

Poř. č. 1/2015

Stanovisko ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k problematice zjišťování obsahu mobilních telefonů a jiných datových nosičů, včetně obsahu e-mailových schránek¹⁾

I. Právní závěry výkladového stanoviska poř. č. 4/2005 Sb. v. s. Nejvyššího státního zastupitelství lze mít s výjimkou použitelnosti § 88a trestního řádu nadále

za aktuální a použitelné nejen na v souladu s trestním řádem zajištěné mobilní telefony, ale i jiné datové nosiče, které mohou obsahovat údaje o různých formách uskutečněné elektronické komunikace.

II. Zjišťování obsahu elektronické komunikace uskutečněné po zajištění datového nosiče orgánem činným v trestním řízení je možné v reálném čase postupem podle § 88 trestního řádu, nikoli už podle § 88a trestního řádu.

III. Aktuální obsah e-mailové schránky je určován vůlí uživatele a lze jej zjišťovat postupem podle § 158d odst. 3 trestního řádu, který je možno považovat za zákonnou licenci prolamující ústavně zaručené právo na ochranu soukromí v e-mailové schránce se nacházejících záznamů, a to podle platné právní úpravy v případě trestního řízení pro kterýkoli úmyslný trestný čin.

IV. Zjišťování e-mailové komunikace v reálném čase je možné jen postupem podle § 88 odst. 1 trestního řádu, neboť se stejně jako telekomunikační provoz uskutečňuje rovněž v síti elektronických komunikací. Postup podle § 88a trestního řádu není v takovém případě možný.

1. Vymezení problematiky

Analytický a legislativní odbor Nejvyššího státního zastupitelství v souvislosti s technickým vývojem v oblasti komunikačních technologií a změnami v právní

¹⁾ Stanovisko navazuje na stanovisko poř. č. 4/2005 Sb. v. s. Nejvyššího státního zastupitelství ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k postupu v případech, kdy je třeba pro účely trestního řízení zjistit obsah údajů uložených v nalezeném, vydaném či odňatém mobilním telefonu, včetně údajů uložených na SIM kartě.

úpravě²⁾ shledal důvodným přezkoumat **stanovisko poř. č. 4/2005 Sb. v. s. Nejvyššího státního zastupitelství ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k postupu v případech, kdy je třeba pro účely trestního řízení zjistit obsah údajů uložených v nalezeném, vydaném či odňatém mobilním telefonu, včetně údajů uložených na SIM kartě.**

V této souvislosti bylo nutné i posoudit, zda jsou nebo nejsou splněny zákonné podmínky pro využití některého z oprávnění nejvyššího státního zástupce podle § 12 odst. 1, 2, 4 zákona č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, ve znění pozdějších právních předpisů, ohledně problematiky zákonného **zajišťování obsahu e-mailových schránek** pro účely trestního řízení, neboť se zpravidla jedná o stěžejní důkaz v trestním řízení a judikatura k této problematice doposud chybí.

2. Vyžádané poznatky a názory ze soustavy státního zastupitelství

Za účelem zjištění dosavadní praxe byly vyžádány zprávy ze soustavy státního zastupitelství, ze kterých vyplynulo zejména následující.

V případě zákonným způsobem zajištěných mobilních telefonů a jejich součástí (což mohou být nejen SIM karty, ale i v mobilních telefonech vložené paměťové karty) se státní zástupci nadále i s ohledem na **čl. 46 odst. 2** pokynu obecné povahy nejvyššího státního zástupce č. 8/2009 Sb., o trestním řízení, ve znění pozdějších pokynů,³⁾ **ve většině případů při zjišťování jejich obsahu řídí výkladovým stanoviskem poř. č. 4/2005 Sb. v. s. NSZ.** Jeho obecná použitelnost je přitom akceptována i ohledně obsahu paměti výpočetní techniky (částí počítačového systému jako tzv. harddisky) a jiných nosičů informací (např. USB disky), které mohou obsahovat různé formy elektronické komunikace.⁴⁾ **Pouze ojediněle, s ohledem na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci ze dne 15. 6. 2010 sp. zn. 5 Tdo 42/2010,⁵⁾ zejména pokud jde o státní zástupce činné v obvodu jeho působnosti, státní zástupci před zjišťováním obsahu mobilních telefonů a jejich součástí (SIM karty či paměťové karty) s pozitivním výsledkem navrhuji vydání příkazů podle § 88 či § 88a trestního řádu.** Vrchní státní zastupitelství v Praze pak s ohledem na změnu § 88a trestního řádu od vydání předmětného výkladového stanoviska shledává potřebu jej rozvést ohledně úvah, zda a jakým zákonným

²⁾ Na základě nálezů Ústavního soudu ČR ze dne 22. 3. 2011 sp. zn. Pl. ÚS 24/2010 a 20. 12. 2011 sp. zn. Pl. ÚS 24/2011 bylo nutné změnit zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a ustanovení § 88a trestního řádu.

³⁾ Byl-li v přípravném řízení vydán nebo odňat, zajištěn při jiných úkonech trestního řízení nebo nalezen telefon, údaje uložené v telefonu (zprávy a lokalizační údaje), které byly doručeny volanému předtím, než telefon získaly orgány činné v trestním řízení, lze zjišťovat bez příkazu k odposlechu nebo příkazu ke zjišťování údajů z telekomunikačního provozu.

⁴⁾ Ve smyslu textových, hlasových (vč. záznamů volání), zvukových nebo obrazových zpráv přenášených prostřednictvím sítě elektronických komunikací.

⁵⁾ Tímto rozhodnutím byla zamítnuta stížnost státního zástupce proti prvostupňovému soudnímu rozhodnutí o vrácení věci k došetření, přičemž stížnostní soud shledal závažnou procesní vadu mj. v tom, že znalecký posudek z oboru kybernetika, odvětví výpočetní techniky, kterým byl zjištěn obsah paměti SIM karet zajištěných mobilních telefonů obviněných, o který se obžaloba opírá jako o jeden ze stěžejních důkazů, byl podán bez předchozího soudního příkazu podle § 88a trestního řádu. Na podporu tohoto závěru byly označeny rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp. zn. II. ÚS 502/2000 a II. ÚS 789/2006.

způsobem lze dosáhnout zpřístupnění SMS zpráv, které byly doručeny na mobilní telefon až poté, co již jej mají v souladu se zákonem v moci orgány činné v trestním řízení.

Ohledně zákonných možností **zajišťování e-mailové komunikace** ze soustavy státního zastupitelství pak vyplývá **naléhavý požadavek na sjednocení výkladu** právních předpisů vztahujících se k dané problematice, protože právní názory a od nich se odvíjející praxe jsou roztržité. K úvaze je dáváno případně i iniciování legislativní změny. Krajské státní zastupitelství v Praze by se přiklábě alespoň k iniciování sjednocení rozhodovací praxe soudů, podle kterého by se pak odvíjela návrhová činnost státních zástupců. Soudy totiž v současné době zpravidla akceptují různé návrhy státních zástupců za účelem zajišťování e-mailové komunikace. Návrhy jsou přitom podávány podle **§ 88 odst. 1, 2 trestního řádu** v případě **zajišťování e-mailové komunikace do budoucna**. Vrchní státní zastupitelství v Olomouci v tomto případě nevyklučuje ani možnost postupu podle **§ 158d odst. 1, 3 trestního řádu** s ohledem na skutečnost, že ani v tomto případě není zapotřebí součinnosti poskytovatele služby e-mailové pošty. V případě **zpětného zajišťování e-mailové komunikace** převažují návrhy na povolení sledování osob a věcí **podle § 158d odst. 1, 3 trestního řádu**. Odbor trestního řízení NSZ ve svém vyjádření rozvedl, proč je tento postup jediným možným a správným a připomněl usnesení Ústavního soudu ČR ze dne **3. 10. 2013 sp. zn. III. ÚS 3812/2012** jako doposud jediné s danou problematikou související rozhodnutí, ze kterého by bylo možno analogicky dovozovat použitelnost § 158d odst. 3 trestního řádu ke zjišťování obsahu e-mailových schránek. Využívány však jsou i návrhy na soudní příkaz podle **§ 88a odst. 1 trestního řádu**. V případě těchto návrhů státní zástupci argumentují tím, že podle § 88a odst. 1 trestního řádu zjistitelné „údaje o telekomunikačním provozu, které jsou předmětem telekomunikačního tajemství anebo na něž se vztahuje ochrana osobních a zprostředkovacích dat“, nelze omezovat jen na provozní a lokalizační údaje podle zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZEK“). Někteří státní zástupci ohledně použitelnosti § 88a trestního řádu zastávají právní názor, že sledování osob a věcí podle § 158d trestního řádu nelze realizovat pro získávání poznatků o osobách a věcech zpětně, ale jen v reálném čase v době trvání povolení. O tuto argumentaci se i opírají zatím ale jen ojedinělá soudní rozhodnutí (Okresního soudu v Jihlavě a Okresního soudu v Rakovníku⁶⁾), kterými nebylo návrhům státních zástupců na povolení sledování podle § 158d odst. 3 trestního řádu ohledně konkrétních e-mailových schránek (účtů) vyhověno. Jako na nikoli nepodstatnou právně významnou skutečnost pak bylo poukázáno i na to, že e-mailovou komunikaci jako službu mohou poskytovat nejen subjekty podle ZEK, ale i podle zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, na které nedopadá povinnost uchovávat provozní a lokalizační údaje podle ZEK. Nabízí se proto ze strany některých státních zástupců úvaha, zda ve vztahu k těmto subjektům by nemohlo přicházet v úvahu získávání údajů o e-mailové komunikaci, včetně jejího obsahu, podle § 8 odst. 1, popř. podle § 8 odst. 5 trestního řádu.

⁶⁾ Uvedený soud přitom neakceptoval ani následné návrhy podle § 88 a § 88a trestního řádu, kdy v případě § 88 trestního řádu neshledal neodkladnost a § 88a trestního řádu za neumožňující zjišťovat požadované údaje týkající se označené e-mailové komunikace.

3. K výkladovému stanovisku poř. č. 4/2005 Sb. v. s. NSZ

„Způsob zjišťování obsahu údajů uložených v nalezeném, vydaném či odňatém mobilním telefonu v přípravném řízení vychází z toho, zda tyto informace (jejich obsah) jsou orgány činnými v trestním řízení zjišťovány za součinnosti subjektu, jenž je ohledně nich vázán zvláštní povinností mlčenlivosti vyplývající ze ZEK v podobě důvěrnosti zpráv a s nimi spojených provozních a lokalizačních údajů, které se přenášejí prostřednictvím veřejné komunikační sítě a veřejně dostupných služeb elektronických komunikací, či nikoli, a proto

a) pokud bude třeba obsah těchto údajů zjistit **v době jejich přenosu** od volajícího k volanému, tedy v době, **kdy uvedená zvláštní povinnost mlčenlivosti trvá, a přitom ke zjištění těchto údajů bude zapotřebí součinnosti subjektů poskytujících telekomunikační služby, musí mít orgány činné v trestním řízení k takovému úkonu příslušný příkaz** soudce vydaný podle § 88, resp. § 88a trestního řádu,

b) pokud budou takovými údaji jen **údaje již zprostředkované (doručené)** volanému (oprávněnému účastníku telekomunikačního provozu) **před tím, než mobilní telefon získaly do své moci orgány činné v trestním řízení, není třeba ke zjištění jejich obsahu vyžadovat příkaz** soudce, jestliže orgány činné v trestním řízení zajistily mobilní telefon jako věc důležitou pro trestní řízení postupem odpovídajícím trestnímu řádu (např. podle § 78, § 79, § 82 a násl., § 113 trestního řádu).“

V případě zjišťování obsahu údajů nacházejících se v zajištěném⁷⁾ mobilním telefonu v době jeho zajištění je podle výše zrekapitulovaných poznatků ze soustavy státního zastupitelství v praxi i nadále většinově postupováno v souladu s citovaným výkladovým stanoviskem, tedy bez opatřování soudního příkazu, neboť, až na jednu výše citovanou výjimku,⁸⁾ nebylo následnou judikaturou zpochybněno.

Z citovaných právních vět výkladového stanoviska lze dovozovat, **že k důkazní použitelnosti SMS zpráv, které budou doručeny na zajištěný mobilní telefon**

⁷⁾ Zajištěným mobilním telefonem rozuměj mobilní telefon, který se dostane do dispozice orgánů činných v trestním řízení v souladu s trestním řádem, tj. zejména na základě vydání nebo odnětí věci podle § 78 a § 79 trestního řádu, při domovní prohlídce nebo prohlídce jiných prostor a pozemků podle § 83 a § 83a trestního řádu, při osobní prohlídce podle § 83b trestního řádu a nálezem při ohledání místa činu podle § 113 trestního řádu.

⁸⁾ Rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci ze dne 15. 6. 2010 sp. zn. 5 Tdo 42/2010 (nedostupné v ASPI, ale publikované ve Sbírce rozhodnutí ve věcech trestních, Novatrix, ročník XI., č. 796/2011), které však nelze považovat za správné, a to ani v kontextu v něm citovaných rozhodnutí Ústavního soudu ČR, ve kterých nemají právní závěry Vrchního soudu v Olomouci oporu. Rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp. zn. II. ÚS 789/2006 se netýká otázky ústavní konformity zjišťování údajů podle § 88a trestního řádu ze zajištěných mobilních telefonů, ale zabývá se obecně účelem § 88a trestního řádu, v tehdy platném a účinném znění, s vysloveným právním závěrem, že s ohledem na ústavní ochranu práva na soukromí příkaz podle § 88a trestního řádu nelze na samém počátku prověřování vydat, pokud nejsou k dispozici jiné důkazy, které by zakládaly důvodné podezření ze spáchání trestného činu. Rozhodnutím Ústavního soudu ČR sp. zn. II. ÚS 502/2000 byla vyslovena protiústavnost důkazu ve formě poskytnutých „telefonních výpisů“ operátorem na žádost podle § 8 odst. 1 trestního řádu, neboť to lze považovat za obcházení § 88a trestního řádu, v tehdy platném a účinném znění.

až v době, kdy bude v držení orgánů činných v trestním řízení, se kterými se tedy nebude mít možnost jejich adresát (příjemce) seznámit, je nezbytný příkaz soudce podle § 88a trestního řádu, v tehdy platném znění.

S ohledem na technický pokrok a vývoj v oblasti komunikačních technologií je třeba při posuzování aktuálnosti předmětného výkladového stanoviska vzít v úvahu, že uživatelé mobilních telefonů v nich za použití internetu využívají vedle telekomunikačního provozu (realizovaného prostřednictvím veřejných pevných a mobilních telefonních sítí) i jiné formy elektronické komunikace přes různé internetové sociální sítě a aplikace, např. Facebook, Skype, ICQ, Viber, Messenger, WhatsApp a další, jejichž prostřednictvím lze uskutečnit nejen volání, ale i posílat si textové zprávy či zprávy s datovými přílohami obrazového nebo textového charakteru, rovněž i komunikovat v rámci diskuzních fór (tzv. chat). Prostřednictvím mobilních telefonů lze při využívání internetového připojení rovněž odesílat a přijímat e-maily, tedy využívat tzv. e-mailovou poštu, kterou lze považovat za jednu z forem elektronické pošty.⁹⁾ Vše pochopitelně rovněž chráněné ve sféře soukromí jako ústavně zaručeného práva podle článku 7 odst. 1,¹⁰⁾ článku 10 odst. 1, 2, 3¹¹⁾ a článku 13¹²⁾ Listiny základních práv a svobod a článku 8 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (publikována pod č. 209/1992 Sb.).¹³⁾

Terminologie trestního řádu v § 88 a § 88a „telekomunikační provoz“ tedy již zcela nepostihuje všechny v úvahu přicházející formy elektronických komunikací realizovaných v sítích elektronických komunikací, mezi které v souladu se ZEK patří nejen telekomunikační provoz prostřednictvím veřejných telefonních sítí (mobilních a pevných), ale i jiné služby elektronických komunikací, realizované prostřednictvím veřejných komunikačních sítí,¹⁴⁾ založených na přenosu informací, tj. zejména služby realizované prostřednictvím internetu, jehož legální definici ZEK a ani jiný právní předpis v našem právním řádu ale neobsahuje. Podle § 8 odst. 2 ZEK oprávnění k podnikání v elektronických komunikacích vzniká k tomu způsobilým právníkem nebo fyzickým osobám dnem doručení oznámení podnikání Českému telekomunikačnímu úřadu. I bez tohoto oprávnění mohou služby elektronickými prostředky poskytovat fyzické nebo právnické osoby podle zákona č. 480/2004 Sb.,

⁹⁾ K tomu srov. § 2 písm. b) zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších právních předpisů.

¹⁰⁾ Čl. 7 odst. 1 Listiny zní: „Nedotknutelnost osoby a jejího soukromí je zaručena. Omezena může být jen v případech stanovených zákonem.“

¹¹⁾ Čl. 10 odst. 1, 2, 3 Listiny zní: „(1) Každý má právo, aby byla zachována jeho lidská důstojnost, osobní čest, dobrá pověst a chráněno jeho jméno. (2) Každý má právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života. (3) Každý má právo na ochranu před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě.“

¹²⁾ Čl. 13 Listiny zní: „Nikdo nesmí porušit listovní tajemství ani tajemství jiných písemností a záznamů, ať již uchovávaných v soukromí, nebo zasílaných poštou anebo jiným způsobem, s výjimkou případů a způsobem, které stanoví zákon. Stejně se zaručuje tajemství zpráv podávaných telefonem, telegrafem nebo jiným podobným zařízením.“

¹³⁾ Čl. 8 Úmluvy upravuje „Právo na respektování rodinného a soukromého života“ takto: „Odst. 1. Každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence. Odst. 2. Státní orgán nemůže do výkonu tohoto práva zasahovat kromě případů, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.“

¹⁴⁾ § 2 h), i) a k) ZEK.

o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších právních předpisů.¹⁵⁾ Podle tohoto zákona je služba poskytnuta elektronickými prostředky, pokud je odeslána prostřednictvím sítě elektronických komunikací a vyzvednuta uživatelem z elektronického zařízení pro ukládání dat.¹⁶⁾ V § 2 písm. b) cit. zákona je pak i obsažena v našem právním řádu jediná legální definice elektronické pošty, kterou se rozumí textová, hlasová, zvuková nebo obrazová zpráva poslaná prostřednictvím veřejné sítě elektronických komunikací, která může být uložena v síti nebo v koncovém zařízení uživatele, dokud ji uživatel nevyzvedne.¹⁷⁾ V případě fyzické nebo právnické osoby poskytující služby elektronickými prostředky (tzv. informační společnost), která není současně podnikatelem v elektronických komunikacích v souladu s § 8 odst. 2 podle ZEK, je pak otázkou, zda a v jakém rozsahu jsou na ní vymahatelné povinnosti uložené ZEK, mj. umožnit soudem nařízený odposlech a záznam zpráv a uchovávat provozní a lokalizační údaje podle § 97 odst. 1, 3 ZEK. K této právní otázce však Nejvyššímu státnímu zastupitelství nepřísluší přijímat stanovisko či výklad. O takový subjekt se jedná mj. v případě obchodní společnosti SEZNAM.CZ, a. s., která jako provozovatel freemailové služby „Seznam Email“ však přesto tyto údaje uchovává, byť primárně pro účely vyúčtování a reklamace jí poskytovaných služeb.

Různé formy elektronické komunikace jsou přitom v praxi zaznamenávány a ukládány už nejen v paměti mobilních telefonů a v paměti do nich vložených SIM karet a paměťových karet, ale i na jiných tzv. datových nosičích, jako jsou např. paměťové karty v tabletech, pevné disky počítačů či disky externí (např. USB flash). I tyto datové nosiče jsou při domovních prohlídkách, prohlídkách jiných prostor nebo na základě vydání či odnětí věci zajišťovány pro trestní řízení a lze z nich zjistit údaje o elektronické komunikaci jejich uživatele, a to i ve formě e-mailové elektronické pošty, zejména pokud uživatel používal nejrozšířeněji užívaný software Microsoft Outlook,¹⁸⁾ který umožňuje nastavit si správu soukromých kontaktů a e-mailů v propojení s e-mailovým účtem (e-mailovou schránkou) zřízeným prostřednictvím internetu u některého z poskytovatelů¹⁹⁾ této služby, které se při připojení k internetu automaticky stahují a ukládají do paměti datového nosiče uživatele a jsou zde uloženy do jejich trvalého odstranění uživatelem.

Stejně jako v případě telekomunikačního provozu, tak i v případě ostatních výše uvedených jiných forem elektronické komunikace dopadá na právnickou nebo fyzickou osobu, které je zajišťují jako podnikatel zajišťující veřejnou komunikační síť

¹⁵⁾ Tzv. antispamový zákon.

¹⁶⁾ § 2 písm. a) cit. zákona.

¹⁷⁾ Shodně elektronickou poštu definuje v čl. 2 (h) implementovaná Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. 7. 2002, o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích).

¹⁸⁾ Blíže viz http://cs.wikipedia.org/wiki/E-mailov%C3%BD_klient – Microsoft Outlook je obdobně jako Mail user agent nebo Mozilla Thunderbird počítačovým programem, které jsou označovány jako E-mailový klient (též poštovní klient či Mail User Agent), který slouží k přijímání, odesílání a správě elektronické pošty (e-mailů). Poštu nejčastěji ukládá na lokální disk a zprávy a další informace si se serverem poskytovatele e-mailové schránky vyměňuje pomocí internetových protokolů. Program zpravidla umožňuje i spravovat kontakty či filtrovat nevyžádanou poštu. Někteří klienti zvládají též instant messaging nebo práci s diskusními skupinami (například Mozilla Thunderbird).

¹⁹⁾ Poskytovatelem rozuměj nejen poskytovatele podle zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, ale i operátora podle § 2 písm. e) ZEK.

nebo poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací (zjednodušeně poskytovatelé telefonních služeb a internetu), podle § 89 ZEK povinnost zajistit organizačně a technicky důvěrnost zpráv²⁰⁾ a s nimi spojených provozních a lokalizačních údajů, resp. mlčenlivost o nich. **Právní závěry výkladového stanoviska poř. č. 4/2005 Sb. v. s. NSZ lze proto i nadále použít ohledně údajů vztahujících se ke všem formám elektronické komunikace a nacházejících se v paměti všech datových nosičů, které se dostanou do dispozice orgánů činných v trestním řízení v souladu se zákonem.**

Dožádaná státní zastupitelství se blíže nevyjádřila, zda vůbec a jak často se v praxi v souladu s citovaným výkladovým stanoviskem realizuje i **zjišťování dodatečně na zajištěný mobilní telefon došlých textových (SMS) či obrazových (MMS) zpráv nebo do hlasové schránky SIM kartou individualizované účastnické stanice zaznamenaných hlasových volání, se kterými se neměl možnost jejich adresát (uživatel mobilního telefonu) seznámit a rozhodnout se, jak s nimi naloží (smaže je nebo si je uchová).** Vrchní státní zastupitelství v Praze zcela přílehavě poukázalo na potřebu se touto problematikou zabývat s ohledem na novelizaci § 88a trestního řádu a s ním související rovněž od 1. 10. 2012 novelizovanou právní úpravu v § 97 ZEK,²¹⁾ neboť s ohledem na právní závěry vyslovené ve výkladovém stanovisku poř. č. 4/2005 Sb. v. s. NSZ již není postup podle § 88a trestního řádu možný.²²⁾

Ohledně aktuálního znění § 88a odst. 1 trestního řádu,²³⁾ a to v kontextu jednak právní úpravy obsažené v § 97 a § 136 odst. 20 písm. b) ZEK²⁴⁾, a jednak obsahu důvodové zprávy vypracované k zákonu č. 273/2012 Sb., kterým byla citovaná

²⁰⁾ Rozuměj ve smyslu zpráv nejen textových, ale i obrazových a hlasových.

²¹⁾ Podle § 97 odst. 3 ZEK právnická nebo fyzická osoba zajišťující veřejnou komunikační síť nebo poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací je povinna uchovávat po dobu 6 měsíců provozní a lokalizační údaje, které jsou vytvářeny nebo zpracovávány při zajišťování jejich veřejných komunikačních sítí a při poskytování jejich veřejně dostupných služeb elektronických komunikací.

²²⁾ Nelze však nezmínit, že o návrhu podle § 88a odst. 2 věty třetí trestního řádu na přezkoumání zákonnosti příkazu k zjištění údajů o telekomunikačním provozu podle § 88a odst. 1 trestního řádu, na jehož základě byly zjištěny jiné než provozní a lokalizační údaje podle § 97 odst. 4 ZEK, které jsou dle poznatku ze soustavy státního zastupitelství vydávány, Nejvyšší soud doposud nerozhodoval.

²³⁾ Znovelizované zákonem č. 273/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, kterým bylo třeba provést legislativní změny v návaznosti na derogační nálezy Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 24/2010 a sp. zn. Pl. ÚS 24/2011, který shledal tehdejší znění § 88a trestního řádu a § 97 odst. 3, 4 ZEK pro jejich nikoli jen subsidiární a proporcionální použitelnost protiústavní a nesouladné se Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2006/24/ES ze dne 15. 3. 2006, o uchování údajů vytvářených nebo zpracovávaných v souvislosti s poskytováním veřejně dostupných služeb elektronických komunikací nebo veřejných komunikačních sítí a o změně směrnice 2002/58/ES (tzv. Směrnice o data retentions), která mimoto byla nově rozsudkem Soudního dvora Evropské unie ze dne 8. 4. 2014 prohlášena za neplatnou mj. pro nedostatečnou konkrétnost z ní vyplývajících pravidel a v důsledku toho překročení přípustných mezí zásady proporcionality ohledně možných zásahů do unijním právem rovněž garantovaného práva na soukromí.

²⁴⁾ Podle § 136 odst. 20 písm. b) ZEK obsahuje-li zvláštní právní předpis ustanovení o údajích o telekomunikačním provozu, rozumí se tím provozní a lokalizační údaje související s přenášenou zprávou podle tohoto zákona.

ustanovení změněna do současné podoby, **nelze přisvědčit právnímu závěru, že text § 88a odst. 1 trestního řádu „údaje o telekomunikačním provozu, které jsou předmětem telekomunikačního tajemství anebo na něž se vztahuje ochrana osobních a zprostředkovacích dat“ by bylo možno interpretovat i tak, že na základě § 88a odst. 1 trestního řádu by bylo možno navrhopvat vydání soudního příkazu ke zjištění jiných, než provozních a lokalizačních údajů uchovávaných podle § 93 odst. 3, 4 ZEK, tj. i ke zjištění obsahu elektronické komunikace.** Osobními a zprostředkovacími daty nelze rozumět údaje spočívající v obsahu zpráv. Obsah zpráv totiž není podnikatel v elektronických komunikacích oprávněn uchovávat a tudíž ani oprávněn poskytnout. Doručením zprávy příjemci je služba elektronických komunikací (důvěrnosti podléhající komunikační provoz či elektronický přenos) příslušným podnikatelem dokončena a se zprávou je v rámci ústavně zaručeného práva na ochranu soukromí oprávněn nakládat výlučně její příjemce. Podle platné právní úpravy lze proto ke zjištění obsahu zpráv požadovat součinnost od podnikatele poskytujícího služby elektronické komunikace stejně jako v případě odposlechu pouze v době jejich přenosu na základě příkazu podle § 88 odst. 1 trestního řádu.

Pokud tedy bude orgán činný v trestním řízení předpokládat, že by se v době po zajištění mobilního telefonu či jiného datového nosiče mohla ve vztahu k němu, jako technickému zařízení, uskutečnit pro objasnění věci důkazně významná elektronická komunikace, se kterou ale nebude mít příjemce možnost se seznámit, bude muset být vydán soudní příkaz podle § 88 trestního řádu k odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu pro možnost jejího zajištění během jejího přenosu nejen v případě elektronické komunikace ve formě zprávy hlasové (volání), ale i v případě zprávy textové, obrazové či datové. Pochopitelně pouze v řízení o trestných činech uvedených v § 88 odst. 1 trestního řádu.

Standardně je však mobilní telefon či jiný datový nosič (zejména počítač) po jeho zajištění policejním orgánem uveden mimo provoz a předán, někdy i s odstupem nikoli jen dnů, ale i týdnů, k odbornému zjištění jeho obsahu prostřednictvím odborného vyjádření či znaleckého posudku z odvětví výpočetní techniky a až při analýze zjištěných údajů může vyjít najevo telekomunikační provoz, popř. jiná forma elektronické komunikace, která se uskutečnila až po zajištění datového nosiče (např. na mobilní telefon došly nové zprávy), aniž by byl po zajištění vydán soudní příkaz podle § 88 trestního řádu k odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu. V tomto případě by s ohledem na stav platné právní úpravy a výše vyloženou nemožnost postupu podle § 88a odst. 1 trestního řádu mohlo být zjištění dodatečně došlých zpráv a hlasových zpráv uložených v hlasové schránce, při absenci souhlasu uživatele podle § 88 odst. 5, resp. § 88a odst. 4 trestního řádu, možné jen na základě případného souhlasu soudce podle § 8 odst. 5 trestního řádu,²⁵⁾ z důvodu trvání

²⁵⁾ Toto ustanovení se uplatní jen v případě, kdy zvláštní zákon, podle něhož jsou skutečnosti utajovány nebo podle kterého se na ně vztahuje povinnost mlčenlivosti, nestanoví podmínky, za nichž lze pro účely trestního řízení sdělovat informace, které jsou podle takového zákona utajovány nebo na něž se vztahuje povinnost mlčenlivosti, a současně nedošlo postupem předpokládaným speciálním zákonem, který takovou povinnost stanoví, k zbavení či zproštění takové povinnosti. Podle stanoviska Nejvyššího soudu sp. zn. Tpjn 303/2005 ze dne 28. 6. 2006 souhlas podle § 8 odst. 5 trestního řádu není soudce povinen udělit, naopak jemu samotnému přísluší v konkrétním případě posoudit, zda je

důvěrnosti (mlčenlivosti) elektronické komunikace. Nicméně nelze přejímat rozhodovací praxi soudů vůči takovýmto návrhům. Avšak akceptovat v tomto případě návrh na soudní příkaz podle § 88a odst. 1 trestního řádu per analogiam se jeví jako výklad nepřipustně extenzivní.

4. K e-mailové komunikaci

V souladu s výše vyloženým je e-mailová pošta jednou z forem elektronické komunikace i ve smyslu ZEK, byť tento její vymezení neobsahuje. Splňuje totiž kritéria služby uskutečňované v síti elektronických komunikací, v rámci které dochází k přenosu zpráv, které lze považovat za elektronickou poštu ve smyslu § 2 písm. b) zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších právních předpisů.

Z vyhlášky č. 357/2012 Sb., o uchovávání, předávání a likvidaci provozních a lokalizačních údajů, která byla přijata k provedení ZEK (jeho § 97 odst. 4), pak jednoznačně vyplývá dopad ZEK i na e-mailovou poštu jako jednu z forem elektronické pošty, neboť podle § 2 odst. 3 písm. c), d) ukládá povinnost uchovávat mj. údaje u služby přístupu ke schránce elektronické pošty a u služby přenosu zpráv elektronické pošty.

Stejně jako zprávy SMS nebo MMS jsou i e-mailové zprávy mezi odesílatelem a příjemcem přenášeny v sítích elektronických komunikací a s ohledem na jejich obdobný charakter jim musí prospívat ústavní ochrana v souladu s článkem 7 odst. 1, článkem 10 odst. 1, 2, 3 a článkem 13 Listiny základních práv a svobod a článkem 8 odst. 1 Úmluvy ochrany lidských práv a základních svobod, prolomitelná jen na základě zákona.

V e-mailové schránce (někdy označované také jako e-mailový účet) se přitom mohou nacházet zprávy uživatelem odeslané, rozepsané (tzv. koncepty) a doručené, a to již přečtené, ale i nepřečtené, včetně jejich příloh. Rovněž i zprávy odstraněné do tzv. koše, ale neodstraněné trvale. Krajské státní zastupitelství v Ústí nad Labem pak příležitostně poznamenalo, že do e-mailové schránky může mít přístup i více uživatelů, kteří zde mohou komunikovat prostřednictvím pouze rozepsaných zpráv, ohledně kterých nedojde k elektronickému přenosu, nicméně jsou rovněž obsahem e-mailové schránky. Obsah e-mailové schránky uživatele je přitom odvislý výlučně od vůle uživatele. Sama e-mailová schránka má fakticky charakter virtuálního soukromého prostoru (quasi datového internetového úložiště) a její provoz je realizován v souladu se smluvními podmínkami mezi uživatelem a poskytovatelem této služby. Poskytovatel služby zajišťující přenos zpráv do e-mailové schránky a z ní, který může, ale nemusí být podnikatelem podle § 8 odst. 2 ZEK, není podle žádného zákonného ustanovení oprávněn uchovávat a jinému poskytovat obsah přenesených e-mailových zpráv. **Orgány činné v trestním řádu se proto nemohou po poskytovateli domáhat obsahu e-mailových zpráv postupem podle § 8 odst. 1 trestního řádu, které neobsahuje zákonnou úpravu (licenci) umožňující**

průlom do povinnosti mlčenlivosti přípustný a v jakém nezbytném rozsahu (§ 2 odst. 4 a § 52 trestního řádu, čl. 4 odst. 4 a čl. 10 Listiny základních práv a svobod a čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod), aby se zabránilo tomu, aby vyžadování utajovaných informací nebo údajů, na něž se vztahuje povinnost mlčenlivosti, nebylo zneužíváno.

prolomení ústavně zaručeného práva na ochranu soukromí, vztahujícího se i na obsah e-mailové schránky. Rovněž ani na základě soudního příkazu ke zjištění údajů o telekomunikačním provozu podle § 88a trestního řádu, který jak bylo již výše vyloženo, je použitelný jen ke zjištění provozních a lokalizačních údajů ve smyslu ZEK.

Pro objasnění věci v trestním řízení přitom může mít důkazní hodnotu ohledně zájmového uživatele e-mailové schránky jednak **e-mailová komunikace budoucí, tak i ta, co již proběhla a nachází se nadále ještě v e-mailové schránce**. Tudíž je namístě se zabývat aplikovatelností jednak **§ 88 trestního řádu** upravujícího odposlech a záznam telekomunikačního provozu, použitelný však jen ohledně trestných činů uvedených v § 88 odst. 1 trestního řádu, a jednak **§ 158d trestního řádu** upravujícího sledování osob a věcí. Sledování osob a věcí je přitom operativně pátrací prostředek podle platné právní úpravy použitelný v trestním řízení o kterémkoli úmyslném trestném činu, který se ve shodě s odposlechem a záznamem telekomunikačního provozu realizuje utajovaným způsobem. Ze znění § 158d odst. 9 trestního řádu lze dovozovat jeho přípustnost i ohledně elektronických komunikací.²⁶⁾ Každá z těchto v úvahu přicházejících forem zjišťování obsahu e-mailové komunikace má pak i odlišný proces realizace po stránce technické (z hlediska potřeby a formy součinnosti od poskytovatele služby).

Ke zjišťování e-mailové komunikace přitom doposud neexistuje žádná publikovaná judikatura. Dílem s danou problematikou souvisí pouze usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 3. 10. 2013 **sp. zn. III. ÚS 3812/2012**, na které lze brát v rámci aplikační praxe zřetel. V rámci něho byl konkrétně vysloven právní názor, že **pořízení otisku elektronických dat lze povolit postupem podle § 158d odst. 3 trestního řádu, pokud jde o data na sledovaných počítačích již uložená, nikoli o data telekomunikačního provozu**. Z dikce § 158d trestního řádu, kterým je zákonem upraveno sledování osob a věcí za účelem získání poznatků o osobách a věcech prováděné utajovaným způsobem nebo jinými prostředky, podle Ústavního soudu ČR jasně vyplývá, že v rámci tohoto úkonu lze pořizovat záznamy nejrůznějšího druhu a se souhlasem soudce může být v přiměřené míře zasahováno do práva na soukromí dotčených osob. Z hlediska ústavněprávní kontroly bylo v předmětné trestní věci podstatné, že byl jasně specifikován okruh sledovaných počítačů. Přičemž v rámci sledování elektronických zařízení z povahy věci plyne, že předmětem sledování budou právě data na těchto zařízeních uložená, jejichž otisk lze podřadit za využití utajené operativně pátrací techniky.

V intencích citovaného rozhodnutí Ústavního soudu ČR lze připustit možnost povolení sledování osob a věcí soudem podle § 158d odst. 1, 3 trestního řádu ke zjištění aktuálního stavu e-mailové schránky, tj. v ní uložených dat v rozsahu specifikovaném v soudním rozhodnutí, neboť je lze považovat za jiné záznamy uchovávané v soukromí za použití technických prostředků. Výše citované právní názory vyslovené Okresním soudem v Rakovníku a Okresním

²⁶⁾ Podle § 159d odst. 9 trestního řádu jsou provozovatelé telekomunikační činnosti, jejich zaměstnanci a jiné osoby, které se na provozování telekomunikační služby podílejí, jakož i pošta nebo osoba provádějící dopravu zásilek, povinny bezúplatně poskytovat policejnímu orgánu provádějícímu sledování podle jeho pokynů nezbytnou součinnost. Přitom se nelze dovolávat povinnosti mlčenlivosti stanovené zvláštními zákony.

soudem v Jihlavě proto nelze považovat za správné. E-mailovou schránku je namísto považovat za soukromý prostor srovnatelný s každým jiným prostorem, ohledně kterého lze podle § 158d odst. 3 trestního řádu povolit sledování osob a věcí ve formě tzv. prostorového odposlechu. **Zjištění aktuálního stavu e-mailové schránky, tj. v ní uložených dat, se přitom z povahy tohoto operativně pátracího úkonu přípustného na základě soudního povolení k prolomení ústavně zaručených práv mj. na ochranu záznamů uchovávaných v soukromí, může vztahovat nejen na v e-mailové schránce se aktuálně nacházející zprávy odeslané, ale i (nikoli trvale) odstraněné, rozepsané a přijaté (doručené), včetně těch, které si příjemce doposud nepřečetl, pokud tuto možnost objektivně měl (mohl se do e-mailové schránky přihlásit a učinit rozhodnutí, zda doručenou zprávu si v ní uchová nebo ji trvale odstraní).** Pokud nikoli, např. z důvodu jeho zadržení, pobytu ve vazbě nebo ve výkonu trestu odnětí svobody, jednalo by se zde o stejnou právní situaci jako v případě elektronické komunikace, která se uskuteční po zajištění mobilního telefonu nebo jiného datového nosiče. Tudíž podle platné právní úvahy by obsah takové zprávy bylo možno dodatečně zjistit jen na základě souhlasu soudce podle § 8 odst. 5 trestního řádu. I zde je však nutné upozornit, že nelze dopředu předjímat rozhodovací praxi soudů.

Odesílání a přijímání e-mailových zpráv je stejně jako telekomunikační provoz jednou z forem elektronické komunikace. **Odposlech a záznam telekomunikačního provozu** je přitom při splnění podmínek subsidiarity a přiměřenosti (naplnění zásady proporcionality) ve smyslu § 2 odst. 4 trestního řádu **možný jen na základě soudního příkazu podle § 88 odst. 1 trestního řádu po dobu v něm stanovenou a navíc jen ohledně v § 88 odst. 1 trestního řádu uvedených trestných činů.** I s přihlédnutím k výše citovanému obsahu usnesení Ústavního soudu ČR, kterým je nepřímě připomenut specifický charakter telekomunikačního provozu, nelze v zájmu předejití obcházení účelu zákona, konkrétně § 88 odst. 1 trestního řádu, podle platné právní úpravy ani budoucí e-mailovou elektronickou komunikaci zjišťovat jinak, než na základě soudního příkazu podle § 88 odst. 1 trestního řádu.

Toto stanovisko ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů bylo vydáno podle § 12 odst. 2 zákona č. 283/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

Nejvyšší státní zástupce:
JUDr. Pavel Zeman v.r.

Příloha

Zjištění obsahu datového nosiče (mobilní telefon, tablet či jiná výpočetní technika)

A. Zjištění obsahu údajů nacházejících se v zajištěném datovém nosiči v době jeho zajištění orgány činnými v trestním řízení

I. Ke zjištění obsahu údajů nacházejících se v zajištěném (např. podle § 78, § 79, § 82 a násl., § 113 trestního řádu) datovém nosiči v době jeho zajištění orgány činnými v trestním řízení není třeba příkazu soudce podle § 88 trestního řádu

B. Zjištění obsahu údajů doručených na zajištěný datový nosič v době po jeho zajištění orgány činnými v trestním řízení (tzn. on-line)

I. Ke zjištění obsahu údajů doručených na zajištěný datový nosič v době po jeho zajištění orgány činnými v trestním řízení, je třeba po zajištění datového nosiče příkazu soudce podle § 88 trestního řádu (pokud již předmětný příkaz nebyl vydán před zajištěním datového nosiče a doba jeho platnosti stále trvá)

II. Zpětné zjištění obsahu údajů doručených na zajištěný datový nosič v době po jeho zajištění postupem je podle ustanovení § 88a trestního řádu vyloučeno

Zjištění obsahu e-mailových schránek, resp. e-mailové elektronické komunikace

A. Budoucí e-mailová komunikace (on-line)

I. Ke zjištění obsahu budoucí e-mailové elektronické komunikace (on-line) je třeba soudního příkazu podle § 88 odst. 1 trestního řádu

B. Zjištění obsahu e-mailové elektronické komunikace v zajištěném datovém nosiči uskutečněné do doby jeho zajištění orgány činnými v trestním řízení

I. Ke zjištění obsahu elektronické komunikace v zajištěném (např. podle § 78, § 79, § 82 a násl., § 113 trestního řádu) datovém nosiči uskutečněné do doby jeho zajištění orgány činnými v trestním řízení není třeba příkazu soudce podle § 88 trestního řádu

C. Zjištění obsahu e-mailové elektronické komunikace v zajištěném datovém nosiči uskutečněné v době po jeho zajištění orgány činnými v trestním řízení (tzn. on-line)

I. Ke zjištění obsahu e-mailové elektronické komunikace uskutečněné v době po zajištění datového nosiče orgánem činným v trestním řízení je třeba příkazu soudce podle § 88 trestního řádu (pokud již předmětný příkaz nebyl vydán před zajištěním datového nosiče a doba jeho platnosti stále trvá)

II. Postup podle § 88a trestního řádu je vyloučen

D. Zjištění obsahu již uskutečněné e-mailové komunikace, tj. v e-mailové schránce uložených dat

I. Ke zjištění aktuálního obsahu e-mailové schránky v konkrétní e-mailové schránce lze připustit možnost povolení sledování osob a věcí soudem podle § 158d odst. 1, 3 trestního řádu