trestní právo druhého státu. Článek dále nastiňuje některé obecné otázky systémů trestního práva různých členských států EU s cílem poukázat na jejich vysokou rozmanitost, která systémově vylučuje úplnou shodu co do výsledku o trestnosti určitého jednání. Cílem článku je zodpovědět otázku, jestli vzhledem k velké diverzitě přístupů členských států EU k základním otázkám trestní odpovědnosti je vůbec možno rezignovat na přezkum oboustranné trestnosti při předávání osob na základě evropského zatýkacího rozkazu, či zda je taková rezignace v rozporu se závazkem státu v širokém slova smyslu uplatňovat prostředky trestního práva na svém území pouze vůči činům, které jsou jako trestné vymezeny původně v jeho právním řádu.

Klíčová slova: evropský zatýkací rozkaz, předávání, oboustranná trestnost, trestní odpovědnost, spolupráce v trestních věcech

ÚVOD

O institutu evropského zatýkacího rozkazu (dále jen též „EZR“) již bylo napsáno mnohé, přesto nelze říci, že by toto téma bylo vyčerpáno. Nevyjasněný vztah zájmu Evropské unie na budování prostoru svobody, bezpečnosti a spravedlnosti a zájmu na ochraně základních práv a svobod jednotlivce, rozsah možností vykonávajícího státu odmítnout výkon EZR, neproporcionální aplikace tohoto institutu v bagatelních případech, systematické porušování procesních práv podezřelých a obviněných osob, nepříznivé vazební podmínky, nedodržování zásady přiměřenosti, absence nadnárodní úpravy minimálních norem pro procesní práva dotčených osob – to jsou jen některé problémy, které nejenže přetrvávají prakticky od samotného zavedení EZR až do dnešní doby bez jednoznačně uspokojivého a obecně přijímaného řešení, ale které nabývají s během času a společenským vývojem nových a nových rozměrů. Závažnost těchto nedostatků je podpořena absencí přesných definicí klíčových pojmů spojených s předáváním osob z titulu evropského zatýkacího rozkazu, které vedou k jeho nejednotnému používání a tím značné právní nejistotě.¹

* Mgr. Silvie Filanová, Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně. E-mail: 362636@mail.muni.cz.

**Mgr. Jan Provazník, Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně. E-mail: jan.provaznik@law.muni.cz.

¹ Nedostatky fungování systému byly odhaleny na základě výkonu dohlížecí činnosti Komise nad prováděním evropského zatýkacího rozkazu členskými státy (Zpráva o provádění rámcového rozhodnutí Rady ze dne 13. června 2002 o evropském zatýkacím rozkazu a postupech předávání mezi členskými státy od roku 2007 (COM(2011)0175).

Institut EZR byl přiveden v život rámcovým rozhodnutím Rady ze dne 13. června 2002, o evropském zatýkacím rozkazu a postupech předávání mezi členskými státy (2002/584/SVV) (dále jen též „RR EZR“). Rada EU jeho prostřednictvím zrušila v souladu s tehdy účinnými ustanoveními čl. 31 písm. a) a b) a čl. 34 odst. 2 písm. b) Smlouvy o Evropské unii formální postup klasického extradičního řízení za účelem urychlení postupu vydávání osob podezřelých ze spáchání trestného činu mezi členskými státy.² Tento institut měl zajistit účinnější mechanismus k zabránění zneužití otevřených hranic v úmyslu uniknout spravedlnosti. Výrazným posunem ve spolupráci členských států v trestním řízení je zkrácení odkladu předání obviněných a odsouzených osob. Doba odkladu se oproti klasické extradici zkrátila z průměrného 1 roku na 48 dní v případě, že s předáním dotyčná osoba souhlasí, a na 16 dní, jestliže souhlas neprojevila.³

I když se o shora nastíněné problémy v tomto článku nepochybně alespoň letmo otřeme, chtěli bychom se více zabývat spíše otázkami koncepčními a analyzovat institut EZR pod drobnohledem trestněprávní teorie, neboť máme za to, že až dosud bylo na EZR nahlíženo spíše prizmaty práva evropského a ústavního, případně byly řešeny konkrétní aplikační problémy spojené s lidskými právy. Zde ovšem nutno vyzdvihnout, že trestní právo vykazuje určitá specifika, pro něž k němu dle našeho názoru nelze přistupovat tak, jako k jiným právním odvětvím, která vstupují nevyhnutelně do interakcí v rámci života EU. Nelze říci, že by na půdě trestněprávní teorie byl EZR tématem zcela opomíjeným, neboť prostor je mu věnován v mnoha monografiích,⁴ zabývajících se evropským trestním právem.⁵ Vesměs jde ovšem o práce s podstatně širším zaměřením, a proto neumožňujícím věnovat problematice předání na základě RR EZR příliš detailní pozornost. Autoři příslušných pasáží žádné z odkazovaných monografií přitom k upuštění od zásady oboustranné trestnosti nevznášejí žádné kritické připomínky.

V tomto článku se hodláme zaměřit prizmatem trestního práva především na skupinu 32 označení projevů kriminality dle čl. 2 odst. 2 RR EZR, již jen mírně hyperbolicky nazýváme „nedotknutelnou dvaatřičítkou“.

Již v tomto bodě je nutno zdůraznit, že ani v nejmenším naše následující výhrady vůči EZR nesměřují proti jeho samotné existenci či proti principu přímého kontaktu justičních orgánů, na němž je systém předávání založen. Dle našeho názoru lze obecně myšlenku zjednodušení „migrace“ osob, proti nimž se vede trestní řízení, mezi členskými státy EU hodnotit velmi kladně. Máme dokonce za to, že diskuse, zda vůbec systém předávání na základě RR EZR měl být zaveden, a jestliže ne, zda by neměl být zrušen, je v současné době zcela bezpředmětná. V odborné veřejnosti panuje víceméně vzácná shoda na tom, že volný pohyb osob, služeb a zboží v rámci EU ruku v ruce doprovází i volný pohyb kriminality a jejích pachatelů, který si nutně žádá adekvátní koordinovanou reakci

² Bod 1 Preambule RR.

³ Zpráva o provádění rámcového rozhodnutí Rady ze dne 13. června 2002 o evropském zatýkacím rozkazu a postupech předávání mezi členskými státy od roku 2007 (COM(2011)0175).

⁴ Např. HERCZEG, J. Evropský zatýkací rozkaz. In: J. Jelínek a kol. *Trestní právo Evropské unie*. Praha: Leges, 2014, s. 232 an.; IVOR, J. a kol. *Trestné právo Európskej únie a jeho vplyv na právny poriadok Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2013, s. 542 an.; ze starších HERCZEG, J. Evropský zatýkací rozkaz. In: M. Tomášek a kol. *Europeizace trestního práva*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 340 an. (zejm. s. 344).

⁵ K terminologii viz KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 90 an.

ze strany členských států, neboť tradiční instituty mezinárodní justiční spolupráce ve věcech trestních nejsou s to v těchto podmínkách účinně takto volně se „přelévající“ kriminalitě v rámci EU předcházet, zabraňovat jí ani ji efektivně odhalovat a potírat.

Systém předávání na základě EZR tak považujeme v současných podmínkách za nutný a svým provedením i za relativně zdařilý nástroj pro boj s přeshraniční kriminalitou v EU a přeshraničními útoky pachatelů s cílem vyhnout se trestnímu stíhání. Nedomníváme se tedy, že by zvolená koncepce EZR byla jednoznačně teoreticky nesprávná či zjevně disproporční vůči sledovaným cílům.

Přestože má rozebírané trestněprávní opatření výrazný potenciál zajistit úspěšnost výkonu spravedlnosti a zefektivnit spolupráci členských států v trestních věcech, některé nedostatky jeho legislativního uchopení jsou však s to oslabit nejen vzájemnou důvěru členských států, ale také právní ochranu jednotlivců. V tomto ohledu Evropský parlament označuje současný právní stav za nesouladný se standardem ochrany lidských práv garantovaným Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod a rozporný s judikaturou Soudního dvora EU. K odstranění tohoto stavu navrhl reformu rámcového rozhodnutí, o jejichž některých aspektech bude pojednáno níže.⁶

Naše výhrady směřují jen a pouze do jednoho z několika principů, na nichž je EZR postaven. Ve snaze co nejefektivněji zabránit vyhýbání se potrestání za spáchání nejzávažnějších trestných činů upouští citované ustanovení od tradičního předpokladu vydání osoby v klasické extradici – oboustranné trestnosti takových činů. Nedotknutelnou dvaatřicítku představuje 32 kategorií trestných činů (nikoli skutkových podstat trestných činů, jak bývá chybně překládáno v některých publikacích),⁷ u nichž vykonávající členský stát není oprávněn zkoumat oboustrannou trestnost za předpokladu, že za něj lze dle práva vystavujícího členského státu uložit trest odnětí svobody nebo ochranné opatření spojené s odnětím osobní svobody *s horní hranicí sazby v délce nejméně tři roky*.⁸

1. KONCEPČNÍ VÝCHODISKA

Mnohokrát byl v souvislosti s „dvaatřicítkou“ namítnut rozpor se zásadou *nullum crimen sine lege scripta, stricta, certa, praevia*.⁹ Případný rozpor RR EZR se zásadou legality byl předmětem posouzení Soudního dvora například ve věci *Advocaten voor de Wereld*.¹⁰ V této otázce Soudní dvůr zdůraznil, že RR EZR nelze považovat za nástroj harmonizující trestní právo hmotné a že determinace skutkových podstat trestných činů zůstává doménou právních řádů jednotlivých členských států.¹¹ Totožným pohledem na danou problematiku nahlížel Ústavní soud ČR při zkoumání ústavnosti české právní úpravy, již byla

⁶ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 27. února 2014 obsahující doporučení Komisi o přezkumu evropského zatýkacího rozkazu (2013/2109(INL)).

⁷ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 3. května 2007. *Advocaten voor de Wereld VZW* proti Leden van de Ministerraad. Věc C-303/05. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2007, s. I-03633.

⁸ Čl. 2 odst. 2 RR.

⁹ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 38.

¹⁰ Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 3. května 2007. *Advocaten voor de Wereld*. Věc C-303/05, bod č. 57 až 59.

¹¹ K procesnímu charakteru RR se vyjadřuje podrobněji kupř. také generální advokátka Eleanor V. E. Sharpston ve svém stanovisku k rozsudku Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 29. ledna 2013. *Ciprian Vasile Radu*. Věc C-396/11.

provedena implementace rámcového rozhodnutí.¹² Rovněž kupř. německý Spolkový ústavní soud tuto námitku zavrhl s tím, že RR EZR má procesní charakter a tato zásada je vlastní toliko subodvětví trestního práva hmotného.¹³

Je ovšem otázkou, zda přináležitost EZR do materiálního či formálního trestního práva nabývá takového významu, aby tento závěr odůvodnila. Máme za to, že pro tuto úvahu je nutno se hlouběji zabírat samotnými koncepčními základy trestního práva. Pro tento úsek proto vznášíme následující otázky: Co opravňuje stát realizovat své trestní právo? Za jakých podmínek smí stát realizovat trestní právo cizího státu? Je vykonání EZR takovým výkonem trestního práva cizího státu?

1.1 Oprávnění státu trestat

Právo trestat, neboli *ius puniendi*, je jedním z nejbytočnějších projevů státní (respektive veřejné) moci, a to nejen ve vztahu k cizím státům, ale stejně tak i ve vztahu ke svým obyvatelům. Pro zjednodušení nyní vycházejme z konsenzuální teorie vzniku státu a přijmeme tedy závěr, že existence státu je odůvodněna pomyslnou smlouvou mezi všemi lidmi. Ať už se kloníme k hobbesovskému pojetí, že touto smlouvou přenesli lidé na stát část své suverenity proto, že to pro ně bylo výhodnější než absolutní válka přirozeného stavu,¹⁴ nebo k pojetí rousseauovskému, že šlo o přirozený důsledek inklinace lidí k řádu a spolupráci,¹⁵ v obou případech veškerou moc ve státě legitimizuje to, že na něj byla přenesena část suverenity, kterou mají v přirozeném stavu lidé v plné míře. Uzavření společenské smlouvy se jeví nevyhnutelným vývojovým stupněm soužití společnosti, a to se zřetelem k houževnatosti překážek, jež nejen znemožňují zachování přirozeného stavu, ale také zdolávají síly jednotlivce kdysi s to udržet přirozený stav osoby samotné.¹⁶

Specificky pro trestní právo toto znamená, že pro lidi je výhodnější, aby určitý okruh jejich zájmů střežil stát, čímž se vzdali možnosti sami tyto zájmy hájit. Výsledkem by měla být situace, která je výhodnější pro všechny – každý člen pospolitosti ví, jaká jednání jsou trestná, a tedy je mu garantováno, že pokud se takovýmto jednáním vyhne, nebude vůči němu stát *ius puniendi* uplatňovat. Rovněž je tak zajištěno, že za případné spáchání takového jednání bude potrestán přiměřeně, a tedy že nebude vydán na milost a nemilost oběti či její rodině. Oběti je na oplátku zase zaručeno, že její zájmy budou hájeny i tehdy, kdy by svépomocí nebyla schopna pro přílišnou sílu (ať fyzickou, ať ekonomickou) pachatele sama dosáhnout ochrany svých zájmů.¹⁷ Kromě roviny obět–pachatel se zde nabízí ještě rovina stát–pachatel, v níž stát dává prostřednictvím svého trestního práva najevo svým občanům, jaké jednání je povoleno a jaké zakázáno. Tyto dvě roviny se pak kryjí – obyvatelstvo vzájemně ví, v jakých mantinelech se může pohybovat vůči sobě, ale i vůči státu. Vztahy mezi obyvatelstvem a státem se tak staví na jisto, „pravidla hry“

¹² Nález ÚS ze dne 3. května 2006, Pl. ÚS 66/04. Dostupné z: <<http://www.usoud.cz/scripts/detail.php?id=413>>.

¹³ FILIP, J. BVeřG – eurozatykač ano, ale právněstátně transponovaný. *Právní zpravodaj*. 2005, roč. 6, č. 9, s. 13.

¹⁴ HOBBS, T. *Leviathan*. Praha: OIKOYMENH, 2009, s. 88.

¹⁵ ROUSSEAU, J. J. *O společenské smlouvě neboli o zásadách státního práva*. Dobrá voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 23 an.

¹⁶ ROUSSEAU, J. J. *O společenské smlouvě*. In: *Rozpravy*. Praha: Svoboda, 1989, s. 226.

¹⁷ Lze uvažovat i nad tím, že případným obětím se tímto způsobem zajišťuje, že se nedopustí bezpráví příliš tvrdé odplaty na pachateli, neboť tato odplata bude provedena osobně neangažovaným orgánem, který bude schopen správně vybalancovat zájmy jednotlivce a zájmy celku.

jsou vyjasněna a předvídatelnost reakcí státu na určité diferenciované kategorie nežádoucích jednání zajišťuje stabilitu vztahů.

Pojetí společenské smlouvy Rousseauovo však kromě shora zmíněných záruk implikuje rovněž nutnost pohlížet na každého jednotlivce jako na „*neoddělitelnou část celku*“,¹⁸ tedy základní předpoklad svěřeni veškeré moci „*pod nejvyšší řízení obecné vůle*“.¹⁹ Pomiňme na tomto místě, že v rovině nejvyššího řízení nelze vycházet z vůle všech, jakožto souhrnu jednotlivých vůlí, nýbrž toliko z obecné vůle přihlížeje ke společnému užítku, podstatná je však skutečnost, že obecná vůle zůstane výlučnou vůlí těch, kteří se působnosti vzájemné dohody původně podrobili.

„*Každý uzavírá smlouvu v podstatě sám se sebou, je vázán v dvojím směru: jako člen vlády vůči jednotlivcům a jako člen státu vůči suverénu.*“²⁰ Tato suverenita implikuje právo nepřenosné na třetí stranu.²¹ Budiž tedy obecná vůle utvořená v souladu se společenskou smlouvou nezcizitelná.²²

1.2 Realizace cizího práva trestat

Ačkoliv si myslíme, že uplynulých „pouhých“ několik set let myšlenky společenské smlouvy vzhledem k její nesmrtelnosti co do jejího základu na lesku ničeho neubírá, je nabíledni, že společenský vývoj, který od dob Hobbesových i Rousseauových pokročil, přináší i situace dříve nepředvídané, na něž je nutno reagovat prostředky, přiléhajícími nově vzniklým podmínkám tento vývoj provádějícím. Naléhavá potřeba, ne-li přímo nevyhnutelnost evropské integrace v předchozích desetiletích jistě mezi tyto podmínky patří. Členské státy se tak části suverenity zbavily ve prospěch nadnárodní integrace. Integrace, jež je věrná svým vlastním principům a „ústavním“ hodnotám, které otevřeně staví nad zájmy jednotlivých členských států, potažmo jejich občanů, která primárně vznikla jakožto forma integrace toliko ekonomické a která teprve postupně nabírá podoby skutečně komplexní. Máme za to, že s tím, jak bylo překonáno pouhé ekonomické zaměření evropského sbližování a s tím, že federativní princip s jednoznačně vymezenými pravomocemi států a federace není v současnosti reálný, začíná vztah členských států a EU připomínat jakousi společenskou smlouvu druhého řádu, kdy v EU lze spatřovat „Superleviathana“,²³ složeného z „členských“ Leviathanů, kteří na něj převedli své pravomoci. Nahlíženo z pozic teorie společenské smlouvy pak vztah lidí–stát–nadstátní útvar *sui generis* nemůže vypadat jinak, než jako tři kaskádovitě přehrad, z nichž nejvýše stojí člověk, kdy podstatná část jeho přirozených práv *starat se o veškeré své záležitosti* „odtéká“ do prostřední přehrad státu, z níž zase část jeho takto založených pravomocí odtéká do nejnižší položené přehrad nadstátního útvaru.²⁴ Není tak možno, aby členský stát

¹⁸ ROUSSEAU, J. J. O společenské smlouvě. In: *Rozpravy*. Praha: Svoboda, 1989, s. 228.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, s. 229.

²¹ *Ibidem*, s. 250.

²² *Ibidem*, s. 236.

²³ Čímž se přeče našlo něco, co se Leviathanovi, ať již z knihy o Jóbovi či z přebalu díla Hobbesova, podobá a vyrovná, ba dokonce to stojí nad ním.

²⁴ Názorněji by bylo možno si celý vztah představit jako trojstupňovou fontánu, z níž z nejvýše umístěné a zároveň nejmenší mísky stéká voda do prostřední co do výšky i velikosti, z níž zase stéká voda do nejnižší a největší, neboť lidé si ponechali skutečně jen minimum „pravomocí“ rozhodovat o svém osudu (stát reguluje

přenesl na EU pravomoc, jež by mu znemožňovala splnit své závazky vůči občanům (respektive obyvatelstvu).

Jestliže lze tedy společenskou smlouvu „prvého řádu“ označit za bytostný předpoklad státní suverenity, potom i obecná vůle trestat na jejím dodržování stojí a padá, stejně tak i důvěra jednotlivce v dodržování závazků, které stát vůči němu má. Transferem pravomocí v oblasti trestního práva na EU však došlo k narušení této obecné vůle trestat. Ohlédneme-li se za postupným vývojem mezičlenské spolupráce v trestních věcech, zjistíme, že v oblasti ještě nedávno tyčícího se třetího pilíře omezovala právotvorná spolupráce členských států autonomní pravomoc Unie svou mezivládní povahou, prostřednictvím čehož zůstávala dominantní pravomoc v rukou států samotných. Se zbouráním onoho pilíře se zdá být pozice Unie stabilnější než kdy dříve. Po přijetí Amsterdamské smlouvy se totiž postupně s rozšířivším se interpretačním polem působnosti Soudního dvora posilovala i autonomie právní regulace Unie.²⁵ Nechtě je tato samostatnost udržitelná, jestliže je supranacionální vůle způsobilá prosadit se v jednotlivých členských státech, jakožto od ní *neoddělitelných entit* ve výše nastíněném smyslu. O této způsobilosti lze nicméně důvodně pochybovat již z reakcí národních ústavních autorit členských států. Slabé místo prosaditelnosti nadnárodní vůle v trestněprávních věcech je trefně nazýváno Achillovou patou EZR.²⁶ Členské státy nejenže s nadnárodní integrací dále sdílí pravomoc, která jim byla s výlučností a s důvěrou svěřena jejich občany, ale rovněž svou společenskou smlouvu porušují účastí na spolupráci v trestních věcech, jestliže umožňují unijnímu Superleviathanovi uplatňovat trestní politiku autonomním způsobem, neberoucím ohledy k závazkům členských Leviathanů. Toto porušení spatřujeme v presumpci vzájemné důvěry v každý jednotlivý členský stát Unie. Tuto úvahu nyní rozvedeme.

Ve vyspělých státech, jimž jsme uvykli přiznávat přívlastky „demokratické“ a „právní“, není připuštěno, aby trestná jednání byla formulována natolik nebulózně, že by nebylo v nutné míře zřejmé, zda stát v určitém případě *ius puniendi* může uplatnit či nikoliv (typicky analogie v nacistickém trestním právu²⁷ či hypertrofie materiálního znaku skutkové podstaty v raném sovětském trestním právu²⁸). Dalším atributem trestního práva vyspělých států je pak jeho zdrženlivost, tedy legislativní zásada *ultima ratio*, umožňující zákonodárci kriminalizovat pouze tak nebezpečná jednání, jež není možno vykořeňovat jinými, méně invazivními, prostředky. Spojení výše řečeného se promítá do trestní politiky státu. Její statické vyjádření, zvláštní část trestního zákoníku, obsahuje výčet jednání, jež stát považuje za nevyhnutelné (samořejmě v intencích norem obecné části) kriminalizovat. Toto kvalifikované (zákonem vyjádřené) přesvědčení státu o nebezpečnosti určitých činů dosvědčuje např. i zásada aktivní personality (v českém pojetí),²⁹ dle níž stát uplatňuje *ius puniendi* vůči svým rezidentům (především občanům) i tehdy, jestliže se trestného jednání dopustili v zahraničí, *a to bez ohledu na to, je-li takové jednání*

drtivou většinu oblastí jejich života) a po Lisabonské smlouvě již by snad bylo možné říci, že největší miskou získala EU.

²⁵ HAMULÁK, O. *Eurozatykač, tři ústavní soudy a dominance práva Evropské unie*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2011, s. 32.

²⁶ *Ibidem*, s. 6.

²⁷ SOLNAŘ, V. a kol. *Systém českého trestního práva. Část II*. Praha: Novatrix, 2009, s. 93.

²⁸ *Ibidem*, část II., s. 65.

²⁹ U nás vtělenu do ustanovení § 6 zák. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník ve znění pozdějších předpisů.

tretné i podle tamního právního řádu či nikoliv. Zrcadlovým odrazem tohoto přístupu je ovšem i fakt, že onen výčet tretných činů ve zvláštní části tretního zákoníku³⁰ je výčtem taxativním, tedy že *jiné činy nepovažuje již stát v souladu se zásadou ultima ratio za tak nebezpečné, že je na ně třeba reagovat prostředky tretního práva*.

Na tom nemůže existence supranacionálního subjektu ničeho měnit. S ohledem na závazek Evropské unie k přijetí minimálních pravidel v rámci tretní spolupráce jí není dáno vyvozovat pravidla, pro jejichž deklaraci nemá dostatečnou legitimaci, a to ani v důsledku rozšiřujícího výkladu. Tento úsudek je zároveň předpokladem pro eurokonformní užití rámcového rozhodnutí, jež ohraničuje taxativním výčtem možnosti vykonávacího členského státu ingerovat do společného prostoru volného pohybu rozhodnutí v tretních věcech, který slouží k efektivnímu bránění úniku před spravedlností. Rozhodovací praxe Soudního dvora nicméně zaznamenala různé výklady unijních tretněprávních regulí, jež přesahují zájmy Unie jako celku. Jedním z „průlomových“ rozhodnutí je rozhodnutí ve věci *Radu*, v němž nastavil široký rozměr vnímání zásad, které spolupráci provádějí: „*Zásada vzájemné důvěry zakotvená v rozhodnutí nutně znamená, že každý členský stát uznává tretní právo ostatních členských států*.“³¹ Tuto skutečnost Soudní dvůr dovozuje mj. i z výjimky ze zásady zákazu dvojího řízení. Ta nutně: „...*předpokládá existenci vzájemné důvěry členských států v jejich příslušné soustavy tretního soudnictví a to, že každý z členských států přijímá použití tretního práva platného v ostatních členských státech, a to i tehdy, pokud by uplatnění jeho vlastního vnitrostátního práva vedlo k odlišnému řešení*.“³²

Právě tento závěr Soudního dvora je pro celou věc a naši výhradu proti EZR klíčový. Jedná se totiž o deklaraci ústupu jednotlivých členských států od garance taxativního výčtu tretných činů ve vztahu stát – osoby podrobené jeho moci a ochraně pouze tretním právem tohoto státu. Jinými slovy, tento závěr znamená, že jeden členský stát se zavazuje předat osobu pod svou mocí a ochranou za účelem výkonu tretní spravedlnosti (v nejširším slova smyslu) jinému členskému státu i tehdy, jestliže jde o jednání, které prvý členský stát za tretné nepovažuje, ale druhý členský stát ano. Zde se dle našeho názoru plně ukazují specifika tretního práva jakožto právního odvětví, které dle našeho názoru zapřičiňují potřebu velmi individuálního přístupu v oblasti jakéhokoli sblížení v rámci unijní integrace. Je třeba předeslat, že pochopitelně každé právní odvětví je specifické a vyžaduje individuální přístup, u tretního práva je však taková potřeba obzvláště markantní.

Tretní právo patřilo vždy mezi „rodinné stříbro“ právního řádu každého státu z toho hlediska, že vždy představovalo jeden z nejmanifestnějších projevů veřejné moci, a proto mělo vždy silně politický náboj. Ostatně už proto postupovalo veškeré sblížení právních úprav v tomto odvětví v rámci evropské integrace velmi pomalu a opatrně. Tretní právo totiž jako odvětví, jež má sloužit jako *ultima ratio*, zásadně halí příkrvů těch potenciálně nejcitelnějších zásahů do základních práv a zájmů jednotlivce, jichž se na něm stát může dopustit. Výše citovaný závěr Soudního dvora vykazuje typický prointegrační

³⁰ Či v případě řady evropských států v tzv. „vedlejší tretní právu“ (např. Rakousko, Německo, Španělsko).

³¹ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 29. ledna 2013. Ciprian Vasile Radu. Věc C-396/11.

³² Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. února 2003. Spojené věci C-187/01 a C-385/01. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2003, s. I-01345.

duch evropského práva – duch respektu ke vzájemným odlišnostem, duch nahlížení na rozmanitost jakožto na bohatství, nikoliv jakožto na rozdílnost.

Tento duch je z obecného hlediska nepochybně správný. Pro obor trestního práva však je podstatně méně vhodný, než pro obory jiné. Dle našeho názoru je jeho uplatnitelnost v oboru trestního práva menší a bylo by chybou na něm založit unijní integraci bez přiznání specifik, kterými oplývá. Byť základní korpus materie trestního práva není v členských státech zásadně rozlišný („zlatý fond“ trestního práva, kam spadají např. vražda, znásilnění či krádež bude patrně trestný všude – byť, jak bude ukázáno níže, někdy ani v takto jednoznačných případech *malorum in se* přístupy evropských států nekonvergují), rozdílný přístup k rozsahu kriminalizace, teoretickým východiskům trestního práva v jednotlivých členských státech i k představám o spravedlivém systému trestání umožňují přesto pouze velmi omezené přímé přiznání respektu k těmto přístupům v jiných státech, neboť se jedná často o dosti citlivé společenské otázky, hluboko zakořeněné ve společnosti daného státu (např. v otázce trestnosti euthanasie či potratů). Akceptace toho, že v jiném členském státě je některá z takto citlivých otázek řešena diametrálně odlišně, vyvolává spíše (mnohdy i bouřlivé) emoce, nežli pocit voltairovského uspokojení z toho, jakou rozmanitost přístupů můžeme v Evropě nalézt.³³

Nejde přitom pouze o to, co je ve kterém členském státě dovoleno a co nikoliv v porovnání se státem odlišným. Kolosálně signifikantní je zde i míra důsledků, která se s touto odlišností pojí. Využijeme-li v předcházející poznámce pod čarou uvedený příklad, pak bude politicky i společensky zcela jednoznačně únosnější, pakliže „domácí“ stát nepřizná ochranu vlastnického práva jedinci pod svou mocí proto, že uzavřel v zahraničí podle tamního práva smlouvu, která má otázku účinků nastavenou odlišně od práva státu „domácího“, než dopustí-li potrestání takového jedince za jednání spáchané v zahraničí, které podle práva státu „domácího“ vůbec není trestné. Pro lepší ilustraci lze uvést i zjevnou absurditu toho, jestliže by stát „domácí“ neposkytl ochranu jedinci pod svou mocí vůči jednání cizince pouze proto, že takové jednání dle práva státu dotyčného cizince není trestné, a to v porovnání se situací, kdy by např. „domácí“ jedinec s takovým cizincem doma uzavřel kupní smlouvu s doložkou volby práva, v důsledku čehož by „domácí“ soud neposkytl „domácímu“ jedinci ochranu, kterou by mu jinak byl poskytl podle „domácího“ práva.

Z uvedeného plyne, že stát není na jedné straně zásadně³⁴ oprávněn represivně reagovat prostředky trestního práva na činy, jež nepovažuje za trestné, ale naopak na druhé straně na trestné činy těmito prostředky zásadně reagovat musí. Ačkoli se zdá být tato teze neprolomitelným dogmatem, v následujících řádcích se pokusíme ukázat, že v souvislosti s EZR má její připomínka své opodstatnění. Budeme-li se totiž nyní zabývat otázkou, za jakých podmínek může stát aplikovat trestní právo cizího státu, nemůžeme než

³³ Touto pasáží jsme rozhodně nechtěli jakkoliv supponovat čtenáři jakousi výjimečnost či nedotknutelnost trestního práva, nýbrž pouze demonstrovat některá osídla, která tato odvětví skrývá. Např. právě otázky euthanasie, trestnosti potratů či držení měkkých drog dle našeho názoru zkrátka vždy budou citlivější než např. otázka rozdílného přístupu k translačním či obligačním účinkům kupních smluv, u nichž (byť mohou být mimořádně komplikované a začasť budou i komplikovanější než mnohé teoretické aspekty obecné části trestního práva) budou členské státy i jejich obyvatelé ochotni přijmout rozdílnost mnohem snadněji.

³⁴ Výhradu činíme vzhledem k reakci na některé činy jinak trestné ochrannými opatřeními, jež jsou *sensu lato* považována za prostředky trestního práva.

dojít k závěru, že přímo je aplikovat nesmí, a sice právě proto, že jeho *ius puniendi* se vyčerpává v jeho „vlastním“ trestním právu. Nepřímo pak smí dle našeho názoru trestní právo aplikovat za dvou podmínek – vnější a vnitřní. 1) V rámci suverenity navenek byl předepsaným způsobem přijat závazek za určitých podmínek trestní právo cizího státu respektovat, a ač jej tak jako tak domácí stát nesmí přímo aplikovat, může mít povinnost takové aplikaci cizím státem napomáhat (jednat se zde bude především o extradice). 2) V rámci své suverenity dovnitř neporuší svůj závazek vůči svým rezidentům, tj. nebude vůči nim uplatňovat prostředky trestního práva v případech, které se ocitají mimo okruh činů, které tento stát považuje za trestné. Proto v „klasických“ extradicích je tolik dbáno na zásadu oboustranné trestnosti, tj. na to, aby se stát nemohl dopustit bezpráví na svých občanech a vydat je napospas trestněprávní reprezi za něco, za co kvalifikovanou formou zákona dopředu nemanifestoval, že takováto repreze zde hrozí.

Pro úplnost ještě dodáváme, že oboustranná trestnost jako historicky tradiční zásada mezinárodní justiční spolupráce ve věcech trestních jistě neznamená, že by takto mezinárodně spolupracující státy vyžadovaly identičnost trestnosti v plném rozsahu. Různá výše trestních sazeb či dokonce i jiná právní kvalifikace jednání jako různých trestných činů v právních řádech obou dotčených států pochopitelně rozpor se zásadou oboustranné trestnosti nezakládá. Podstatné je zásadně (tedy za splnění dalších podmínek) to, zda určitý čin je trestný bez ohledu na kvalifikaci i hrozící následek v obou dotčených státech. To je alfa i omegou této zásady, a tato tak *per se* nepřipouští rozdílnost posouzení co do (ne)viny.

1.3 Vztažení těchto principů na EZR

Penetrací automatického vzájemného uznávání rozhodnutí do takové formy spolupráce dochází k volnému pohybu nikoli už jen rozhodnutí, ale *implicitae* i jimi nalézaných trestněprávních pravidel. Dochází tak v konečném důsledku k „vývozu“ národních norem trestního práva za hranice jednotlivých suverénů, čímž je svrchovaným státům „vnucována“ cizí vůle trestat. Rozsah právotvorné pravomoci Unie v oblasti harmonizace trestního práva hmotného je pevně determinován čl. 82 odst. 1 SFEU, odkazujícím na odst. 2 a čl. 83 SFEU. Navzdory tomu, že EZR bývá řazen do sféry procesní, nelze dle našeho názoru vnímat ohraničení hmotněprávní a procesněprávní regulace černobíle. Naopak se domníváme, že rovněž v evropském trestním právu platí vzájemná podmíněnost obou oblastí. Jestliže v rámci Unie existuje systém volného pohybu soudních rozhodnutí v trestních věcech, založen na principu vzájemného uznání rozsudků, nese s sebou také pevnější harmonizaci skutkových podstat a sankcí, a to nejen co se mimořádně závažné trestné činnosti týče. Minimální harmonizace zachovává každému členskému státu prostor pro přijetí rigidnější úpravy oproti unijnímu pravidlu. V důsledku tohoto „manévrovacího“ prostoru se mohou úpravy států lišit, a prolamovat tak esenciální požadavky na trestněprávní regulaci v jednotlivých státech volně se pohybujícími rozsudky, vycházejícími z různě pojatých takových základních požadavků.³⁵ Jedná se především o již shora zmiňovanou zásadu „*nullum crimen sine lege scripta, stricta, certa, praevia*“ generující právní jistotu jakožto obecnou maximou reflektující podstatu práv-

³⁵ SYLLOVÁ, J. *Lisabonská smlouva: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 389.

ního státu. Popření těchto základních předpokladů legitimního trestání nutně implikuje prolomení důvěrného vztahu mezi jedincem, jenž podléhá jurisdikci státu, a státem, kterému občané příslibili respektování jeho výlučné vůle trestat.

Proto je nutné zabývat se rovněž podstatou a zejména rozsahem pravomoci EU dle čl. 82 odst. 1, 2 a čl. 83 SFEU. Z hlediska hmotněprávního tato pravomoc umožňuje EU harmonizovat minimální pravidla týkající se vymezení trestných činů a sankcí. Dle našeho názoru tato pravomoc jen a pouze umožňuje EU formou normativních aktů sekundárního práva uložit členským státům, aby kriminalizovaly určitý okruh jednání zejména s ohledem na to, aby kvůli rozdílům v jejich právních řádech nedocházelo k tomu, že kvůli mírnější trestní politice jednoho členského státu bude ztížena spolupráce všech členských států při potírání závažných forem kriminality. Již sama existence této pravomoci v nastíněných souvislostech vznáší otázku, k čemu členské státy EU tuto pravomoc svěřily, když mezi nimi panuje tak neochvějná vzájemná důvěra ve své trestní systémy, že jim umožňuje netrvat na požadavku oboustranné trestnosti u vybraných okruhů trestných činů (kdy, znovu upozorňujeme, díky vágní formulaci „dvaatřicítka“, má být vzájemná důvěra až tak hluboká, že členské státy vlastně ani přesně nepotřebují vědět, které trestné činy do těchto okruhů spadají).

Nutno uvést, že mezi členskými státy důvěra ve fungování národních systémů trestního práva jistě existuje. Evropa si prošla možná bouřlivým, nicméně společným vývojem a vzájemné ovlivňování a inspirace jsou v tomto geografickém prostoru prakticky permanentního rázu již několik staletí. Společný historický vývoj jistě členské státy opravňuje např. k závěru, že v jiném členském státě nebude manžel beztrestný za znásilnění své ženy či že zloději nebude useknuta ruka pro krádež na tržišti. Otázkou je ovšem hloubka této důvěry. Nelze totiž přehlédnout, že pro evropský vývoj není příznačná pouze konvergence a vzájemná inspirace, ale rovněž nesmírná bohatost a rozmanitost zde žijících národů, jejich myšlení i právní regulace. Že tedy taková hloubka důvěry mezi členskými státy, která by umožňovala zcela se spolehnout na jiný systém trestního práva jako na svůj vlastní, je spíše zbožným přáním, které zde zapůsobilo jako příslovečný otec myšlenky, a že dostatečná harmonizace může být jedině nutným předpokladem, nikoliv jakýmsi postupně vznikajícím bonusem systému předávání bez zjišťování oboustranné trestnosti, ukážeme níže.

V souvislosti s vymezením rozsahu pravomoci EU v trestních věcech vysvítá ovšem ještě jedna závažná otázka. Je obsahem této pravomoci i uložení povinnosti jednomu členskému státu aplikovat trestní právo členského státu druhého? Tato otázka s sebou samozřejmě imanentně nese předpoklad, že fungování systému vzájemného předávání takovou aplikací je; výše jsme dospěli k závěru, že tomu tak, byť pouze nepřímou a v důsledku, nicméně přesto, je. I pokud bychom však přijali opačný názor, stejně emfaticky se vkrádá otázka, zda součástí diskutované pravomoci EU je i oprávnění uložit členskému státu povinnost rezignovat na aplikaci svého trestního práva ve prospěch cizího trestního práva mimo zavedené postupy vydávání (respektive jiných forem mezinárodní justiční spolupráce ve věcech trestních, např. předání trestního stíhání), tedy bez záruk, že bude dosaženo stejného výsledku, jakého by bylo dosaženo, pokud by k této rezignaci nedošlo.

Příkaz předat určitou osobu ze státu, v němž dotýčný čin trestný není, do státu, kde trestný je, bez možnosti zkoumat oboustrannou trestnost a nepředat v případě negativního závěru o oboustranné trestnosti jednání předávané osoby, dle našeho názoru

překračuje pravomoci EU. Nesprávný, protože příliš extenzivní výklad unijních pravomocí, není novým ani překvapivým nešvarem. EU má tendenci sklouzávat k jednání v duchu zásady *exitus acta probat* a s atomistickým zřetelem na konkrétní cíl, o nějž usiluje, a uplatňuje při jeho dosahování i takových prostředků, které se jejím orgánům jeví jako vhodné, nonšalantně však ignorujíc fakt, že k jejich uplatnění nedisponuje potřebnou pravomocí. V těchto souvislostech pro ilustraci např. profesor Bejček uvádí neexistenci pravomoci EU k zavádění kvót na počty žen ve statutárních orgánech obchodních korporací, jež je svěřena členským státům, ovšem nikoliv EU, s čímž si její orgány rovněž příliš hlavu nelámou.³⁶

2. ÚSKALÍ ZÁSADY VZÁJEMNÉ DŮVĚRY

Zásada vzájemné důvěry tak představuje jeden z dominantních a po našem soudu i problematických principů nového systému předávání. Obáváme se ovšem silně, že tato je více deklarována, než skutečně naplňována. S trochou nadsázky lze říci, že takových deklarací důvěry, věrnosti a lásky lze, zpravidla ohraničených srdcovým tvarem, nalézt vyryto ve staletých dubech, zadních sedadel starých kin či laviček v parcích, kde si dávají dostaveníčka zamilovaní, hotovou přehršel. Ovšem jen velmi málo z nich nekončí zlomeným srdcem, ztrátou iluzí a zařeknutími, že nikdy již více dotyční nebudou tak pošetilí. Většinou totiž potřeba okázalých deklarací vypovídá ze všeho nejvíce o tom, že kdyby jich nebylo, nemusel by si také nikdo vůbec všimnout toho, že co se deklaruje, je pravda. Důvěra, stejně jako všechny ostatní intimní, subtilní a zcela kardinální svazky mezi lidmi, se totiž nedeklaruje, ale dokazuje. Je nám jasné, že by bylo legislativně velmi nevhodné takové důkazy zakotvovat a že vyjádření *expresis verbis* vzájemné důvěry členských států, jakožto významného výkladového východiska, šlo jistě k dobru věci, nicméně v návazných textech soudních rozhodnutí, stanovisek generálních advokátů i odborných článků bychom očekávali více než toto prohlášení, leč to bylo zpravidla to jediné, čeho jsme se dočkali.³⁷ Předložit takový důkaz by pochopitelně bylo poměrně náročné, dle našeho názoru ovšem nikoliv nemožné. Ostatně v souvislosti s projektem *Corpus juris* byl proveden úctyhodný pokus o zanalyzování systémů trestních práv členských států, jehož výsledkem byla mimo jiné např. i relativně podrobná komparativní analýza trestněprocesních úprav členských států.³⁸ Obdobně detailní analýza obecných i zvláštních částí trestního práva hmotného, která by hloubkově prověřila, do jaké míry se přístupy ke kriminalizaci členských států shodují a do jaké se od sebe naopak odlišují, kde se nachází problematická místa, v nichž by se členské státy rozcházely diametrálně atd., pak ovšem přijetí RR EZR nepředcházela.

Kromě toho jsme se dočkali rovněž kritiky za nedůvěřivé obranné reakce ze strany ochránců ústavnosti některých členů EU. Oreste Pollicino dokonce „konflikt“ přisuzuje

³⁶ BEJČEK, J. Kdo má odpovídat za „správné“ složení statutárních orgánů obchodních korporací? *Bulletin advokacie*. 2013, roč. 23, č. 10, s. 24.

³⁷ Např. rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 21. prosince 2011. N. S. (C-411/10) proti Secretary of State for the Home Department a M. E. a další (C-493/10) proti Refugee Applications Commissioner a Minister for Justice, Equality and Law Reform. Spojené věci C-411/10 a C-493/10. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2011, s. I-13905. V tomto rozhodnutí je důvěra členských států presumována, nikoli dokazována.

³⁸ DELMAS-MARTY, M. – SPENCER, J. R. (eds). *European Criminal Procedures*. Cambridge University Press, 2002.

nedostatečné asimilaci textu ústav členských států ve prospěch zájmů evropské integrace, „čímž položily těžké a nevděčné břemeno hledání řešení nevyhnutelných konfliktů mezi ústavní a evropskou rovinou na rámě ústavních soudů“.³⁹ Nepochybujeme o tom, že kreace „dvaatřicítka“ je efektivním nástrojem zjednodušení právní pomoci mezi členskými státy, který by mohl být vývojovým krokem správným směrem k zlepšení bezpečnosti v EU. Závěr ovšem může být správný a pravdivý pouze tehdy, je-li naplněn i jej podmiňující předpoklad. *Conditio sine qua non* „dvaatřicítka“ je totiž vysoký stupeň důvěry mezi členskými státy. Tento předpoklad se skládá ze dvou komponent – 1) členské státy mají důvod vzájemně důvěřovat svým systémům trestního práva a 2) členské státy si skutečně věří. Při tak revoluční, politicky citlivé a esenciální změně v právní pomoci, jakou bylo zavedení dvaatřicítka do RR EZR, bychom očekávali, jak naznačeno výše, že bude nejprve provedena velmi minuciózní komparativní analýza systémů trestního práva členských států, na jejímž základě by bylo vyhodnoceno, zda přístupy členských států k trestnímu právu jsou si natolik blízké, že tyto se nebudou muset obávat, že by v některých případech došlo k rozdílné právní kvalifikaci určitého jednání s neslučitelnými závěry o trestnosti či beztrestnosti. Zejména otázka viny totiž neumožňuje kvantitativní vyjádření a pohybuje se v dichotomii vina–nevina, což vede k tomu, že relevantní odchylky v systémech trestního práva nepovedou k nějakému menšímu procentu shody, ale ke zcela opačnému závěru při hodnocení (ne)viny.

2.1 Procesní charakter EZR

Nelze zcela bez výhrad přijmout názor, že RR EZR má ryze procesní charakter (viz výše), proto vlastně o žádný výkon trestního práva cizího státu ani nepřímý jít nemůže, a tak není třeba hmotněprávních garancí zákonnosti. Domníváme se totiž, že tento přístup je do jisté míry farizejský. Trestní právo procesní samo o sobě ztrácí smyslu,⁴⁰ neboť nemá jiného účelu, než „uvádět v život“ trestní právo hmotné. Mezinárodní justiční spolupráce v trestních věcech pak nemá jiný účel, než aby stát, jenž v konkrétním případě uplatní její prostředky, mohl vykonat své *ius puniendi* (respektive aby mohl provést kvalifikovaný rozhodovací proces v podobě trestního stíhání, zda je provést má či nikoliv). Konečným výsledkem je pak v zásadě potrestaný jednotlivec (eventuálně jednotlivec zproštěný viny).

Jestliže by tak členský stát, nucen na základě EZR předat svého státního občana, zavřel oči před tím, že jej vydává k trestnímu řízení (nebo dokonce již k výkonu trestu – záruku dle čl. 6 ods. 3 RR EZR není vykonávající stát povinen žádat) pro skutek, který není podle jeho práva trestným činem, s odůvodněním, že jde o realizaci pouze procesních norem, a tak tento stát ani nemůže přijít do konfliktu se svým materiálním trestním právem, bylo by to podobné, jako kdybychom připustili, že stát má povinnost chránit náš život jen na cestě na popraviště cizího státu, o jejíž finální destinaci stát ví, ale už ho nemusí vůbec zajímat, co se v ní bude dít. Předání v takových případech je přitom *conditio sine qua non* k tomu, aby vystavující stát mohl uplatnit své *ius puniendi*.

³⁹ HAMULÁK, O. *Eurozatykač, tři ústavní soudy a dominance práva Evropské unie*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2011, s. 5.

⁴⁰ HORA, V., cit. dle ČÍSAŘOVÁ, D. – FENYK, J. – GRÍVNA, T. a kol. *Trestní právo procesní*. 5. vyd. Praha: ASPI, 2008, s. 13.

Jde-li o případ, v němž by vydávající členský stát své *ius puniendi* uplatnil rovněž, stíhal-li by dotyčného sám, nedošlo by k žádnému konfliktu. Pokud by ovšem vydávající členský stát dané jednání nepovažoval za trestné, své *ius puniendi* by, s ohledem k výše uvedenému, uplatnit ani nesměl. Jestliže by však mlčky vydal pachatele na pospas *ius puniendi* vystavujícího členského státu, dopustil by se dle svých vlastních měřítek křivdy, neboť by umožnil uložení trestu za jednání, za něž dle jeho vlastního právního řádu trest nepřísluší. Klasik poznamenává: „Když někdo na jiného nespravedlivě útočí buď z hněvu, nebo z nějaké jiné vášně, jako by vztáhl ruku na svého druhá; ale jestliže někdo křivdě nebrání a jí nepřekáží, ačkoliv může, dopouští se takového hříchu, jako kdyby zradil rodiče nebo přátele nebo vlast.“⁴¹ Kouzlem nechťeného tento citát nabývá zvláštní působivosti, když to zde má být vlast, kdo se „takového hříchu“ dopouští, zrazujíc tak sama sebe a společenskou smlouvu, která je její podstatou.

Toto podporuje i skutečnost, že zásada oboustranné trestnosti je tradiční extradiční zásadou již mnoho desítek či dokonce stovek let. Extradice přitom spadaly vždy v obor trestního práva procesního, a tedy po celou tuto dobu se nabízel snadný „útěk“ před zásadou oboustranné trestnosti poukazem na to, že se jedná toliko o procesní otázku, a tedy se v ní zásada *nullum crimen sine lege* vůbec neuplatní. Nemohl to tak být pouze procesní charakter úpravy, co v případě systému předávání na základě EZR odůvodnilo irelevanci nastíněných hmotněprávních garancí (*nullum crimen...*), neboť tento charakter měl i systém klasického vydávání. Rozdíl spočívá samozřejmě v tom, že zatímco v klasické extradici se z hlediska mezinárodního projevuje zásada svrchované rovnosti (stát jako suverén posuzuje trestnost z hlediska svého systému trestního práva, a proto nemá potřebu respektovat odlišnost systému trestního práva státu, žádajícího vydání určité osoby), v systému předávání se projevuje zásada loajality a spolupráce, na nichž je vystavěn projekt evropské integrace. Jak předávání dle EZR, tak klasické extradice ovšem mají procesněprávní charakter, a proto dle našeho názoru výše uvedený argument (konflikt s trestním právem materiálním v případě předávání nehrozí pro jeho procesněprávní povahu) není přesvědčivý.

Je pak otázkou, do jaké míry mohou odlišný režim odůvodnit zmíněné zásady, které se v obou systémech projevují (svrchovaná rovnost *contra* loajalita a spolupráce). Jistě možno argumentovat tím, že svrchovaná rovnost je výsadou státu, vyplývající z mezinárodního rozměru jeho suverenity, a tedy stát nemá povinnost ji uplatňovat, ostatně části své suverenity stát přenesl ve prospěch EU, a tedy je bezpředmětné se touto zásadou vůbec ohánět, jde-li o systém předávání, jež se realizuje právě v rámci unijního práva. Zde se však s oporou o shora nastíněné úvahy o konsenzuální teorii legitimacy veřejné moci domníváme, že *ratio* zmíněné zásady svrchované rovnosti v oblasti extradice nespočívá toliko v nějakém samoučelném pojetí státu jakožto mezinárodního suveréna, který nemusí respektovat odlišnou úpravu jiného suveréna (na rozdíl od členských států EU, které jsou „jednotné v rozmanitosti“), ale právě v povinnosti státu garantovat osobám pod svou jurisdikcí, že je bude trestat pouze za činy, které sám kvalifikovaným způsobem (vtělením do zákona) považuje za trestné. Stále tak chybí legitimní zdůvodnění toho, proč členský stát může umožnit potrestání osob ve své jurisdikci za činy, jež nepovažuje za trestné, když vůči těmto osobám má pozitivní závazek je za takové činy netrestat.

⁴¹ CICERO, M. T. *O povinnostech*. Praha: Svoboda, 1970, s. 34.

2.2 Nepřesné vymezení „dvaatřítiky“

Máme za to, že sám okruh bodů dvaatřítiky je vyjádřením nedostatečné harmonizace systémů trestního práva hmotného členských států. Nepřesné vymezení obsahu dvaatřítiky totiž reflektuje samotné rozdíly v hmotněprávních předpisech jednotlivých členských států. Profesor Šámal označuje nedotknutelnou dvaatřítiku za pouhý „*kriminologická označení vystihující podstatu trestního jednání*“⁴² a stěžuje, že tak lze vnímat jako právní kategorie s ostrostí vymezení, typickou pro skutkové podstaty ve vnitrostátním právu členských států (v typické struktuře objekt, objektivní stránka, subjekt, subjektivní stránka, přesně vymezených a vykládaných v souladu s podstatnou trestního práva restriktivně v duchu zásady *nullum crimen sine lege certa, stricta*)⁴³. Ona *kriminologická označení* neposkytují tak žádnou bližší informaci o tom, jaké trestné činy pod každé z nich jednotlivě spadají, přičemž nepodávají ani žádný konkrétní návod co do kritérií znaků (typicky objektivní stránky), která by měla být využívána při posuzování toho, zda určité jednání pod některé z těchto *kriminologických označení* spadá či nikoliv. Nejsou tedy ničím více, než marginálními rubrikami, z nichž lze velmi obecně odušit, proti jakému objektu mají mířit činy, které materiálně naplňují obsah těchto dvaatřític kategorií. Nejde přitom ani o označení, jejichž obsah by byl v kriminologii či v trestním právu konsenzuálně přijíman či intuitivně vnímán tak, že by hranice jejich dosahu byly tak jasné, že by nebylo třeba je nijak formálně vymezovat.

Byť pochopitelně existuje celá řada mezinárodních smluv, které se těmito *kriminologickými kategoriemi* zabývají, RR EZR tyto kategorie s konkrétními mezinárodními smlouvami nepropojuje výslovným ani implicitním odkazem. Již z podstaty věci se tak otevírá otázka, podle čeho můžeme ve sporných případech (např. kdy se jedná o trestný čin, jenž spadá pod rubriku „terorismus“ či „počítačová kriminalita“,⁴⁴ kdy uchopení těchto pojmů může být velmi různé), postupovat. Znovu opakujeme, že byt se patrně nejedná o problém, který by byl způsobit destabilizovat systém předávání na základě EZR, je sice chvályhodné, jestliže si členské státy v tomto směru rozumí, nicméně stále jde o úpravu, která je koncepčně nesprávná, a tedy způsobit vyvolávat systémová selhání.

Máme-li na zřeteli neschopnost determinovat jednotný koncept dvaatřítiky v rovině právní, lze důvodně pochybovat o slučitelnosti této úpravy s požadavky na jasnost, přesnost a určitost trestněprávní regulace. V důsledku zařazení jakéhokoli jednání, jehož kvalifikace spadá slovy rámcového rozhodnutí výlučně do kompetence státu vystavujícího EZR,⁴⁵ do nějaké terminologicky nejasné kategorie, aniž by v tomto smyslu existovala záruka před jeho uznáním na straně vykonávajícího členského státu, se otevírá eventualita „dovozu“ trestného činu, který ve vykonávajícím členském státu trestným činem není.⁴⁶

⁴² ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní řád*. 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 4245.

⁴³ KRATOCHVÍL, V. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, s. 45.

⁴⁴ Právě trestné činy spáchané prostřednictvím výpočetní techniky byly uvedeny v návrhu na zrušení ustanovení trestního zákona a trestního řádu, která představují provedení RR do českého právního řádu, jako příklad široké škály činů, které mohou spadat pod jednu z dvaatřític kategorií – „počítačová trestná činnost“. Pro vyhnutí se vzniku trestněprávní odpovědnosti by bylo nutné znát trestní právo všech členských států, přičemž „není jisté možno po občanech požadovat, aby byli znalci práva všech zemí EU, neboť by to bylo v rozporu se zásadou „*ultra posse nemo tenetur*““. (Narace plenárního nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 3. května 2006, č. j. Pl. ÚS 66/04).

⁴⁵ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 3. května 2007. *Advocaten voor de Wereld VZW proti Leden van de Ministerraad*. Věc C-303/05. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2007, s. 1-03633.

Jako příklad uvádíme kriminalizaci drobného přestupku či nastavení nepřiměřené sazby trestu odnětí svobody za méně závažný trestný čin v rozporu s čl. 49 odst. 3 LZPS EU, čímž jsou hranice dvaatřicítky neoprávněně překročeny. Opět zde činíme výhradu, že v praxi k takovýmto situacím patrně nebude docházet příliš často, ale koncepčně vyloučeny nejsou a přenesení rozhodování o oprávněnosti zařazení toliko na stát vystavující by mohlo být kouzlem nechtěného k takovému závěru vést. Nutno podotknout, že instrument evropského zatýkacího rozkazu neslouží ke stíhání drobné kriminality a správních deliktů a spolupráce s takovým následkem v režimu RR EZR se dostává do rozporu s jeho cíli a východisky primárního práva EU. Článek 83 SFEU (bývalý čl. 31 SEU) předpokládá minimální regulaci „*týkající se vymezení trestných činů a sankcí v oblastech mimořádně závažné trestné činnosti s přeshraničním rozměrem z důvodu povahy nebo dopadu těchto trestných činů nebo kvůli zvláštní potřebě potírat ji na společném základě*“.

3. HMOTNĚPRÁVNÍ DŮVODY K NEDŮVĚŘE

Vzhledem k tomu, jak bohaté jsou právní dějiny Evropy, kdy kromě dvou zcela odlišných právních kultur (angloamerické a kontinentální) je zde i množství právních systémů (jihoevropský, francouzský, alpský, severský, východoevropský)⁴⁷ nabízel by se na první pohled odhad, že v trestněprávních přístupech členských států k trestnímu právu bude panovat spíše široká varieta než shoda. Pokusili jsme se vybrat alespoň některé otázky, které mohou v individuálním případě hrát osudovou roli z hlediska viny či nevinu a k nimž existují rozdílné přístupy trestních systémů členských států.

3.1 Krajiní nouze

Tato klasická a na první pohled zcela bezproblémová okolnost, vylučující protiprávnost, přináší s sebou mezi členskými státy některé fundamentální problémy, které přiblížíme na příkladu ČR a SRN. V obou těchto státech podmiňuje aplikaci tohoto institutu zákonem definovaná podmínka mírnějšího následku, než jaký hrozil. V SRN, která je silně ovlivněna učením Kantovým, se za mírnější následek nepovažuje smrt menšího počtu lidí v porovnání s životy obětovanými, neboť lidský život je dle tohoto pojetí nejvyšší hodnotou sám o sobě, již nelze kvantifikovat.⁴⁸ Naproti tomu ČR přistupuje k problému „po benthamovsku“ a vykoupení většího počtu životů obětováním menšího počtu považuje za vyhovující podmínce proporcionality zásahu.⁴⁹

⁴⁶ Např. z důvodu nízké společenské škodlivosti s ohledem na zásadu subsidiarity trestní represe. Český zákonodárce zde, vzhledem k taxativnímu výčtu důvodů odepření výkonu dle RR EZR a uvedeného rozhodnutí ve věci *Advocaten voor de Wereld* poněkud diskutabilně, upravil možnost odmítnout výkon na základě ustanovení § 205 odst. 2 písm. e) zák. č. 104/2013 Sb., o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních, (dále jen „ZMJSVT“) tehdy, jestliže vystavující stát zjevně excesivně podřadí pod „dvaatřicítku“ čin, který pod ni jednoznačně nespadá – viz POLÁK, P. In: P. Polák – M. Kubiček. *Zákon o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 669.

⁴⁷ HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 454 an.

⁴⁸ WEIGEND, T. Germany. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 270.

⁴⁹ R 20/82, SOLNAŘ, V. a kol. *Systém českého trestního práva. Část II*. Praha: Novatrix, 2009, s. 93; KRATOCHVÍL, V. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 368.

Abychom věc ještě o něco zkomplikovali, upozorňujeme i na přístup španělský. Ve španělském *Código penal* není podmínka proporcionality explicitně slovy zákonodárcovy vyřčena, proto se část teorie přiklání k tomu, že i ekvivalentní následek podmínkám krajní nouze hová.⁵⁰ Vezměme si tak modelový příklad příliš křehkého voru, majícího nosnost dvou mužů, na němž se v chladných vodách, dejme tomu Baltického moře tísni tři námořníci. Jestliže jednoho z nich shodí z voru, znamená to pro něj jistou smrt, jestliže zůstanou všichni tři, vor se brzy potopí a zemřou všichni. Pokud se rozhodnou k zoufalému činu a jednoho z nich z voru svrhnou, německý a český soud by dospěly k rozdílnému výsledku co do trestnosti. Pokud by vor byl jen „jednomužný“ a námořníci byli dva, mohl by za stejné situace dospět k rozdílnému výsledku i španělský a český soud.

3.2 Omisivní jednání

Tradičně státy přiznávají trestnost i pasivitě v rozporu s určitou povinností jednat. Za zdroje této povinnosti jsou historicky považovány zákon (např. v intencích rodičovské odpovědnosti), smlouva (např. bezpečnostní agentury při ostraze objektů) a postavení garanta (vousatý příklad se slepcem, jehož se někdo dobrovolně uvolí převést přes silnici, v polovině jej opustí a ten v důsledku toho dojde újmy).

Hloubaví němečtí právníci ovšem staví proti této tzv. formální doktríně garance doktrínu garance funkční.⁵¹ Její podstata spočívá v akcentování skutečné životní situace namísto formálního zdroje, jenž povinnost zakládá, a tak německý právní řád kriminalizuje omisivní chování např. ve vztazích mezi druhy, sourozenci, švagry či snoubenci,⁵² existují-li mezi jejich subjekty funkční vazby. Měl-li by se pachatel dopustit omisivního trestného činu na základě právě takto založené povinnosti jednat, pro nějž by SRN žádala jeho předání z ČR pod rouškou dvaatřicítky, vzhledem k ustanovení § 112 trestního zákoníku *in fine* by patrně nemusel vzniknout z hledisek výše identifikovaných problémů s tím, že by ČR takové jednání nepovažovala za trestné.

Přístup jiných členských států k omisivním trestným činům je ovšem zdrženlivější – ve Francii musí trestnost opomenutí zakládat přímo skutková podstata ve zvláštní části,⁵³ v Polsku se stále vyžaduje zvláštní *právní* povinnost zabránit následku,⁵⁴ ve Španělsku zrovna tak, přičemž jejím zdrojem může být zákon, smlouva a vytvoření nebezpečí zájmu, chráněného zákonem,⁵⁵ za příklad čehož bývá udávána např. společná vysokohorská túra za nebezpečných podmínek, zakládající povinnost vzájemného zabránění újmy

⁵⁰ GÓMEZ-JARA DIÉZ, C. – CHIESA, L. E. Spain. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 508 an.

⁵¹ ŘÍHA, J. Postavení garanta u nepravých omisivních deliktů (1. část). *Trestněprávní revue*. 2003, roč. 12, č. 8, s. 228.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ ELLIOT, C. France. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 215 an.

⁵⁴ Čl. 2 polského trestního zákoníku. Dostupné z: <<http://isap.sejm.gov.pl/Download.jsessionid=A83B5F0F121DAC678C9B3D3B508A7069?id=WDU19970880553&type=3>>. V souvislosti se zákonným vymezením se jeví zajímavým § 13 odst. 1 německého trestního zákoníku, vymezující trestnost omisivních jednání, neboť tento rovněž vyžaduje *právní odpovědnost* pachatele zabránit následku – legislativním zakotvením se tak SRN nikterak nevymyká, což ovšem vyvolává otázky ohledně naplnění požadavku zákonitosti, jestliže je trestnost v těchto případech rozšiřována i na případy, kdy odpovědnost z pohledu práva je minimálně diskutabilní (snoubenci, švagři).

⁵⁵ Čl. 11 španělského trestního zákoníku. Dostupné z: <http://www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf>.

každého účastníka, neboť tito svou účastí a společnou realizací tury nebezpečí jeden pro druhého vytvořili.⁵⁶

Kromě očividného problému, že určité omisivní jednání tak může být v jednom státě trestné a v jiném nikoliv, otevírá se zde ještě problém druhý, méně nápadný. Mezi naukami trestního práva členských států zejí rozdíly, a to co do úrovně i progresu (a právě německá právní věda patří v Evropě k nejpreciznějším a nejpropracovanějším), přičemž si dovoluujeme tvrdit, že tento „trend“ platí za posledních 200 let moderní právní vědy celkem konstantně. Lze tak předpokládat, že i do budoucna nebude úroveň poznatků členských států sjednocena, a je tak možné (nerceme-li, že pravděpodobné), že s nerovnoměrným vývojem právní vědy bude v budoucnu docházet i k nerovnoměrnému rozšiřování či zužování trestnosti (bude-li tato otázka nadále v gesci především členských států) ve specifických situacích, čehož lapidárním příkladem může být právě zmíněný přístup k omisivnímu jednání. Rovněž je třeba vzít v úvahu, že obecné otázky základů trestní odpovědnosti, staré jako lidstvo samo, nabízí širokou plejádu přístupů ke svým odpovědím. Jen sbližování právních řádů členských států obecně nemusí proto vést nutně v budoucnu ke konvergentnímu přístupu právních vědců při řešení určitého problému.

3.3 Trestnost přípravy

Rovněž v otázce vymezení trestnosti vývojových stadií trestného činu nalezneme v právních rádech členských států rozdíly. Přípravu kriminalizují většinou státy postsocialistické – např. ČR,⁵⁷ Polsko,⁵⁸ Slovensko,⁵⁹ Maďarsko,⁶⁰ Litva,⁶¹ Lotyšsko.⁶² Naproti tomu většina ostatních členských států (např. Francie, Německo, Španělsko, Estonsko, Norsko) shledává z vývojových stadií trestným teprve pokus (většinou s výjimkou přípravy v rámci úcastenství, jako je např. návod k trestnému činu či v rámci spolčení, eventuálně je-li příprava ke konkrétnímu trestnému činu kriminalizována coby čin předčasně dokonaný zvláštní „svou vlastní“ podstatou ve zvláštní části). Tím vzniká mezi členskými státy zřejmá disparita, která se může poměrně závažně projevit v postavení konkrétního pachatele, a to v případech ne pouze akademických. Jednou z rubrik dvaatřicítky je kupř. ozbrojená loupež, která nám může dobře posloužit jako příklad, materializujeme-li si ji do podmínek klasické loupeže bankovní.

Trestný čin loupeže v těchto podmínkách prochází fází přípravy zcela pravidelně, neboť zosnovat takový počín do všech podrobností je časově i intelektuálně jistě podstatně náročnější, než jeho následná faktická realizace. Typické přípravné jednání – „tipování si“ správné pobočky, zjišťování harmonogramů časových zámek, fyzického

⁵⁶ GÓMEZ-JARA DIÉZ, C. – CHIESA, L. E. Spain. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 499.

⁵⁷ § 20 TZ.

⁵⁸ Čl. 16 polského trestního zákoníku.

⁵⁹ § 13 slovenského trestního zákoníku. Dostupný z: <<http://www.zakonypreludi.sk/zz/2005-300>>.

⁶⁰ § 11 nového maďarského trestního zákoníku. Dostupné z: <http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1200100.TV>.

⁶¹ § 15 odst. 3 lotyšského trestního zákoníku. Dostupné z: <<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>>.

⁶² Čl. 21 litevského trestního zákoníku. Dostupné z: <http://www.infolex.lt/Portal/start_ta.asp?act=doc&fr=pop&doc=66150>.

ukládání hotovosti a pohybu stráží, shánění plánů banky, výroba nástrojů (respektive v dnešní době již spíše přístrojů) k překonání zámků atd. – státy z druhé skupiny za trestné vůbec nepovažují (nedojde-li při něm ke spáchání jiného trestného činu, v angloamerickém právu typicky ke spiknutí za účelem spáchání trestného činu), přesto by dle RR EZR měly dopustit předání pachatele a vystavit jej tak trestnímu postihu ve vystavujícím členském státu.

3.4 Policejní provokace jako okolnost vylučující protiprávnost

Mezi členskými státy se liší i jejich přístup k náhledu na provokaci jakožto okolnost, vylučující protiprávnost (eventuálně vylučující trestnost). Máme tím na mysli případy provokace trestné činnosti orgány veřejné moci, např. v rámci dlouhodobě sledovaných organizovaných zločineckých skupin – provokace obchodu s narkotiky, zbraněmi, kradebními vozy atd. Jedná se o otázku, většinou neřešenou na úrovni pozitivněprávní úpravy, ale ponechanou v péči rozhodovací praxe a akademických autorit. To je očividně řešení, přející rozdílným řešením na úrovni jednotlivých členských států, neboť je-li něco ponecháno na rozhodovací praxi, harmonizační či dokonce unifikační snahy do těchto oblastí většinou nezasáhnou.

Ve Francii proto policejní provokace není okolností, vylučující protiprávnost,⁶³ ve Španělsku za určitých okolností může policejní provokace způsobit, že pachatel nebude trestný, a to tehdy, prokáže-li, že by býval určitý čin nespáchal, pokud by bývali nevstoupili do hry policejní provokatéři,⁶⁴ v domácí provenienci policejní provokace vylučuje materiální stránku trestného činu, a tedy i trestnost,⁶⁵ v Německu obdobný případ vedl ke konstatování, že proces proti dotyčnému pachateli byl nespravedlivý⁶⁶ a vedl ke snížení trestu,⁶⁷ nicméně na vině pachatele toto ničeho neměnilo. I zde tedy může identické jednání vést k diametrálně odlišným závěrům o vině pachatele.

3.5 Anglické trestní právo⁶⁸

V dosavadních výkladech jsme dosud ani jednou nezmnínili Velkou Británii, ač je nabíledni, že britský přístup k mnoha koncepčním otázkám trestního práva bude vykazovat jistě ještě mnohem více specifik, než přístupy dosud zmíněných států. Učinili jsme tak zcela záměrně. Nejde o to, že Spojené království využívá svého opčního práva vyvázat se

⁶³ ELLIOT, C. France. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 227.

⁶⁴ GÓMEZ-JARA DIÉZ, C. – CHIESA, L. E. Spain. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 515.

⁶⁵ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 305 an.

⁶⁶ BGHst 45, 321 (rozhodnutí Zemského soudu v Mnichově ze dne 18. listopadu 1999, sp. zn. 1 StR 221/99): „Pokud je nic netušící jedinec, který zprvu není k trestnému činu svolný, k němu sváděn konfidentem, vedeným úředními orgány, a toto povede k trestnímu stíhání, spočívá v takovém postupu porušení zásady spravedlivého procesu dle čl. 6 odst. 1 věta první ÚOLPZS. Toto porušení bylo v rozsudku zjištěno. Při trestu odnětí svobody bude třeba jeho právní následky kompenzovat. Rozsah kompenzace za toto jednání v rozporu s Úmluvou zůstává k samostatnému vyjádření.“

⁶⁷ WEIGEND, T. Germany. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 275.

⁶⁸ Tímto pojmem nezahrnujeme autonomní právní řády Skotska a Severního Irska, které jsou do značné míry na britském, respektive anglickém právu nezávislé.

ze závazků spolupráce v trestních věcech,⁶⁹ neboť tento „*opt-out*“ musí být proveden *en bloc*, avšak politická reprezentace Spojeného království vyjádřila vůli znovu některé nástroje, mezi něž EZR patří,⁷⁰ přijmout znovu do svého práva.

Britský přístup k právu obecně, a tedy i k právu trestnímu, je přes sblížování a vzájemnou korelaci s kontinentální právní rodinou v posledních desetiletích dosud natolik rozdílný, že si nemůžeme činit ambice provést v tomto článku být jen orientační srovnání. Dáváme však čtenáři ke zvážení, ke kolika disparátním závěrům o trestnosti určitého činu mohou přinést anglické doktríny *strict liability* („přísné odpovědnosti“), kdy se zásadně nezohledňuje subjektivní stránka trestného činu, či *constructive liability* („akcesorické odpovědnosti“), kdy spáchání určitého trvajících činu umožňuje konstatovat vinu za trestný čin, který se v důsledku tohoto trestného činu zrodí bez ohledu na zavinění.⁷¹ Rovněž problematickou se jeví koncepce „*take your victim as it is*“, v jejímž důsledku se přičítají pachatelů následky i tehdy, jsou-li vyvolány specifickými okolnostmi konkrétní oběti, ačkoliv nejsou nebo ani nemohou být zahrnuty zaviněním (být ve formě nevědomé nedbalosti), což zřejmě odporuje domácímu řešení, vtělenému do ustanovení § 17 trestního zákoníku.

Příkladem *strict liability* mohou být některé trestné činy proti mladistvým v sexuální oblasti, které by eventuálně mohly spadnout do kategorie „pohlavního vykořisťování dětí a dětské pornografie“. Odhlédneme-li od vůbec obecně zajímavé otázky různých věkových hranic pro pohlavní styk v trestních právech evropských států, kdy např. v porovnání s domácí hranicí 15ti let právě Velká Británie kriminalizuje pohlavní styk s osobou mladší 16ti let, pak irelevance subjektivní stránky pachatele v těchto případech kontinentálnímu pojetí vůbec nevyhovuje. A. Ashworth⁷² dokládá rigorosnost anglického práva v tomto ohledu na případu R. v. G. z roku 2008. Na jeho konci stál pachatel, odsouzený pro pohlavní styk s dvanáctiletou dívkou, která mu předtím sdělila, že je jí šestnáct let a s pohlavním stykem souhlasila. Jelikož v anglickém trestním právu nekoresponduje hranice „legálního“ pohlavního styku s hranicí trestní odpovědnosti, k odsouzení došlo přesto, že pachatelem byl patnáctiletý chlapec (tj. sám ještě tímto trestným činem chráněný).

Že dle českého práva by v případě, že by se prokázal jeho skutkový omyl co do věku onoho děvčete, pachatel nebyl trestně odpovědný, opět jen dokladuje, že rozdílné systémy trestního práva evropských států přinášejí nutně i rozdílné odpovědi na základní otázky trestnosti v rozmanitých případech, které přináší praxe.

⁶⁹ PEERS, S. *The UK opt in to pre-Lisbon criminal law*. European Area of Freedom Security and Justice News. In: Free Group. [online] 15. 7. 2014. [16. 10. 2014]. Dostupné z: <<http://free-group.eu/2014/07/15/steve-peers-the-uk-opt-in-to-pre-lisbon-eu-criminal-law/>>.

⁷⁰ Viz např. MAY, T. *The Home Secretary has confirmed the UK will opt out of EU policing and criminal justice measures and seek to rejoin those that keep the UK safe*. In: GOV.UK [online] 9. 7. 2013 [16. 10. 2014]. Dostupné z: <<https://www.gov.uk/government/news/uk-to-opt-out-of-eu-crime-and-justice-measures>>.

⁷¹ Ač usmrčení z nedbalosti patrně pod dvaatřicetku nespadá, uvádíme alespoň pro ilustraci jeden z nejznámějších případů britské kazuistiky, *Regina v. Hayward*, kdy manžel měl vyhrožovat své manželce, která před ním ve strachu utíkala, majíc obavu o svůj život a jelikož trpěla naneštěstí určitou chorobou, kombinace stresu a fyzické námahy u ní vedla k smrti. Její muž o této její chorobě neměl nejmenší tušení, přesto byl odsouzen za neúmyslné zabití (*involuntary manslaughter*) právě dle doktríny akcesorické odpovědnosti – nejprve vyvolal pokračující trestný čin (asi odpovídající našemu nebezpečnému vyhrožování), z něhož pak vzešlo právě neúmyslné zabití, ač toto v našem pojetí vůbec nebylo pokryto zaviněním.

⁷² ASHWORTH, A. *The United Kingdom*. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 550 an.

3.6 Hranice škod

Jelikož jsou součástí dvaatřicítky i některé klasické majetkové trestné činy (podvod, praní špinavých peněz) a jelikož je v kontinentální Evropě zcela běžné spojovat trestnost takových činů s určitou majetkovou hranicí, vkrádá se otázka, do jaké míry si tyto majetkové hranice jednotlivých členských států odpovídají. V našem trestním zákoníku se pro základní skutkovou podstatu podvodu dle ustanovení § 209 odst. 1 trestního zákoníku vyžaduje způsobení škody nikoliv nepatrné, tedy dle ustanovení § 138 odst. 1 trestního zákoníku odpovídající 5.000,- Kč (tedy cca 200,- eur).

Dle španělského trestního zákoníku se k základní skutkové podstatě trestného činu podvodu⁷³ vyžaduje, aby předmětem podvodného jednání byla částka alespoň 400,- euro,⁷⁴ tedy v přepočtu cca 10.312,- Kč. Jedná se přitom o španělským trestním zákoníkem častěji využívanou hranici,⁷⁵ jež dělí trestné činy od toliko správních deliktů.⁷⁶

Konstrukce trestného činu podvodu v německém trestním zákoníku (*Betrug* dle ustanovení § 263 *Strafgesetzbuch*) se od uvedených případů odlišuje. Dle německého trestního práva je podvod trestný bez ohledu na výši škody či prospěchu. Toliko ustanovení § 262 odst. 4 SGB vztahuje na trestný čin podvodu i ustanovení §§ 243 odst. 2, 247, 248a SGB, které se týkají těch případů krádeže a zpronevěry, které je možno stíhat pouze na návrh poškozeného. Tyto zvláštní případy pokrývají jednak situace, kdy jsou řečené trestné činy spáchány mezi příbuznými, jednak situace, kdy je předmětem útoku věc nižší hodnoty (*geringwertig*). Ta je v současnosti vyjádřena částkou 50,- eur.⁷⁷ *Stricto sensu* je toto však pouze procesní konotace, což implikuje, že na otázku trestnosti (a tedy i ve vztahu k posuzování oboustranné trestnosti pro účely mezinárodní justiční spolupráce) nemá vliv, neboť fakt, že takové jednání lze stíhat pouze na návrh, na jeho trestnosti ničeho neubírá.

Na první pohled je podobná i konstrukce trestného činu podvodu dle ustanovení čl. 286 polského trestního zákoníku. I zde zcela chybí jakákoliv majetková hranice, toliko odst. 3 tohoto článku představuje mírněji trestnou variantu tohoto trestného činu pro případ menší závažnosti.⁷⁸ Již zde se ovšem objevují indikátory zásadní rozdílnosti. Definice menší závažnosti připadá totiž na rozhodovací praxi a teorii, která ovšem nedospěla k závěru, že tuto by bylo možno spojit s určitou konkrétní výší majetkové hodnoty. Dle judikatury jsou totiž kritéria „nižší závažnosti“ mnohem komplexnější, poměrně obecná a vztahující se nejen k objektivní stránce, ale i ke stránce subjektivní. Jde např. o druh zasaženého objektu, způsob spáchání a chování pachatele, prostředky, užití při činu, povaha a rozsah hrozící či způsobené újmy, pocit ztráty na straně poškozeného, čas, místo a další okolnosti spáchání; míra zavinění, premeditace, promyšlenost přípravy, pohnutka, vliv jiné osoby atd.⁷⁹

⁷³ *La estafa* dle čl. 248 odst. 1 španělského trestního zákoníku.

⁷⁴ Čl. 249 španělského trestního zákoníku.

⁷⁵ Např. i u trestného činu krádeže – čl. 234, neoprávněného odnětí detence – čl. 236, neoprávněného užití cizího motorového vozidla – čl. 244 odst. 1, krádeže energií a signálů – čl. 255 odst. 1 španělského trestního zákoníku aj.

⁷⁶ GÓMEZ-JARA DIÉZ, C. – CHIESA, L. E. Spain. In: J. Heller – M. Dubber. *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford: Stanford University Press, 2011, s. 520.

⁷⁷ Rozhodnutí Vrchního zemského soudu v Hamm ze dne 28. července 2003, sp. zn. 2 Ss 427/03.

⁷⁸ Pokuta, omezení svobody či odnětí svobody do 2 let oproti odnětí svobody na 6 měsíců až 8 let u základní skutkové podstaty.

Uvedené nás nepřekvapí, vezmeme-li v úvahu, že polský trestní zákoník staví na formálně-materiálním pojetí trestného činu,⁸⁰ a vyjádřená kritéria z hlediska kvalifikačního (tj. ve vztahu k otázce viny) jsou vlastně kritérii škodlivosti činu pro společnost. Nebudou mít proto vliv pouze na kvalifikaci jakožto základní skutkovou podstatu dle čl. 286 odst. 1 polského trestního zákoníku či privilegovanou skutkovou podstatu dle čl. 286 odst. 3 polského trestního zákoníku, ale i na posouzení, zda vůbec určitý čin je či není trestný. Kritéria společenské škodlivosti normují ustanovení čl. 11 odst. 1,⁸¹ z nichž je patrné, že se v zásadě s uvedenými kvalifikačními kritérii „nižší závažnosti“ překrývají. Trestnost či beztrestnost tak v konkrétním případě bude záviset na pestřejším rozptylu podmínek, než je dosažení či nedosažení určité majetkové hranice.

Nemůžeme si zde přitom pomoci ani negativním vymezením trestného činu podvodu jakožto činu, který je závažnější, než jemu odpovídající správní delikt, neboť v polském právním řádu k trestnému činu podvodu „párový“ přestupek neexistuje – v polském správním právu existují toliko jednotlivé, ovšem v porovnání s trestným činem podvodu mnohem úžeji konstruované přestupky, z nichž nejjobecnějším je přestupek dle ustanovení § 121 odst. 1 a 2 zákoníku přestupků, postihující některá jednání „neplaticího návštěvníka“, tedy podvodného vyloučení pokrmů, nápojů, vstupů na společenské, kulturní či sportovní akce nebo jízdy v dopravním prostředku. Zde je třeba uvést, že přestupek dle ustanovení § 119 odst. 1 zákoníku přestupků jako „párový“ přestupek vůči dalšímu typickému obecnému majetkovému trestnému činu – krádeži hranici trestnosti hodnotou věci rýsuje, a to výší 250 zlotých. Je tak zřejmé, že polský zákonodárce postupoval v případě podvodu zcela úmyslně odlišně a že se při posuzování jeho trestnosti rozboru konkrétních okolností případu jakožto zcela esenciálních určovateli trestnosti nevyhne, a tedy v porovnání s výše uvedenými přístupy jiných evropských států k rozdílným závěrům trestnosti v konkrétních případech nutně musí docházet.

Předvedli jsme u trestného činu podvodu přístupy čtyř evropských států k jednomu z příslušníků „zlatého fondu“ trestných činů, který s velkou mírou pravděpodobnosti nalezneme skoro v každém systému trestního práva na světě. Přesto vymezení tohoto trestného činu ve všech čtyřech zkoumaných státech není stoprocentně kompatibilní. Nadto se zde otevírá úvaha, zda je vůbec možno hledat stoprocentní kompatibilitu v systémech trestního práva Evropy, jestliže zde nalézáme vedle států s formálním pojetím trestného činu i státy s pojetím formálně-materiálním, kdy tato diferenciací přístupů k základní otázce trestní odpovědnosti nutně vnáší do samotných jejích základů i zcela rozdílně pojaté podmiňovatele trestnosti.

Dalším problémem, který v souvislosti s trestným činem, respektive v pojetí RR EZR kriminologickou kategorií podvodu vyvstal, je zajištění předpokladu, že dvaatřicátka představuje mimořádně závažnou trestnou činnost s přeshraničním prvkem, neboť

⁷⁹ Rozhodnutí NS Polské republiky ze dne 9. října 1996, sp. zn. V KKN 79/96 – ačkoliv se rozhodnutí týkalo ještě trestního zákoníku z r. 1969, tyto závěry byly přebrány i pro nyní účinný trestní zákoník – viz např. rozhodnutí odvolacího soudu v Gdaňsku ze dne 11. prosince 2002, sp. zn. II AKa 428/02.

⁸⁰ Čl. 1 odst. 2 polského trestního zákoníku: „*Nejedná se o trestný čin, jestliže jeho společenská škodlivost je zanedbatelná.*“

⁸¹ „*Při posouzení stupně společenské škodlivosti činu bere soud v úvahu druh i povahu narušeného statku, rozměry způsobené či hrozící škody, způsob i okolnosti spáchání činu, význam povinností porušených pachatelem, jakož i záměr, pohnutku pachatele, druh porušených pravidel obezřetnosti i stupeň jejich narušení.*“

umožňují-li některé státy kvalifikovat jako podvod čin, v jehož důsledku se pachatel obohatil o zcela bagatelní částku, není tento předpoklad strukturálně RR EZR zajištěn. Praktický dopad tohoto závěru je ovšem limitován, neboť v takových případech lze předpokládat, že pachatel bude ohrožen sazbou nedosahující tří let, která se pro aplikaci EZR požaduje.

3.7 Nástin dalších možných problematických otázek

Závěrem této komparatistické části bychom chtěli vznést otázku, do jaké míry si mohou důvěřovat členské státy, v nichž existují již na první pohled eklatantní rozdíly v některých aspektech trestní politiky. Za tyto příklady považujeme např. potraty v Irsku nebo Polsku či otázku euthanasie v zemích Beneluxu, úpravu nakládání s marihuanou v Nizozemí, rozdíly v přísnosti úpravy držení zbraní a obchodování s nimi atd.

V modelové situaci státní příslušník ČR, lékař, provede v souladu s českým právním řádem *de lege artis* způsobem potrat v Irsku irské státní příslušnici, ačkoliv nebyly splněny okolnosti, v nichž Irsko provedení potratu umožňuje.⁸² Následně bude v Irsku vydán EZR, a to pro trestný čin vraždy. Ačkoliv by v tomto případě irský soud patrně postupoval i v rozporu se svým vlastním právním řádem (neboť ten zná zvláštní trestný čin potratu), vražda v dvaatřicítce je koneckonců toliko kriminologickou kategorií, neodpovídá jednomu konkrétnímu činu, vymezitelnému určitými pevně danými znaky, a proto by pro ni mohl být při troše „dobré“ vůle stíhán; nadto český soud není oprávněn *sensu stricto* kontrolovat, zda jeho irský protějšek správně tento čin do dvaatřicítky zařadil,⁸³ nehledě k tomu, že otázka správnosti či nesprávnosti zařazení jednání našeho lékaře v tomto konkrétním případě bude tkvět toliko v názoru, který každá strana zastává na počátek lidského života či šíři pojmu „člověk“. Neumožnění českému soudu v takové situaci odepřít výkon EZR by vedlo k poměrně manifestnímu porušení výše nastíněného závazku státu zcela jasně vymezit vůči svému obyvatelstvu penzum jednání, ve vztahu k němuž mu hrozí riziko, že stát podnikne kroky, rezultující v jeho potenciální potrestání.

Ač se nám může zdát tento příklad poněkud přitažený za vlasy, tyto situace vyloučit nelze. Proto např. belgický zákon, provádějící RR EZR, výslovně stanoví,⁸⁴ že za vraždu ve smyslu jedné z kategorií dvaatřicítky nemohou být považovány případy euthanasie, jež je v Belgii za splnění přísných podmínek legální, ani interrupcí, jak na to upozorňuje Bapuly.⁸⁵

Na tomto místě nutno připomenout, že na otázce počátku lidského života neexistuje napříč evropskými státy (a ani v celosvětovém měřítku) uspokojivá shoda, přičemž v proslulém případě *Vo v. Francie* i Evropský soud pro lidská práva dospěl k závěru, že jeho určení by mělo podléhat *doktríně margin of appreciation*, tedy že by mělo být ponecháno jednotlivým smluvním stranám Úmluvy na ochranu lidských práv a základních svobod

⁸² Tj. vyžaduje-li to zdravotní stav těhotné ženy, ať již z důvodů tělesných či duševních.

⁸³ ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní řád III*. § 315 – 471. 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 4208; máme za to, že zde uvedený závěr komentářové literatury se uplatní i po účinnosti nového zákona č. 104/2013 Sb., o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních, neboť základ této úpravy spočívá stále v RR a ač nová úprava EZR přinesla některé kontroverzní změny, této otázky se nedotkly.

⁸⁴ Čl. 4 odst. 4 belgického *Loi relative au mandat d'arrêt européen* ze dne 19. prosince 2003.

⁸⁵ BAPULY, B. The European Arrest Warrant under Constitutional Attack. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*. 2009, Vol. 3, No. 1, s. 12.

na zvážení. Jakkoliv představuje smluvní systém států Rady Evropy systém odlišný od unijního práva, a tedy jeho výsledky a závěry nejsou bez dalšího „přesaditelné“ i do unijního prostředí, poukazujeme zde na *ratio* tohoto rozsudku, které vycházelo právě z nedostatečné míry shody napříč Evropou na zodpovězení této otázky.

Jistě by bylo možno identifikovat podstatně větší množství zásadních koncepčních otázek jak obecné, tak zvláštní části trestního práva, které evropské státy řeší s rozdílnými výsledky co do otázky viny. Např. v návrhu, na jehož základě Ústavní soud České republiky přezkoumával ústavní konformitu příslušných ustanovení trestního řádu, provádějících RR EZR, navrhovatelé mimo jiné brojili i proti tomu, že: „*Některá jednání uvedená v § 412 odst. 2 tr. řádu nemají obdobu v českém právním řádu, např. zhářství uvedené pod písmenem cc) zmíněného ustanovení. U obchodu s odcizenými vozidly podle § 412 odst. 2 písm. aa) tr. řádu údajně může v některých státech EU přicházet v úvahu zavínění ve formě nedbalosti a úplnou vědomost o nich by si mohli občané zjistit jen detailním studiem cizích trestních předpisů.*“⁸⁶ Podrobnější informace k těmto výhradám navrhovatelů se bohužel do narace předmětného plenárního nálezu nepromítly, přesto by nepochybně mohly představovat další zajímavý materiál pro srovnání z hlediska souladnosti přístupů jednotlivých členských států co do otázky trestnosti určitých jednání. Všechny shora nastíněné příklady však považujeme pro ilustraci naší výhrady za dostačující.

4. SHRUTÍ DOSAVADNÍCH ÚVAH

Přehled situací, problematizujících nepřezkoumávání oboustranné trestnosti, jež jsme podali v předcházející části, jistě není vyčerpávající. Zevrubnějším zkoumáním by nepochybně bylo dosaženo mnohých dalších příkladů rozdílné trestnosti určitých činů.⁸⁷

U zrodu dvaatřicítky stála patrně úvaha, že tato ve své podstatě obsahuje kategorie, které buď byly někdy na úrovni EU či dříve ES harmonizovány (terorismus, zločinné spolčení, praní špinavých peněz), nebo které představují „zlatý fond“ trestných činů, tedy stojí na předpokladu, že ohledně těchto kategorií nevzniknou žádné hlubší problémy v otázce oboustranné trestnosti a výhody, které zjednodušení právní pomoci mezi členskými státy přinese, se v kontrastu s tím jevíly jako mnohonásobně převyšující.

Domníváme se, že tento nepochybně dobrý úmysl je jedním z těch, jímž se zaštiťoval pomyslný dlužník při své práci na vstupní dvoraně pekelné, neboť tento úmysl byl pojat bez toho, aby byly zhodnoceny všechny relevantní skutečnosti, které na jeho realizaci mohou mít vliv. Harmonizační snahy, předcházející přijetí RR EZR, totiž cílily primárně na zvláštní část trestního práva, ale obecná část, která má pro otázku trestnosti určitých jednání stejnou důležitost, jako její zvláštní protějšek, zůstala opomenuta. Stejně tak nebyla popřána pozornost úvaze, že „zlatý fond“ trestných činů je proto „zlatým fondem“, že obsahuje samé tradiční a dlouhodobě normované trestné činy, v nichž právě působení těchto dvou atributů vedlo k pestrosti různých originálních způsobů jejich

⁸⁶ Narace plenárního nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 3. května 2006, č. j. Pl. ÚS 66/04.

⁸⁷ Bapuly např. koncisně zmiňuje rozdílnosti v posuzování určitého jednání jakožto znásilnění v různých členských státech – viz BAPULY, B. The European Arrest Warrant under Constitutional Attack. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*. 2009, Vol. 3, No. 1, poznámka pod čarou č. 38.

trestněprávního uchopení. Z obou těchto důvodů pak tanou případy, kdy se systémy trestních práv členských států v konkrétních případech na otázce trestnosti rozcházejí.

5. PROTI POTENCIÁLNÍM VÝHRADÁM

Uvědomujeme si, že naše pozice, zastávaná v tomto článku, by se mohla zdát z určitého úhlu pohledu jako poněkud extrémní. Ujišťujeme laskavého čtenáře, že jak jsme uvedli na začátku našeho textu, naším cílem nebylo prokázat, že by systém předávání na základě RR EZR byl absolutně disfunkční, krutý či nespravedlivý. Naše výhrady směřují jen a pouze do oblasti vyloučení přezkumu oboustranné trestnosti – ačkoliv prakticky v aplikační rovině nemusí vznikat problém s fakticitou oboustranné trestnosti činů, pro něž jsou dotčené osoby předávány, celý tento systém je postaven na koncepčně pokulhávajících základech. Žádný právní nástroj nemůže z povahy právní regulace jakožto regulace obecné a abstraktní mít ambici zcela vyloučit selhání v individuálních, zcela specifických a v době tvorby nepředvídatelných okolnostech. Naopak by ovšem měl mít ambici vyloučit selhání systémová. Dle našeho názoru je RR EZR vystavěno na koncepčně pokulhávajících základech a systémová selhání ve shora příkladmo uvedených případech vyloučena naopak vůbec nejsou. Opodstatněnost našich obav je podpořena snahou Evropského parlamentu o reformu legislativního uchopení EZR, kterou usiloval o zajištění jednotnosti postupů při jeho vydávání na úrovni jednotlivých členských států a zaručení standardu ochrany práv osob v trestním řízení. Závažnost nedostatků a mezer rámcového rozhodnutí přiměla Evropský parlament vyzvat Komisi nejen k zajištění řádné implementace v jednotlivých členských státech, nýbrž k nutnému zásahu do samotného textu rámcového rozhodnutí.

5.1 Možnost odpírání výkonu EZR bez opory v RR EZR

Vůči naší skepsi ohledně opuštění zásady oboustranné trestnosti lze nepochybně vznést legitimní výhradu, že členské státy si mohou vytvořit na RR EZR nezávislé mechanismy, kterými by systémově nespravedlivým řešením předáním pro oboustranně netrestné činy mohly předejít. Dle našeho závěru je tato možnost jistě zcela reálná, nicméně nelze ji akceptovat jako dostatečné řešení, neboť je rovněž koncepčně zcela nesprávná. Nalézá se totiž v rozporu se zásadou přednosti unijního práva, neboť RR EZR neumožňuje odepření výkonu z jiných důvodů než z těch, jež taxativně uvádí ve svém textu (viz dále). Každá tato možnost by proto stála v rozporu se samotným účelem RR EZR.

Ranější judikatura Soudního dvora trvala na nemožnosti odepření výkonu EZR mimo obligatorní či fakultativní důvody,⁸⁸ uvedené výslovně v RR EZR. Neboť členské státy reagovaly často „neposlušností“ a zaváděním některých důvodů, které RR EZR vůbec neobsahuje,⁸⁹ případně si alespoň jejich ústavní soudy ponechaly „otevřená vrátka“

⁸⁸ Rozsudek Soudního dvora ze dne 1. prosince 2008. *Leymann and Pustovarov*. Věc C-388/08, dále rozsudek Soudního dvora ze dne 6. října 2009. *Dominic Wolzenburg*. Věc C-123/08, stanovisko generální advokátky Eleanor V. E. Sharpston k rozsudku Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 29. ledna 2013. *Ciprian Vasile Radu*. Věc C-396/11.

⁸⁹ Pro příklad ostatně nemusíme chodit daleko, stačí srovnat katalog důvodů odepření dle RR EZR s ustanovením § 205 odst. 2 ZMJSVT, které v plném rozsahu s důvody odepření dle RR EZR nekoresponduje. Zákodárce

k potenciálnímu budoucímu odepření poslušnosti RR EZR,⁹⁰ zcela logicky se tak nabízí protiargument k naší filipice, tedy že členské státy mají možnost zabránit negativním důsledkům případné disparity mezi hmotněprávními řešeními na úrovni svých vnitrostátních úprav či alespoň na úrovni ústavních soudnictví (eventuálně obdobných systémů ochrany základních práv). Toto je nepochybně pravdou a bylo by jediné dobře, kdyby členské státy tímto způsobem „odstúpily“ z hlediska oboustranné trestnosti problematické *causy* a systém vzájemného předávání by tak fungoval bez generování systémových nespravedlností.

Takové řešení je ovšem řešením na úrovni práva jednotlivých členských států, a tedy nemá oporu v sekundárním právu EU, natož v samotném RR EZR. Přitom, jak bylo poznamenáno výše, právo EU neposkytuje možnost členským státům odepření výkonu z jiných důvodů, než uvedených v RR EZR. S ohledem na závěr Soudního dvora ve spojených věcech C-187/01 a C-385/01 (Gözütok a Brügger, viz výše) se naopak principiálně unijní právo staví za názor, že členské státy mají povinnost akceptovat odlišnou právní úpravu jiného členského státu, byť tato dospěje k odlišnému řešení. Řešení, které by spočívalo v zakotvení legislativních rozšiřujících odchylek v katalogu důvodů k odepření výkonu EZR, tak nelze přijmout jako dostačující, neboť se jedná o řešení, které odporuje primátu unijního práva.

Řešení, v němž by „filtrování“ nikoliv oboustranně trestných *caus* spočívalo na aktivitě ústavních soudů členských států (či obdobných tělesech), rovněž nelze jako dostatečné akceptovat, a to z obdobných důvodů, neboť unijní právo si nárokuje přednost nejen před právem podústavním členských států, ale i před jejich ústavními pořádky.⁹¹

Je tedy nutno hledat takové prostředky, které by byly souladné s koncepcí unijního práva jakožto autonomního systému a jeho zásadnímu primátu před vnitrostátními právními řády jednotlivých členských států. Tyto prostředky by tedy měly být zakotveny přímo v unijním právu. Intuitivně se zde jako možné východisko nabízí Listina základních práv Evropské unie (dále jen „LZPEU“),⁹² zejména její články 47–49. Máme za to, že právě v LZPEU by mohlo spočívat potenciální řešení nastíněného problému. Je ovšem otázkou, jak se Soudní dvůr k výkladu těchto článků v souvislosti s upuštěním od zása-

některé důvody pro odepření opřel o body Preambule textu RR EZR a opomněl vzít v úvahu judikaturu Soudního dvora, která jasně hovoří o vyčerpávajícím výčtu důvodů v normativním textu rámcového rozhodnutí, který nesmí být na úrovni členských států jakkoli rozšiřován, a to ani pomocí extenzivního výkladu textu RR (viz judikatura uvedená v poznámce pod čarou č. 93).

⁹⁰ Srov. k tomu přístup Spolkového ústavního soudu, ale i Ústavního soudu ČR – viz odst. 88–90 nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 3. května 2006, sp. zn. Pl. ÚS 66/04. Tento postoj Ústavního soudu ČR otevřel prostor i pro zavedení ustanovení § 205 odst. 2 písm. l) a m) ZMJSVT, která představují rozšíření důvodů nejen bez výslovného uvedení v RR EZR, ale která dokonce mají otevřené za účel umožnit zmíněnou „záchrannou brzdu“, byť toto je přesně proti uvedené judikatuře Soudního dvora a účelu RR EZR. Komentářová literatura kromě toho uvádí, že i v případě rozhodování o předání na základě EZR se může uplatnit obecný důvod odepření výkonu mezinárodní justiční spolupráce v podstatě pro rozpor s *ordre public* – k tomu srov. POLÁK, P. In: P. Polák – M. Kubíček. *Zákon o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 653.

⁹¹ Např. rozsudek Soudního dvora ze dne 15. července 1964. *Costa v. E.N.E.L. Věc 6/64*. Ve vztahu k RR EZR tuto zásadu potvrdil Soudní dvůr ve svém rozhodnutí ze dne 15. června 2005. *Pupino. Věc C-105/03*.

⁹² Listina základních práv Evropské unie 2012/C 326/02, která je dle prohlášení A 1. ke Smlouvě o Evropské unii ve znění Lisabonské smlouvy právně závazná. Dostupné z: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2012/326/02&rid=1>>.

dy oboustranné trestnosti postaví. Opět je zde třeba akcentovat závěr ve věci *Gözütok a Brúgge*, že rozdílné výsledky aplikace vnitrostátního právního řádu nejsou v rozporu se zásadou vzájemné důvěry, jež legitimizuje upuštění od trvání na oboustranné trestnosti. Je zde tedy poměrně silný předpoklad, že Soudní dvůr, bude-li mu někdy takováto otázka předložena, nedospěje k závěru, že předání ze státu, v němž předmětný čin není trestným, může představovat porušení základních práv jednotlivce dle LZPEU. Takový závěr by byl protismyslný k pojetí vzájemné důvěry tak, jak ji Soudní dvůr chápe a vykládá.

Navíc by zde případný zásah do práv jednotlivce vyplýval z odlišnosti vnitrostátních úprav, a tedy je otázka, zda by vůbec tento zásah spadal pod ochranu LZPEU. Výklad, který by toto připouštěl, si samozřejmě lze představit, neboť tato rozdílnost by zde potenciálně zasahovala do práv jednotlivce zjevně v přímé souvislosti s aplikací unijního práva. Přesto nelze přehlédnout, že i zde se projevuje výše popsaná povaha EU jakožto „*Supervallian*“, jemuž schází bezprostřední závazek vůči jednotlivcům, neboť ti pomyslně uzavřeli společenskou smlouvu se svými státy, nikoliv se supranacionální entitou.

Dále nutno v souvislosti s ochranou, již poskytuje unijní právo (ať už přímo RR EZR či jiné akty sekundárního práva) předávané osobě zmínit, že tato ochrana je do značné míry nastavena pro případy zjevných extrémních porušení obecně uznávaných základních práv (diskriminace, perzekuce pro názor či politické přesvědčení atd.), nadto se vztahuje primárně k procesnímu standardu práv předávané osoby. Prakticky však vůbec neřeší, že podmínky trestní odpovědnosti členských států mohou prostě být odlišné. To je ostatně přirozeným důsledkem nastíněného eurokonformního výkladu zásady vzájemné důvěry.

5.2 Překonání teoretických koncepčních problémů spravedlivou aplikací

Jak jsme uvedli výše, naše výtky vůči EZR v tomto článku směřují k nedostatečnému koncepčnímu zabezpečení vzájemné důvěry členských států tím, že jejich národní systémy trestního práva nejsou dostatečně synchronizovány a i v dobré víře a v nejlepší souladu s přesvědčením o spravedlivém výsledku aplikace trestního práva mohou různé systémy vést k různým výsledkům. Proto, jak stojí výše, praktická stránka věci, tj. zda systém předávání v praxi funguje či nikoliv, není z našeho pohledu rozhodující. Přesto i praxe systému předávání naznačuje, že důvěra mezi členskými státy není v žádném případě bezvýhradná. V roce 2011 vypracovala Komise stručnou zprávu o implementaci RR EZR, jejíž součástí byly i zastřešující statistiky za roky 2005–2009. Z nich vyplynulo, že v tomto období bylo vykonáno v jednotlivých letech mezi 20 a 30 % všech vydaných EZR.⁹³

Jedním dechem nutno podotknout, že tato statistika nemá příliš velkou vypovídací hodnotu, neboť neodpovídá nic o složení důvodů pro nevykonání – tj., zda nebyla osoba vůbec vypátrána či zda soud rozhodl o odepření výkonu EZR. Nedopadení osoby přitom tvoří každoročně s převahou největší díl ve struktuře důvodů nepředání. Proto je potřeba

⁹³ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, s. 12. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/eaw_implementation_report_2011_en.pdf>.

srovnávat pouze ty statistické údaje, týkající se (ne)provedených předání v případech, kdy pachatel byl dopaden.

Jiné, méně přesné zdroje pak orientačně uvádí, že kupř. v roce 2009 bylo na základě cca 15.800 vydaných EZR dopadeno cca 6.150 osob, z nichž předáno bylo 5.580.⁹⁴ Mohlo by se tak zdát, že odepření k předání nastalo v tomto roce v cca „pouhých“ 10 % případů. K tomu je ovšem nutno zdůraznit, že cca 50 %⁹⁵ z předávaných osob se svým předáním souhlasilo, tj. lze předpokládat, že šlo o triviální případy, v nichž nenastal obecně a z hlediska oboustranné trestnosti zvláště žádný problém. Potud lze nepochybně považovat EZR za účinný a vhodný nástroj.⁹⁶

Odečteme-li ovšem tuto přibližně polovinu případů, zjistíme, že v případech předávacích řízení, v nichž s předáním nebyl vydán souhlas, byla neúspěšnost předání cca 17 %. Míra neúspěšnosti podle stejného klíče byla pak ve vztahu ke všem případům za roky 2010–2012 postupně cca (pro zaokrouhlenost dostupných dat) 16,7 %, 19,4 % a 23,2 %; ve vztahu k případům, ve kterých předávaná osoba s předáním nevyslovila souhlas, pak 28,8 %, 32,5 % a 37,7 %. Za rok 2013 a dále se nám nepodařilo dohledat celkové počty v rámci celé EU, nicméně alespoň přehledově uvádíme příklad Velké Británie, která má vůči EZR dlouhodobě četné výhrady, a která je tedy nepochybně určitým prubířským kamenem vzájemné důvěry. V roce 2013⁹⁷ Velká Británie odepřela výkon v cca 36,5 % případů celkově a můžeme-li si i zde dovolit presumovat cca 50% podíl bezproblémových předání se souhlasem (údaj o této skladbě v odkazované statistice chybí), z množiny případů, kdy předávaná osoba se svým předáním nesouhlasila, činil podíl odepřených předání cca 53,5 %.

Z jen orientačních čísel nelze činit jiné, než orientační závěry, nicméně i tyto orientační závěry nám umožňují udělat si určitou představu o celkové situaci. Máme proto za to, že ačkoliv jsou výše uvedené statistické výsledky nepochybně pouze hrubé a nadto ještě otevřené k interpretaci a hodnocení, i tak z těchto orientačních závěrů lze vyvodit následující: 1) odepření předání v netriviálních případech, v nichž předávaná osoba se svým předáním nesouhlasí, není marginálním jevem, neboť se týká v posledních letech v mediánu cca 1/3 případů; 2) počet odepření předání se s postupem času spíše zvyšuje, než aby se snižoval. Uvedená čísla samozřejmě nevypovídají nic o struktuře důvodů k odepření předání, dokumentují však dle našeho názoru, že vzájemná důvěra členských států není zcela samozřejmá. To jistě neznamená, že by mezi členskými státy vzájemná důvěra vůbec neexistovala. Její hloubka ovšem není taková, aby systém vzájemného předávání fungoval ve složitějších případech jako dobře namazaný stroj bez systémových vad, pouze s občasnými excesy, jimž nezabrání ani ta nejlepší regulace.

⁹⁴ Portál evropské e-Justice: Evropský zatýkací rozkaz. Dostupné z: <https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-cs.do?init=true>.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Pochopitelně i zde s výhradou, že ne vždy si musí být předávaná osoba vědoma, že je předávána, ačkoliv činu schází oboustranná trestnost, případně že tato osoba žádá o předání účelově např. za účelem dostat se pro případný výkon trestu do státu, v němž je vězeňství na dobré úrovni oproti státu, kde by jinak takové osobě výkon trestu hrozil. Pro zjednodušení ovšem operujeme s tím, že případy, v nichž předávána osoba se svým předáním souhlasí, jsou případy triviálními, v nichž nevznikají žádné větší problémy.

⁹⁷ Viz text dostupný z: <<http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/publications/european-arrest-warrant-statistics/historical-eaw-statistics/432-historical-european-arrest-warrants-statistics-calendar-and-financial-year-totals-2004-april-2014/file>>.

Kromě toho má nemožnost určit strukturu důvodů odepření ještě jeden rozměr. Tak, jako nelze zjistit, v jakém procentu případů byla příčinou odepření jiná odpověď na otázku viny, nelze stejně dobře zjistit ani to, v jakém množství případů příslušný soudce o předání rozhodl se „skřípáním zubů“ pouze kvůli své poslušnosti vůči sekundárnímu právu EU a při vědomí, že mantinely možností odepření RR EZR jednoznačně vymezuje a nechce-li se dotýčný zpronevěřit své funkci soudcovské, nesmí tyto překročit. Byť by se takový výsledek projevil jako další nadějná „čárka“ ve statistice úspěšně předaných osob, nedůvěra mezi členskými státy prostřednictvím subjektivního pocitu nedůvěry jejich soudců či jiných právníků by se tím pouze rozšiřovala, podemílajíc tiše a nenápadně důvěru již dosaženou tak, jako příslovečná tichá voda.

5.3 Reforma na úrovni unijního práva jako možné řešení problému

Že systém předávání na základě RR EZR možná funguje, ale přitom poněkud skřípe, si uvědomuje i Evropský parlament. Ve svém usnesení z loňského roku identifikoval celou řadu problémů v systému předávání, k jejichž odstranění vyzval Komisi.

Podle Evropského parlamentu fungování systému předávání v určitých případech selhává v důsledku jeho nejednotného provádění. Vykonavací orgány mají tendenci aplikovat EZR ve světle svých vnitrostátních zásad, které mají zajistit vyšší standard ochrany procesních a základních práv jednotlivců. Ačkoli jsou tyto postupy prováděny v dobrém úmyslu, vnitrostátní orgány jimi ohrožují nejen efektivní fungování celého systému, ale rovněž důvěru v tento trestněprávní instrument a celkovou iniciativu spolupracovat v oblasti trestního soudnictví. Některé státy se dokonce uchýlily k přijetí odchylné úpravy v oblasti předávání v rámci národní legislativy, která však měla dopad na provádění RR.

Pro dokreslení našich výše uvedených úvah není bez zajímavosti, že Evropský parlament dokonce vyjádřil obavu, že při absenci reformy RR EZR lze jen očekávat nárůst rozdílů mezi jednotlivými státy. Proto legislativní opatření na nadnárodní úrovni považuje za nevyhnutelné.

Za jednu z mezer rámcového rozhodnutí považuje Evropský parlament nedostatečnou definici „závažných trestných činů“, což má za následek různou klasifikaci trestných činů a použití EZR ke stíhání činů, jejichž „závažnost“ je vnímána rozličně a nemusí být zakotvena ve všech trestních zákonech. Za problém považuje rovněž absenci řádné definice trestných činů, u nichž se nezkoumá oboustranná trestnost.⁹⁸

Soudní dvůr před několika lety označil odstranění přezkumu oboustranné trestnosti za souladné se zásadou zákonitosti.⁹⁹ Podle něj, i když dochází k odstranění ověřování oboustranné trestnosti u výslovně uvedených kategorií trestných činů, definice těchto činů a tresty za ně ukládané zůstávají v pravomoci státu, v němž má být EZR vystaven. Dále uvedl, že „pokud jde jednak o výběr 32 kategorií trestných činů uvedených v čl. 2 odst. 2 rámcového rozhodnutí, Rada mohla mít za to, na základě zásady vzájemného uznávání a s ohledem na vysoký stupeň důvěry a solidarity mezi členskými státy, že buď z důvodu jejich vlastní povahy, nebo z důvodu uloženého trestu s horní hranicí sazby

⁹⁸ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 27. února 2014 obsahující doporučení Komisi o přezkumu evropského zatýkacího rozkazu (2013/2109(INL)).

⁹⁹ Ke stejnému závěru dospěl i Ústavní soud ČR při zkoumání ústavní konformity RR EZR v plenárním nálezu ze dne 3. května 2006, č. j. Pl. ÚS 66/04.

*v délce nejméně tři roky, patří dotčené kategorie trestných činů mezi kategorie, u nichž závažnost narušení veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti odůvodňují, aby ověření oboustranné trestnosti nebylo vyžadováno“.*¹⁰⁰

Z odůvodnění rozhodnutí sice vyplývá, že z právního hlediska RR EZR neharmonizuje trestní právo hmotné. Nicméně stále je způsobilé vyvolat situaci, kdy vystavující členský stát pohlíží na určitý trestný čin jako na závažnější než ostatní členské státy a s ohledem na přísnější postih jej podřadí pod jednu z kategorií, u nichž nedochází k přezkumu oboustranné trestnosti, přičemž již postrádá relevanci, že stát vykonávající EZR by totožný skutek nekvalifikoval jako trestný čin, kvalifikoval jako jiný trestný čin nebo za něj neukládá tak přísný trest a tudíž jeho soudní orgány by jej nepodřadily pod některou z dvaatřiceti kategorií.

Za účelem zajištění právní jistoty Evropský parlament vyzval Komisi, aby navrhla legislativní změny, které by tyto nedostatky odstranily. V úzké spojitosti s tímto návrhem předložil Evropský parlament rovněž doporučení k legislativnímu zakotvení „kontroly proporcionality“ tak, aby byl EZR používán pouze jako krajní opatření.¹⁰¹ Orgán vystavující EZR by měl posuzovat potřebnost takového opatření s přihlédnutím ke všem relevantním skutečnostem, k dostupnosti jiných ohleduplnějších či vhodnějších opatření, která by rovněž zabezpečila dosažení požadovaných cílů, včetně zvážení procesních a základních práv podezřelých a obviněných osob.¹⁰²

Ze současného textu RR jasně nevyplývá, zda je přezkum připuštěn alespoň do té míry, že vykonávající orgán posoudí, zda orgán, který rozkaz vydal, svévolně nepodřadil jakýkoli trestný čin pod jednu z dvaatřiceti kategorií. Z požadavku, aby byl v EZR podrobně popsán skutek, pro který byl vydán, lze vyvodit možnost kontroly, zda označení kategorie odpovídá vymezení skutku a jeho právní kvalifikaci. V tomto světle Evropský parlament doporučuje přijmout výslovnou úpravu, která by vykonávajícímu orgánu zakládala alespoň oprávnění konzultovat přiměřenost opatření s orgánem, který EZR vydal, a v návaznosti na tuto konzultaci by zakládala vydávajícímu orgánu právo vzít svůj návrh zpět.¹⁰³

Komise s Evropským parlamentem sdílí názor toliko potud, že je nezbytné nadále pracovat na zlepšení provádění EZR na úrovni jeho aplikace. Nesdílí však názor, že si napravení dosavadního stavu vyžaduje reformu textu rámcového rozhodnutí. S absencí hlubšího vědeckého odůvodnění preferuje zaměřit se na jednotlivé členské státy a zlepšit jeho provádění v národním měřítku. Komise se ke konkrétním legislativním doporučením vůbec nevyjádřila. Sdílíme obavy Evropského parlamentu a v tomto směru jeho reformní návrhy podporujeme. Mimo jiné s ohledem na nepříznivé výsledky přezkumu provádění EZR, které byly Komisí zaznamenány již v roce 2011, bychom z její strany očekávali přinejmenším uvedení konkrétnějších důvodů pro odmítnutí zásahů do textu rámcového rozhodnutí. Podle našeho názoru nelze uspokojivě řešit dosavadní stav toliko v rovině aplikace EZR, naopak bychom za účelem zajištění právní jistoty a jednotného provádění unijních předpisů podpořili reformu dosavadního legislativního uchopení EZR.

¹⁰⁰ Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. května 2007. Advocaaten voor de Wereld. Věc C-303/05.

¹⁰¹ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 27. února 2014 obsahující doporučení Komisi o přezkumu evropského zatýkacího rozkazu (2013/2109(INL)).

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Příloha k usnesení Evropského parlamentu ze dne 27. února 2014 obsahující doporučení Komisi o přezkumu evropského zatýkacího rozkazu (2013/2109(INL)).

ZÁVĚR

V tomto článku jsme nastínili úvahu, že je v rozporu s povinností jednoho státu vůči svému obyvatelstvu, jestliže někoho z něj předá do jiného členského státu pro čin, jež sám nepovažuje za trestný. Dále jsme předvedli zde příkladné a letmé sedmero zcela konkrétních okruhů situací, v nichž členské státy přistupují zcela odlišně k trestnosti určitých jednání, a v nichž tedy může dojít k tomu, že jeden členský stát k potenciálnímu, tj. k trestnímu stíhání) či reálnému potrestání (tj. již k výkonu trestu) osobu ve své moci předá státu pro čin, který sám nepovažuje za trestný.

Celý systém vzájemného uznávání, založený na „slepé“ důvěře mezi členskými státy, by ovšem byl možný pouze v mezích, které by byly zevrubně harmonizovány, takže by bylo vyloučeno, že k některým skutkům budou mít jednotlivé členské státy diametrálně odlišné přístupy. Domníváme se však, že ačkoliv některé z oblastí dvaatřicítky byly již na evropské úrovni harmonizovány (praní špinavých peněz, ochrana finančních zájmů EU, organizovaná trestná činnost, terorismus, korupce atd.¹⁰⁴), dosud neproběhla tak komplexní harmonizace, aby byly vyloučeny situace, kdy jeden stát považuje určité jednání za trestné a jiný nikoliv, a že k této situaci při současném vymezení pravomoci EU k tomu ani dojít nemůže.

Článek 83 SFEU totiž zakládá pouze pravomoc EU ve vztahu k trestům a zvláštní části trestního práva (nadto omezenou), takže i při maximálním nasazení nástrojů EU nebude možno dospět k vyloučení rozdílů v samotném pojetí základů trestní odpovědnosti, obsaženého zpravidla v obecných částech trestních kodexů.

Ústřední myšlenkou tohoto článku je tak otázka, do jaké míry je vzhledem ke specifikům trestního práva skutečně akceptovatelný závěr, že absence trestnosti některého jednání, zařaditelného pod dvaatřicítku, ve vykonávajícím členském státě nevádí předání z hlediska některých základních koncepčních východisek trestního práva a jeho kořenů v otázce ústavněprávního vymezení vztahu jednotlivců–stát.

¹⁰⁴ TOMÁŠEK, M. a kol. *Europeizace trestního práva*. Praha: C. H. Beck, 2009, hlava třetí.

**European Arrest Warrant:
“The Untouchable Thirty-two” or *fide, sed cui fidas, vide***

Silvie Filanová – Jan Provazník

Abstract: This paper seeks to perform an analytical reflection of the resignation to review double criminality, which is in the heart of the legal institution of surrender based on the European arrest warrant in the field of thirty-two criminological categories. To do so, first this paper subjects to consideration the basic theoretical grounds of the right of the state to punish in general, i.e. in the domestic scope, with regards to the consensual theory of the origin of state and its legal competences, stemming from the social contract theory. Then the paper compares the findings of this consideration with the possibility to enforce criminal law of one state on the territory of another state. The paper also sketches some general issues of criminal law systems of various EU Member States in order to point out their great diversity, which systematically excludes complete agreement as to the result on the criminalization of certain actions. The aim of this paper is to answer the question whether it is possible, with regard to the great diversity of approaches in the EU member states to the basic questions of criminal liability, to abandon the double criminality review when surrendering people based on the European arrest warrant or if this abandonment stands in contradiction to the obligation of the state to assert its criminal law instruments in the broad sense only in cases, that are originally defined as crimes in its own legal order.

Key words: European arrest warrant, surrender, double criminality, criminal liability, cooperation in criminal matters