

Poř. č. 4/2005

Stanovisko 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

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 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), 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 tr. ř.,
- 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).

Z podnětu Vrchního státního zastupitelství v Praze předloženého na základě zjištění o nejednotné praxi orgánů činných v trestním řízení v případech, kdy je třeba zjistit obsah údajů uložených v nalezeném, vydaném či odňatém mobilním telefonu, včetně údajů uložených na SIM kartě, je třeba stanovit pravidla, jimiž by se řídily

orgány přípravného řízení při zjišťování a dokumentování těchto údajů pro účely trestního řízení.¹ Vrchní státní zastupitelství v Praze současně předložilo stanoviska nižších státních zastupitelství a poznatky o postupu užívaném v těchto případech, jež přes svou různorodost lze stručně rozdělit do dvou základních skupin.

Podle jednoho názoru (menšinového) informace obsažené v mobilním telefonu a jeho prostřednictvím dostupné v případě jeho zajištění pro účely trestního řízení již *nepodléhají žádnému utajování* a jsou orgánům činným v trestním řízení volně dostupné bez omezení.

Podle druhého názoru (většinového) tyto informace nadále (resp. stále) podléhají ochraně jak z hlediska telekomunikačního tajemství, tak i z pohledu ústavně chráněného práva na ochranu telefonem a obdobným způsobem dopravovaných zpráv (čl. 13 Listiny), a proto je nutno k jejich zjištění volit cestu prostřednictvím zvláštních postupů upravených zákonem (podle povahy těchto informací tedy postupem podle § 88, resp. podle § 88a tr. ř., ať už přímo nebo s pomocí analogie, nebo i za použití § 8 odst. 5 tr. ř.

Posuzování podmínek, za nichž lze pro účely trestního řízení zasahovat do osobních práv a svobod, je v rámci platné právní úpravy komplikováno především nejednotností a složitostí právní úpravy, kde vedle sebe stojí jednak ústavně chráněná základní práva a svobody, jednak i státem stanovené či uznané povinnosti mlčenlivosti, zčásti se vzájemně překrývající (typicky právě u telekomunikačního tajemství, resp. nyní nově důvěrnosti komunikací, a tajemství telefonem a podobným způsobem dopravovaných zpráv), přičemž se důsledně nerozlišuje, jaké nástroje, metody a prostředky lze použít v případech, kdy jde o zásah do ústavně chráněného práva a svobody, a v případech, kdy jde o zásah do některé ze zvláštních povinností mlčenlivosti. Proto je třeba nejprve objasnit charakter těchto „tajemství“² a odpovědět na otázku, zda existují rozdíly v možnostech, jak tyto údaje pro účely trestního řízení získat.

Mezi předpisy upravující nakládání s těmito údaji patří i zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění

¹ Podkladem byl původně podnět Krajského státního zastupitelství v Plzni, které problém demonstrovalo na konkrétní trestní věci: *V trestním řízení vedeném pro podezření z trestného činu vraždy byly u mrtvého muže při ohledání místa činu zajištěny dva mobilní telefony. Ke zjištění osob, které byly se zemřelým před jeho smrtí v telefonickém kontaktu, bylo nutné zjistit obsah telefonního seznamu, textových zpráv (SMS) a posledních odchozích, příchozích a zmeškaných hovorů. Tyto údaje měly být zjištěny formou odborného vyjádření příslušného pracoviště Policie ČR. Podle názoru jednoho ze senátů Krajského soudu v Plzni, který byl potvrzen rozhodnutím Vrchního soudu v Praze, obsah paměťových registrů a údaje z něho vyplývající jsou předmětem telekomunikačního tajemství. Státní zástupce KSZ se proto obrátil na příslušný okresní soud s návrhem na vydání příkazu ke zjištění údajů o uskutečněném telekomunikačním provozu podle § 88a odst. 1 tr. ř., který by byl podkladem pro zpracování expertizy. Tomuto návrhu vyhověno nebylo s odůvodněním, že obsah paměťových registrů — telefonních seznamů není předmětem telekomunikačního tajemství. Údaje ohledně posledních volaných, příchozích a zmeškaných telefonních čísel a SMS považoval soudce za předmět telekomunikačního tajemství a požadoval označení právnické osoby vykonávající telekomunikační činnost, aby jí mohl přikázat sdělení požadovaných údajů.*

² Zcela se zde odhlíží od tajemství upraveného zákonem č. 148/1998 Sb., o ochraně utajovaných skutečností a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a navazujícími předpisy.

pozdějších předpisů, který je sice obecnou normou zpřísňující nakládání s osobními údaji konkrétních fyzických osob, nicméně právě nový zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), který nabyl účinnosti dnem 1.5.2005 (a tímto datem zrušil zákon č. 151/2000 Sb.), se na něj odvolává jako na stěžejní normu zajišťující ochranu osobních údajů v oblasti elektronických komunikací. Nelze pominout ani to, že podrobné teoretické rozpracování těchto otázek dosud chybí.³

Namísto zákona č. 151/2000 Sb. s účinností od 1.5.2005 upravuje tyto otázky již zmíněný zákon č. 127/2005 Sb. Ten mění dosud používané pojmy a jejich definice (zejm. pokud jde o pojmy „telekomunikační tajemství“ a „osobní a zprostředkované data“). Jejich obsah je sice fakticky v nové právní úpravě zachován, ale zákon od této terminologie upouští. I principy ochrany těchto informací zůstávají stejné, takže ani nový zákon výslovně neřeší, jak se má nakládat s údaji přenášenými prostřednictvím služeb poskytovaných právníky nebo fyzickými osobami zajišťujícími veřejnou komunikační síť nebo poskytujícími veřejně dostupnou službu elektronických komunikací, po jejich přenosu a uložení na koncovém zařízení uživatele.

Nejvyšší státní zastupitelství se již v minulosti touto problematikou zabývalo, a to k podnětu Vrchního státního zastupitelství v Olomouci. Již tehdy připravovalo řešení v podobě návrhu výkladového stanoviska, k jehož vydání však nakonec nedošlo, protože mezitím k téže problematice judikoval v konkrétní věci Nejvyšší soud,⁴ a to prakticky shodně s tehdy předběžně učiněnými závěry. Ty platí i pro nový zákon o elektronických komunikacích a řeší hlavní problémy, které se znovu nyní uvádějí jako nedořešené. Proto je tento materiál - po nezbytných úpravách⁵ - citován v příloze č. 2, včetně názorů, které byly již tehdy k této problematice zaujímány a které se prakticky shodují s názory uplatňovanými i dnes.

³ Ani v monografii věnované této problematice, které se v širší míře touto problematikou u nás zabývá, viz Brejcha, A.: Právo na informace a povinnost mlčenlivosti v českém právním řádu, CODEX Bohemia, 1998, není problematika vztahu ochrany základních práv a svobod a povinností mlčenlivosti pojednána, obě kategorie jsou zmiňovány vedle sebe. Navíc se autor v obecném úvodu, v části týkající se jednotlivých druhů povinností mlčenlivosti, dopouští určitého zjednodušení, když povinnost mlčenlivosti vymezuje jen jako „právní institut, jehož podstatou je povinnost fyzické osoby zachovávat při soukromém i úředním styku taková pravidla jednání, která zaručí ochranu konkrétních informací a údajů o občanech, jimiž taková fyzická osoba disponuje“ – srov. str. 99. Povinnost mlčenlivosti neváže jen úředníka jako fyzickou osobu, ale i celou instituci (zjednodušeně řečeno úřad či instituci jako takové, včetně jeho personálního substrátu, úřednictva či zaměstnanců), a netýká se jen ochrany údajů o fyzických osobách, ale o všech subjektech, které jsou podrobeny režimu příslušného řízení před touto institucí. V zásadě ale vždy záleží na konkrétní právní úpravě, jak osobní a věcný rozsah příslušné povinnosti mlčenlivosti vymezuje.

⁴ Jde o usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 7 Tz 9/2000 ze dne 15. prosince 2000, které je citováno v samostatné příloze.

⁵ Jde o upravenou citaci původního textu, který byl v nezbytné míře zkrácen a výjimečně i formulačně změněn, obsahově však zůstal beze změn. Některé poznámky pod čarou byly zkráceny, formulačně upraveny nebo podle povahy věci – pokud se staly neaktuálními – vypuštěny, a jejich číslování proto neodpovídá původnímu číslování. Nejde tedy o doslovnou citaci původního znění, ale o upravený text, do něhož však bylo zasahováno jen v nezbytně nutné míře v zájmu poněkud jej zjednodušit a zkrátit, při zachování jeho obsahového významu.

K vlastnímu problému:

Nová právní úprava – zákon o elektronických komunikacích – opouští původní terminologii, a pojmy „telekomunikační tajemství“ a „osobní a zprostředkovací data“ již vůbec nepoužívá. Nahrazuje je obecnějšími pojmy a poněkud jinou koncepcí odlišnou ale spíše jen navenek. Zákon opouští i pojem „mlčenlivost“ v dosud chápaném smyslu telekomunikačního tajemství a používá jej výslovně v jediné souvislosti – v souvislosti s povinností, která je uložena právnické nebo fyzické osobě zajišťující veřejnou komunikační síť nebo poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací a jejím zaměstnancům podle § 97 odst. 7 cit. zákona zachovávat mlčenlivost o vyžádaném nebo uskutečněném odposlechu a záznamu zpráv podle odstavců 3 a 4 tohoto ustanovení, a s tím souvisejících skutečnostech.

Místo pojmu „telekomunikační tajemství“ užívá pojmu „důvěrnost komunikací“⁶ (viz § 89, které vymezuje jeho obsah,⁷ a ustanovení na něj navazující) a pod tento

⁶ Z těchto důvodů se pojem „důvěrnost komunikací“ používá namísto původního pojmu „telekomunikační tajemství“, pro zdůraznění ochrany obsahu přenášených zpráv se používá termín „zprávy“, pro zdůraznění ochrany dalších údajů o uživateli služeb elektronických komunikacích (v podstatě tedy dřívějších osobních a zprostředkovacích dat), používají se pojmy „osobní, provozní a lokalizační údaje“.

⁷ Nově formuluje tuto povinnost mlčenlivosti § 89 následovně:

§ 89

Důvěrnost komunikací

(1) Podnikatelé zajišťující veřejné komunikační sítě nebo poskytující veřejně dostupné služby elektronických komunikací jsou povinni zajistit technicky a organizačně důvěrnost zpráv a s nimi spojených provozních a lokalizačních údajů, které se přenášejí prostřednictvím jejich veřejné komunikační sítě a veřejně dostupných služeb elektronických komunikací. Zejména nepřipustí odposlech, ukládání zpráv nebo jiné druhy zachycení nebo sledování zpráv a s nimi spojených údajů osobami jinými, než jsou uživatelé, bez souhlasu dotčených uživatelů, pokud zákon nestanoví jinak.³⁶⁾ To nebrání technickému ukládání údajů, které je nezbytné pro přenos zpráv, aniž by byla dotčena zásada důvěrnosti.

(2) Zprávou se rozumí jakákoli informace, která se vyměňuje nebo přenáší mezi konečným počtem účastníků nebo uživatelů prostřednictvím veřejně dostupné služby elektronických komunikací, s výjimkou informace přenášené jako součást veřejného rozhlasového nebo televizního vysílání sítí elektronických komunikací, nelze-li ji přiřadit k určitému účastníkovi nebo uživateli, který tuto informaci přijímá.

(3) Každý, kdo hodlá používat nebo používá sítě elektronických komunikací k ukládání údajů nebo k získávání přístupu k údajům uloženým v koncových zařízeních účastníků nebo uživatelů, je povinen tyto účastníky nebo uživatele předem prokazatelně informovat o rozsahu a účelu jejich zpracování a je povinen nabídnout jim možnost takové zpracování odmítnout. Tato povinnost neplatí pro technické ukládání nebo přístup výhradně pro potřeby provedení nebo usnadnění přenosu zprávy prostřednictvím sítě elektronických komunikací nebo je-li to nezbytné pro potřeby poskytování služby informační společnosti, která je výslovně vyžádána účastníkem nebo uživatelem.“

V důvodové zprávě k tomuto ustanovení se říká: „Vedle zajištění bezpečnosti služeb je stanovena podnikatelským subjektům povinnost zajistit důvěrnost přenášení zpráv. Koncové zařízení uživatelů sítí elektronických komunikací a jakékoliv informace uchovávané takovým zařízením tvoří součást soukromí uživatelů, které vyžaduje ochranu. Tzv. špionážní software („spyware“), webové štenice („web bugs“), skryté identifikátory nebo jiné podobné nástroje mohou pronikat do koncového zařízení uživatelů bez jejich vědomí s cílem získat přístup k informacím, uchovávat skryté informace nebo sledovat činnost uživatele a mohou vážně narušit soukromí těchto uživatelů. Použití takových nástrojů je možné pouze ze zákonných důvodů a s vědomím uživatelů, kterých se dotýká. Zpracování informace a právo takové zpracování odmítnout musí uživatel obdržet

pojem zahrnuje důvěrnost zpráv a s nimi spojených provozních a lokalizačních údajů, které se přenášejí prostřednictvím jejich veřejné komunikační sítě a veřejně dostupných služeb elektronických komunikací. Vedle těchto pojmů nový zákon o elektronických komunikacích definuje užívané pojmy „zpráva“ (viz cit. § 89 odst. 2 zákona), „provozní údaje“⁸ a „lokalizační údaje“.⁹ Nově zákon o elektronických komunikacích podrobně upravuje (v rámci práva na ochranu soukromí účastníků této komunikace) možnost zamezit – a to jak na straně volajících, tak i na straně volaných účastníků - zobrazení svého účastnického čísla.

Průlom do povinnosti mlčenlivosti v podobě nynější důvěrnosti komunikací, je pro potřeby orgánů činných v trestním řízení upraven v § 97 cit. zákona.¹⁰ Principy

současně pro použití různých nástrojů, které mohou být nainstalovány na koncové zařízení uživatele v průběhu jednoho připojení, jakož i pro další použití těchto nástrojů při následných připojeních.“

⁸ Podle § 90 odst. 1 cit. zák. se provozními údaji rozumí jakékoli údaje zpracováváné pro potřeby přenosu zprávy sítí elektronických komunikací nebo pro její účtování. Toto ustanovení dále stanoví bližší podmínky, jak se s nimi nakládá, zejména z hlediska účtování služeb.

⁹ Viz § 91 cit. zák. Podle odst. 1 tohoto ustanovení se lokalizačními údaji rozumí jakékoli údaje zpracováváné v síti elektronických komunikací, které určují zeměpisnou polohu koncového zařízení uživatele veřejně dostupné služby elektronických komunikací. Bližší podmínky jak s nimi lze nakládat, obsahuje toto ustanovení v dalších odstavcích.

¹⁰ Zní:

Odposlech a záznam zpráv § 97

(1) Právnícká nebo fyzická osoba zajišťující veřejnou komunikační síť nebo poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací je povinna na náklady žadatele zřídit a zabezpečit v určených bodech své sítě rozhraní pro připojení koncového telekomunikačního zařízení pro odposlech a záznam zpráv Policií České republiky pro účely stanovené zvláštním právním předpisem.³⁶⁾

(2) Při provádění odposlechu a záznamu zpráv podle odstavce 1 Policie České republiky prokazuje své oprávnění k této činnosti předáním písemné žádosti, která obsahuje číslo jednací, pod kterým je rozhodnutí soudu u tohoto orgánu vedeno, a která je podepsaná osobou odpovědnou za provádění této činnosti. V případě provádění odposlechu a záznamu zpráv podle zvláštních právních předpisů³⁷⁾ se v písemné žádosti uvádí číslo jednací, pod kterým je souhlas účastníka odposlouchávané stanice veden.

(3) Právnícká nebo fyzická osoba zajišťující veřejnou komunikační síť nebo poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací je povinna uchovávat provozní a lokalizační údaje a tyto údaje je na požádání povinna poskytnout orgánům oprávněným k jejich vyžádání podle zvláštního právního předpisu. Rozsah provozních a lokalizačních údajů, dobu jejich uchování, která nesmí být delší než 12 měsíců, a formu a způsob jejich předávání orgánům oprávněným k jejich využívání, stanoví prováděcí právní předpis.

(4) Právnícká nebo fyzická osoba poskytující veřejně dostupnou telefonní službu je povinna na náklady žadatele poskytnout Policii České republiky na její žádost informace z databáze všech svých účastníků veřejně dostupné telefonní služby, a to ve formě a rozsahu, stanoveným prováděcím právním předpisem.

(5) Zavede-li právnícká nebo fyzická osoba zajišťující veřejnou komunikační síť nebo poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací při této činnosti kódování, kompresi, šifrování nebo jiný způsob přenosu vedoucí k nesrozumitelnosti přenášených zpráv, je povinna zajistit, aby v koncových bodech pro připojení zařízení uvedených v odstavci 1 byly požadované zprávy a s nimi spojené provozní a lokalizační údaje poskytovány srozumitelným způsobem.

(6) Z plnění povinností podle odstavců 1, 3 a 4 náleží právnícké nebo fyzické osobě od oprávněného subjektu, který si úkon vyžádal nebo jej nařídil, úhrada efektivně vynaložených nákladů. Výši a způsob úhrady efektivně vynaložených nákladů stanoví prováděcí právní předpis.

poskytování součinnosti provozovatelů těchto služeb orgánům činným v trestním řízení zůstávají v zásadě stejné – s tím, že i nový zákon odkazuje, pokud jde o rozsah této součinnosti, na zvláštní předpis (jímž je v daném případě trestní řád). Některé podrobnosti této součinnosti (zejm. pokud jde o formu poskytování informací a jejich rozsah, resp. obsah) však přenechává prováděcímu předpisu, a nově zavádí zpoplatnění všech těchto úkonů, přičemž náklady ponese ten, kdo údaje vyžádal; výše úhrady bude rovněž stanovena prováděcím předpisem.¹¹

Pro úplnost lze dodat, že i nový zákon, pokud jde o rozsah ochrany těchto informací, podobně jako za předchozí úpravy, dovoluje jejich získávání, shromažďování a využívání jen pro účely nezbytných provozních potřeb a poskytování služeb (včetně účtování poskytnutých služeb), a nad rámec toho pak pro účely tvorby databáze účastníků (včetně tvorby telefonních seznamů, které prohlašuje zásadně za veřejné, s možností omezení publikovat v nich data, jejichž publikaci si účastníci nepřejí). Tvorbu těchto databází nad rámec zákonného účelu dovoluje jen se souhlasem účastníků. Omezit tuto ochranu (kromě krizových situací řešených podle zvláštních předpisů) dovoluje z hlediska potřeb poskytovatelů služeb tísňového volání, vůči nimž neplatí zásady ochrany anonymity volajících účastníků (naopak, existuje tu povinnost poskytovatelů služeb elektronické komunikace tyto účastníky pro potřeby subjektů zabezpečujících službu tísňového volání identifikovat). Liberaci ze zásad ochrany těchto údajů nový zákon připouští i v zájmu samotných účastníků, pokud má být identifikován volající účastník, který je původcem tzv. zlomyslného nebo obtěžujícího volání (viz § 67 a § 92 cit. zák.).

Ať se povinnost mlčenlivosti upravená v této oblasti komunikací chápe jako dřívější telekomunikační tajemství anebo jako stávající ochrana osobních, provozních a lokalizačních údajů a důvěrnost komunikací (v užším smyslu, tj. obsahu zpráv), obojí je z hlediska řešeného problému srovnatelné s povinností mlčenlivosti v podobě tzv. poštovního tajemství.

Povinnost mlčenlivosti v podobě tzv. poštovního tajemství vymezuje zákon č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), ve znění pozdějších předpisů, a to pozitivním způsobem v ustanovení § 16 odst. 1¹² a negativním způsobem v odst. 2¹³ téhož ustanovení.

(7) Osoba uvedená v odstavci 1 a její zaměstnanci jsou povinni zachovávat mlčenlivost o vyžádaném nebo uskutečněném odposlechu a záznamu zpráv podle odstavců 3 a 4 a s tím souvisejících skutečnostech.

(8) Technické a provozní podmínky a body pro připojení koncového telekomunikačního zařízení pro odposlech nebo záznam zpráv stanoví prováděcí právní předpis.

(9) Právnícké nebo fyzické osobě zajišťující veřejnou komunikační síť nebo poskytující veřejně dostupnou službu elektronických komunikací náleží úhrada účelně vynaložených nákladů od subjektu, na jehož žádost informace podle odstavce 4 poskytl.

¹¹ Kompetence k vydání prováděcího předpisu k jednotlivým ustanovením § 97 zákona vymezuje § 150 cit. zák. Dělí je mezi Ministerstvo vnitra, Ministerstvo informatiky a Český telekomunikační úřad (ČTÚ).

¹² Provozovatel, osoba podílející se na poskytování poštovních služeb a osoba vykonávající činnost podle § 37 (dále jen „nositel poštovního tajemství“), mají povinnost zachovávat mlčenlivost o skutečnostech týkajících se poskytované nebo poskytnuté poštovní služby, které se při své činnosti dozvěděli. Znalosti těchto skutečností smějí využívat jen pro potřeby poskytování poštovní služby nebo činnosti podle § 37; nesmějí umožnit, aby se s nimi neoprávněně seznámila jiná osoba.

Průlom do této povinnosti mlčenlivosti upravuje odstavec 6¹⁴ tohoto ustanovení, a jak je zřejmé, ani zákon o poštovních službách sám podrobně neupravuje podmínky tohoto průlomu, i on odkazuje na úpravu v jiném zvláštním právním předpise (v trestním řádu, potažmo v celním zákoně).

Obecně jde ve všech těchto případech o problematiku ochrany soukromí.¹⁵ Ve světle těchto obecných zásad si je třeba uvědomit, že dřívější telekomunikační tajemství, resp. dnešní ochrana osobních, provozních a lokalizačních údajů a důvěrnosti komunikací, jsou jen jedním z mnoha druhů informací osobní povahy, které spadají do oblasti práva na ochranu soukromí. Do stejného okruhu spadají samozřejmě i listiny osobní povahy (dopisy, poznámky, adresáře vytvořené konkrétní osobou pro její soukromé účely, a další písemnosti osobní povahy), ostatně to naprosto jasně a bez jakýchkoli pochybností vyplývá i z čl. 13 Listiny.¹⁶ Přitom pojem „uchovávaných v soukromí“ použitý tímto ustanovením nelze zužovat jen na písemnosti uchovávané v obydlí, které požívají ochrany **také** v rámci práva na soukromí promítajícího se do ochrany nedotknutelnosti obydlí, ale patří jim tato ochrana všude tam, kde jsou uchovávány **v soukromí** v širším smyslu, tedy tam, kde nejsou oprávněnou osobou (zpravidla tím, kdo je uchovává) nebo jinak oprávněně (např. v rámci zákonné licence či postupem předpokládaným zvláštním zákonem) zpřístupněny obecně veřejnosti či jinému subjektu pro určitý účel.

Již v minulosti¹⁷ byl poměrně obsáhle podán rozbor ustanovení § 11 a § 12 občanského zákoníku, chránící právo na soukromí v rámci ochrany osobnosti, jako ustanovení tzv. jednoduchého práva, které – ne zcela dokonale z pohledu dnešní judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) i Ústavního soudu - „provádí“ tyto základní ústavní principy. To je tu třeba též připomenout, protože ať už je srovnávání informací obsažených, resp. dostupných pomocí mobilního telefonu,

¹³ Ustanovení odstavce 1 se nevztahuje na informace, ze kterých nevyplývá, kdo byl odesílatelem, ani kdo byl adresátem.

¹⁴ Ustanovení odstavců 1 až 5 se nevztahují na případ, kdy má provozovatel poštovních služeb podle tohoto zákona nebo podle zvláštního právního předpisu²⁾ povinnost

- a) sdělit osobám a orgánům oprávněným podle zvláštního právního předpisu^{3a)} informace o poskytované nebo poskytnuté poštovní službě, nebo jim umožnit, aby tyto informace získaly,
- b) vydat osobám a orgánům oprávněným podle zvláštního právního předpisu^{3a)} poštovní zásilku nebo poukázanou peněžní částku, nebo
- c) učinit nebo umožnit jiná opatření.

²⁾ Například § 86 až § 87a zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 13/1993 Sb., celní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵ Tato otázka byla v poslední době poměrně podrobně pojednána v souvislosti s problémem použitelnosti záznamu hlasového projevu konkrétní osoby zachyceného bez jejího souhlasu ve výkladovém stanovisku poř. č. 2/2004 Sb.v.s. NSZ. Naprosto stejná obecná východiska platná pro orgány veřejné moci, která byla vymezena v této souvislosti, stejně jako celá řada závěrů dovozujících omezení zejména ve vztahu k orgánům veřejné moci zasahujícím do těchto práv, platí i pro problém získávání informací z mobilního telefonu pro účely trestního řízení, a lze proto na ně plně odkázat, aniž by bylo nutno je tu znovu citovat.

¹⁶ Viz: 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.

¹⁷ Viz sub 15.

více či méně přiléhavé, pokud jsou srovnávány s informacemi obsaženými v písemnostech, v *obou případech* musí mít orgány činné v trestním řízení na zřeteli, že získání těchto informací, pokud podléhají ústavněprávní ochraně v rámci práva na ochranu soukromí, nelze opřít jen o naprosto obecná ustanovení trestního řádu, tj. o § 89 odst. 2, případně o § 112, která sice prohlašují, co může být v trestním řízení důkazem, avšak nevymezují žádné konkrétní limity pro jeho získání. Střetává-li se tu na jedné straně právo na ochranu soukromí jako jedno ze základních práv jednotlivce chránící důležitou sféru jeho existence vůči svévolným zásahům veřejné moci, s potřebou veřejné moci do této sféry z důležitého veřejného zájmu zasáhnout, musí být - v souladu s ústavními kautelami, které byly mnohokrát v různých podobných souvislostech zmiňovány a platí plně i zde – na straně veřejné moci zákonem stanoven *mechanismus*, nikoli jenom samotná *potřeba*, jak do této sféry zasáhnout, musí být tedy zákonem stanoveno, za jakých podmínek, z jakých důvodů a jakým způsobem se tak smí a má stát.

Úvodem bylo řečeno, že je třeba posoudit, zda z hlediska stupně ochrany informací (obtížnosti jejich dostupnosti pro orgány činné v trestním řízení) existuje rozdíl mezi ochranou údajů stanovených v rámci ústavně chráněného práva na soukromí ve všech jeho složkách, a mezi ochranou poskytovanou zvláštní povinností mlčenlivosti – dřívějším telekomunikačním tajemstvím, resp. dnešní ochranou osobních, provozních a lokalizačních údajů a důvěrností komunikací - a pro srovnání též poštovním tajemstvím. Tento rozdíl skutečně existuje a spočívá

- a) v době trvání ochrany, již se dostává zprávám dopravovaným prostřednictvím elektronických komunikací, a jak bylo řečeno – pro srovnání též poštou - k jejich příjemcům, a
- b) v okruhu subjektů, které váže.

Tento rozdíl neplyne z toho, že by zvláštní povinnost mlčenlivosti měla obecně „větší váhu“ než ústavně chráněné právo (koneckonců, jak bylo na jiném místě poznamenáno, povinnost mlčenlivosti z ústavně chráněného práva vyvěrá), ale z **rozdílného režimu**, který je upraven (ve zvláštním zákoně) pro **průlom do takové povinnosti mlčenlivosti ve vazbě na omezení uvedené v § 78 odst. 2 tr. ř.** A tak ve smyslu toho, co bylo uvedeno v již dříve zpracovaném návrhu na vydání výkladového stanoviska k této otázce, o něž se lze plně opřít, zvláštní postupy pro průlom do povinností chránit uvedené informace z titulu těchto zvláštních povinností mlčenlivosti se použijí v případě, že orgán činný v trestním řízení chce získat tyto informace

- buď v průběhu procesu jejich přenosu od volajícího (odesilatele) k volanému (adresátu),
- nebo i po této době, avšak chce je získat od poskytovatele telekomunikačních (poštovních) služeb.

Je ovšem třeba upozornit, že tu jde o informace doručené na příslušný mobilní telefon **ještě před jeho zajištěním** orgánem činným v trestním řízení (tj. ještě před jeho zabavením z jakéhokoli důvodu a jakýmkoli – samozřejmě zákonem dovoleným – způsobem). Řešení uvedené pod písm. a) a b) naopak nebude zpravidla dopadat na případy, kdy se orgán činný v trestním řízení takového přístroje **nejprve zmocní a teprve poté** na něj dojde příslušná informace od volajícího. Tam je třeba zásadně uplatnit stejný režim, jaký platí pro zjišťování těchto údajů cestou součinnosti

s operátorem. Nedopadá-li na tento případ ustanovení § 88 a § 88a tr. ř. výslovně, bylo by tu třeba užít – a v tomto případě naprosto opodstatněně – postup *per analogiam*. I v takovém případě je nutno prolomit zvýšenou ochranu těchto údajů – protože jsou **objektivně** stále „na cestě“ mezi volajícím a volaným, který byl zbaven možnosti je přijmout díky tomu, že byl mobilní přístroj zajištěn policií. Tam nejde o stejnou situaci, jaká nastane zajištěním mobilního telefonu a následným zjištěním, jaké doručené informace již obsahuje, které pak lze event. zajistit a případně v dalším řízení použít jako důkaz. Zajištění mobilního telefonu neopravňuje policii k tomu, aby i do budoucna využívala na něj docházející zprávy a další údaje chráněné v rámci práva na ochranu soukromí, na ochranu listovního tajemství a tajemství telefonem, aj. dopravovaných zpráv, bez dalšího, jako důkazní materiál. Mimo jiné a hlavně je to také proto, že zajištění věci pro účely trestního řízení (ani postupem podle § 78 a násl. tr. ř., ani při ohledání místa činu) není prostředkem pro získání informací, které teprve v budoucnu budou do věci nějakým způsobem vneseny, ale pro **zjištění a zajištění informací důležitých pro trestní řízení, které již v době zajištění tato věc obsahuje**, jejichž je již v té době nositelem.¹⁸

Názory, podle nichž je nutno ke zjištění informací, obsažených v mobilním telefonu, **vždy** třeba dodržet postupy uvedené v § 88 a § 88a tr. ř., tedy **nejsou správné**.

Paralela mezi ochranou informací dopravovaných prostřednictvím služeb elektronických komunikací a ochranou informací dopravovaných prostřednictvím poštovních služeb, je zcela na místě. Obecně platí, že povinnost mlčenlivosti váže nikoli toho, v jehož prospěch je zakotvena, ale jiný subjekt, který podle příslušné právní úpravy je oprávněn při výkonu své činnosti (v případě orgánů veřejné moci pro účely výkonu pravomoci a působnosti) se takové informace od této osoby dozvídat (v nejširším smyslu slova), a je oprávněn – opět v rámci příslušného právního předpisu a pro účely výkonu této činnosti (pravomoci a působnosti) - takové informace příslušným způsobem zpracovávat (využívat). Jakmile se příslušné informace předpokládanou cestou dostanou z dispozice nositele této povinnosti mlčenlivosti, tak jim **obecně** nemůže být **z téhož titulu**, tj. z důvodu existence této mlčenlivosti, přiznáván stále stejný stupeň ochrany. Byť jejich nositel, jemuž byly svěřeny pro účely výkonu jeho činnosti, může být (a zpravidla ve smyslu obvykle užívané konstrukce právní úpravy příslušné povinnosti mlčenlivosti také je) nadále touto povinností mlčenlivosti vázán.¹⁹ A je jí samozřejmě stále vázán *erga omnes*,

¹⁸ Nebo také pro příklad: Lze si stěží představit situaci, že by policejní orgán, jenž mobilní telefon zabavil, používal dál legálně toto zařízení pod skrytou totožností, a předstíraje, že je jeho původním držitelem (vlastníkem), by navazoval telefonická (a další) spojení, čímž by si opatroval důkazy v trestní věci, aniž by bylo volajícím známo, že nekomunikují s osobou, které volají či posílají své zprávy, ale s policií.

¹⁹ Jestliže § 84 odst. 2 předchozího zákona o telekomunikacích stanovil, že **každý**, kdo se dozví informace o skutečnostech, které jsou předmětem telekomunikačního tajemství, je povinen zachovávat o nich mlčenlivost, pak slovem „každý“ se zde mínily osoby uvedené v první větě odstavce 1 téhož ustanovení, tzn., že *podle tohoto zákona váže právnícké nebo fyzické osoby, které vykonávají telekomunikační činnosti, jejich zaměstnance a jiné osoby, které se podílejí na vykonávání telekomunikačních činností*. Současně se totéž ustanovení vázalo k odstavci 3, v němž byl vymezen obsah telekomunikačního tajemství a i z něj je patrné, že tyto povinnosti dopadaly na osoby zpracovávající uvedené údaje v rámci poskytování telekomunikačních služeb. V trestním řízení je ochrana informací získaných průlomem do

nestanoví-li zákon výslovně jinak. I když na to, do jaké míry je či není možno legitimně využívat takových informací, které byly publikovány jinou (oficiální cestou), ale vedle toho byly pro jiný zákonem předvídaný účel získány za cenu porušení uvedené povinnosti mlčenlivosti, mohou být samozřejmě rozdílné názory.²⁰

To ovšem ani pro řešený případ neznamena, že po předání těchto informací jejich zprostředkovatelem adresátu, v případě telekomunikačních služeb po jejich „doručení“ volanému, by tyto informace nebyly již chráněny vůbec. Nebudou – jsou-li v dispozici této osoby – již nadále chráněny z důvodu povinné mlčenlivosti, ale bude jim nadále – typicky u fyzických osob – poskytována ochrana v rámci jeho ústavně zaručeného práva na ochranu soukromí (včetně práva na ochranu obydlí, listovní tajemství atd.).²¹

V okamžiku po doručení příslušné zprávy (např. listiny v podobě dopisu) jejímu adresátu již není třeba hledat způsob, jak prolomit povinnost mlčenlivosti v podobě poštovního tajemství, ale je třeba hledat způsob, jak se mohou orgány činné v trestním řízení této zprávy, jež je v držení adresáta, **legálně zmocnit**. Totéž plně platí i ve vztahu ke zprávám, resp. informacím, předávaným prostřednictvím telekomunikačního provozu. Samozřejmě s tou odlišností, že díky dnešním technickým možnostem mobilní telefon, který je sice zařízením určeným převážně

telekomunikačního tajemství a tajemství telefonem aj. dopravovaných zpráv zaručena ustanovením § 65 odst. 5 tr. ř.

²⁰ Viz např. rozsudek ESLP ve věci Fressoz a Roire versus Francie z 21. 1. 1999, v níž byla řešena otázka trestního postihu novinářů za zveřejnění informací, které obdrželi od anonymního zdroje v podobě daňových přiznání, okopírovaných nelegálně z daňového spisu. Kromě jiného právě k otázce zveřejnění údajů pocházejících z takto chráněných materiálů v porovnání s tím, že jde o údaje, které jsou publikovány i v jiných veřejně dostupných zdrojích, z hlediska event. trestního postihu novinářů za jejich zveřejnění (čl. 10 Úmluvy): „Soud musí zejména stanovit, zda účel ochrany fiskální mlčenlivosti, který je sám o sobě legitimní, tvořil právně závazné a dostatečné opodstatnění zásahu. V této souvislosti je nutno poznamenat, že jakkoli obvinění žadatelů je založeno výlučně na tom, že „Le Canard enchaîné“ otiskl dokumenty, které, jak bylo zjištěno, byly poskytnuty panu Fressozovi a panu Roirovi porušením služebního tajemství, nevyhnutelně se týká i zveřejnění informací. Vystal však problém, zda existuje potřeba zabránit zveřejnění informace, která již je veřejnosti dostupná (viz rozsudek ve věci Weber v. Švýcarsko z 22. května 1990, řada A, č. 177, str. 23, § 51 a rozsudek ve věci Vereniging Weekblad Bluf! v. Nizozemí z 9. února 1995, řada A, č. 306–A, str. 15, § 41) a velké množství lidí ji může již znát. Jak vláda uznala, existuje určitý stupeň transparentnosti, pokud jde o zvyšování výdělků a mezd. Tak mohou místní daňoví poplatníci nahlédnout do seznamu osob, které v jejich okrese podléhají daňové povinnosti, a seznámit se s podrobnostmi o zdanitelném příjmu a výši daňové povinnosti každého daňového poplatníka (viz odstavec 26 a 48 výše). Jakkoli tato informace nemůže být rozšiřována, je takto dostupná velkému počtu osob, které ji mohou po řadě rozšiřovat dále. I když zveřejnění daňových přiznání v tomto případě bylo zakázáno, informace, které v nich byly obsažené, důvěrné nebyly. Skutečně odměňování osob, které podobně jako pan Calvet řídí velké společnosti, je pravidelně zveřejňováno ve finančních zpravodajích a druhý žadatel prohlásil, aniž to bylo zpochybněno, že si porovnal informace tohoto typu, aby zhruba zjistil, kolik pan Calvet vydělává (viz odstavec 19 výše). Tudíž neexistoval vyšší a převažující požadavek, aby tato informace zůstala důvěrná. [Pramen: Orac 1281 DJ, č. XXII/2/2000 ES].

²¹ Nutno však odlišit případy, kdy tato povinnost – důvěrnost komunikací nebo poštovní tajemství – zanikne a přistoupí, resp. na její místo nastoupí jiná, jako např. v případě, kdy pošta doručí advokátu dopis jeho klienta, či kdy je doručena ošetřujícímu lékaři zpráva o vyšetření jeho pacienta. Pak právě ve vztahu k těmto novým povinnostem mlčenlivosti, přesto, že již příslušná zpráva došla oprávněnému příjemci, se uplatní omezení uvedené v § 78 odst. 2 tr. ř. Nikoli ale z důvodů dřívější povinnosti mlčenlivosti spojené s přenosem takové zprávy, ale z titulu zvláštní povinnosti, kterou je vázán adresát v zájmu toho, jehož se obsah takto doručené zprávy týká.

pro příjem informací v podobě „normálních“ telefonních hovorů, SMS (MMS a dalších) zpráv, může „v sobě“ obsahovat informace rozdílného charakteru – od indiferentních dat neosobního charakteru – např. v podobě prostého kalendáře – až po tzv. nevyzvednuté zprávy z hlasové schránky, které je třeba připodobnit k dopisu „na cestě“ – k dopisu u poštovního doručovatele, který dosud nebyl poštou předán jeho adresátu, a proto se na jejich obsah (stejně jako na tento dopis) stále vztahuje plně i ustanovení o důvěrnosti komunikací (a ústavně chráněném právu na tajnost telefonem dopravovaných zpráv).

Nejde-li o informace, které jsou chráněny důvěrností komunikací z tohoto důvodu, že jsou v té době ještě takřkajíc „na cestě“ – od volajícího k volanému (zpravidla tedy u operátora) - a k jejichž získání by orgány činné v trestním řízení potřebovaly součinnost s poskytovatelem služby elektronických komunikací, pak lze učinit prvý závěr: ***Tam, kde orgán činný v trestním řízení získá příslušnou legální cestou mobilní telefon, je oprávněn seznámit se s v něm v té době již uloženými informacemi, aniž by musel postupovat podle § 88 nebo § 88a tr. ř.***

Jde o to, jaký postup je tím legálním způsobem, jímž může orgán činný v trestním řízení získat do své moci hmotný nosič již doručených informací, tj. mobilní telefon (případně dopis), a příslušným technickým postupem z něj získat informace potřebné k objasnění věci. Rozhodujícím úkonem, který bude mít zásadní vliv na to, zda může takovou informaci orgán činný v trestním řízení užít v důkazním řízení či nikoli jako relevantní důkaz, totiž není v těchto případech (na rozdíl od zjišťování a zajišťování těchto informací v procesu jejich přepravy od odesilatele k adresátu, resp. od volajícího k volanému) až samotné zjištění (přečtení, odečtení, přehraní, „stažení“ atd. – technické způsoby mohou být různé) takové informace, ale **postup, při němž orgán činný v trestním řízení dostane do své moci vlastní hmotný nosič obsahující takové informace** (dopis, mobilní telefon).

Nad rámec původně připravovaného návrhu stanoviska (v němž to bylo rovněž již částečně vyjádřeno) třeba blíže rozebrat problematiku vlastních procesních postupů, jimiž orgán činný v trestním řízení zajistí věcný nosič informace, o jejíž zjištění a zadokumentování má zájem. V jeho úvodu byla tehdy položena základní otázka, **zda postup podle § 78 či § 79 tr. ř. je dostatečně „silným“ nástrojem – v konfrontaci s ústavními principy ochrany soukromí – na získání těchto informací**. Podle platného trestního řádu, existuje více způsobů, jak se mohou orgány činné v trestním řízení zmocnit věcí důležitých pro trestní řízení. Z praktického hlediska půjde o dva základní postupy:

- **vydání** (§ 78 tr. ř.) **nebo odnětí věci** (§ 79 tr. ř.), provedené případně při osobní prohlídce (§ 83b tr. ř.), domovní prohlídce (§ 83 tr. ř.) nebo prohlídce jiných prostor a pozemků (§ 83a tr. ř.), nebo i při jiných úkonech (např. při ohledání místa činu, rekonstrukci, vyšetřovacím pokusu a dalších obdobných v úvahu přicházejících procesních úkonech),
- **faktické převzetí věci do detence** orgánem činným v trestním řízení, ať už mu byla bez jeho výzvy předána jinou osobou (např. oznamovatelem, který dobrovolně sám z vlastní iniciativy předá policejnímu orgánu výhružný dopis k podpoře svého tvrzení při podání trestního oznámení) nebo ji orgán činný v trestním řízení převzal do své držby při provádění některého z procesních úkonů v trestním řízení (např. typicky při dokumentaci místa trestného činu při ohledání podle § 113 tr. ř.).

Jak bude ještě dále doloženo i na příslušné judikatuře (včetně judikatury Ústavního soudu i ESLP), není pochybností o tom, že prostředkem, kterým může orgán činný v trestním řízení legálním způsobem zajistit důkaz, resp. důkazní prostředek, je procesní postup podle trestního řádu spočívající ve vydání (§ 78) nebo odnětí (§ 79) věci. Jde o universální postupy, které obecně slouží k zajišťování důkazních prostředků pro účely trestního řízení, protože minimálně podstatná část důkazů je založena na dokumentaci stop trestného činu pomocí informací, nacházejících se v objektivně vnímatelné podobě na hmotných nosičích – věcech, na nichž jsou uloženy v různých podobách. Informací různé kvality i kvantity, jejichž snímání a vyhodnocování je předmětem zejména kriminalistické techniky s odvětvím navazujících oborů expertiz, včetně celého souboru dnes již i vzájemně velmi úzce propojených vědeckých disciplín s vypracovanými znaleckými standardy vyhodnocování a zkoumání těchto informací. Jestliže jsou tyto věci zajišťovány, a k tomu slouží právě předmětná ustanovení § 78 a § 79 tr. ř. (a na ně navazující důraznější prostředky v podobě zmíněných prohlídek, event. i sankce v podobě pořádkové pokuty podle § 66 tr. ř.), pak jediným logickým a rozumným závěrem je, že shora uvedené nástroje (postupy) sloužící k jejich zajištění jsou právě tím úkonem, jehož hlavním a základním účelem není nic jiného, než získání těchto konkrétních stop (informací), jež jsou na příslušném hmotném nosiči (obecně řečeno „věci“) v nějaké objektivně zkoumatelné podobě v té době již zachyceny.

Jiný výklad není ani rozumně obhajitelný. Výklad, podle kterého by zákonodárce sice připustil, aby orgány činné v trestním řízení získaly do své moci takové nosiče informací prakticky bez omezení, a to i za cenu zákonem dovoleného donucení (v podobě nuceného odnětí věci, stupňovaného např. předchozí prohlídkou, nebo uložením sankce v podobě pořádkové pokuty), na druhé straně by jim však nebylo dovoleno získat z nich informace, kvůli nimž samotný hmotný nosič předtím zajistily (tj. pokud by po zajištění tohoto hmotného nosiče ještě musely podstoupit cestu zvláštního režimu k prolomení ochrany těchto informací pomocí dalších zvláštních postupů), je absurdní.

Lze tu dospět jen k jedinému výkladu – jde-li o zajištění věci jako nosiče informace důležité z hlediska důkazního pro trestní řízení, pak musí být buď možnost takového zajištění výslovně omezena a vyplývat z konkrétního ustanovení, které poskytuje nejen této informaci, ale samotné této věci jako jejímu hmotnému nosiči, ochranu před tím, aby se jí orgán činný v trestním řízení nemohl zmocnit bez vůle toho, kdo ji drží (bez možnosti uplatnit vůči němu donucení, pokud se dotyčný subjekt dobrovolně nerozhodne ji orgánu činnému v trestním řízení sám vydat, není-li takové rozhodnutí omezeno zákonnými podmínkami a je tedy plně v jeho volní dispozici) – viz § 78 odst. 2 tr. ř., nebo k tomu orgán činný v trestním řízení musí použít speciální postup, v němž platí zpřísněné podmínky, určitá omezení, spočívající zpravidla v nutnosti opatřit si k tomu kvalifikovaný souhlas jiného příslušného orgánu (státního zástupce, soudce). Některé informace – ale ani hmotné nosiče, na nichž se nacházejí - ze zákona **cíleně** získat orgán činný v trestním řízení nemůže vůbec (např. podléhá-li povinnosti mlčenlivosti advokáta).

Nacházejí-li se takové informace, resp. hmotné nosiče, v nichž (nebo na nichž) jsou tyto informace uloženy, v soukromé sféře fyzické osoby, pak jsou nadále chráněny v rámci práva na ochranu soukromí (se všemi instituty, jak byly zmíněny již

dříve), avšak nepodléhají-li ochraně podle § 78 odst. 2 tr. ř., může je orgán činný v trestním řízení zásadně získat „i jen“ cestou vydání (odnětí) věci podle § 78 (resp. § 79) tr. ř. Nelze-li těmito postupy příslušnou věc pro účely trestního řízení získat, může – za splnění dalších podmínek – získat orgán činný v trestním řízení takovou věc důraznějšími postupy - osobní prohlídkou (§ 83b tr. ř.), domovní prohlídkou (§ 83 tr. ř.) nebo prohlídkou jiných prostor (§ 83a tr. ř.).²²

Znovu nutno zdůraznit, že ve všech těchto případech platí omezení uvedené v § 78 odst. 2 tr. ř., tzn., že povinnost vydat (případně oprávnění odejmout) věc se nevztahuje na listinu (lépe řečeno hmotný nosič informace), jejíž obsah se týká okolnosti, o které platí zákaz výslechu, ledaže došlo k zproštění povinnosti zachovat věc v tajnosti nebo k zproštění povinnosti mlčenlivosti (§ 99). Už bylo dříve řečeno, že je tomu tak proto, že odnětí věci, osobní i domovní prohlídka a prohlídka jiných prostor v těchto případech neslouží k ničemu jinému než **k vynucenému splnění** resp. k **nahrazení ediční povinnosti**, která obecně stíhá každého, kdo má věc důležitou pro trestní řízení u sebe, a odmítá ji (bez oprávnění) vydat.

To, že vydání, resp. odnětí věci podle výše uvedených ustanovení trestního řádu, je relevantním postupem, jímž lze pro účely trestního řízení zajistit věc důležitou z hlediska dokazování (objasňování skutkového stavu věci), není dnes v obecné rovině nijak zpochybňováno. Je to i v souladu s judikaturou ESLP, vnitrostátní legislativa a postupy při těchto úkonech užívané však musí snést kritéria stanovená pro zásah do základních práv a svobod.²³ Bylo to také opakovaně

²² Nikoli ovšem úkonem podle § 85b tr.ř. o provádění důkazu v bytě, obydlí, jiných prostorách a na pozemku. Tento institut umožňuje nucené *provedení* důkazu, nikoli *zajištění* důkazu.

²³ Srov.: Informace o rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ve věci Camenzind proti Švýcarsku ze dne 16. prosince 1997 (k čl. 8 a 13 Úmluvy): Ředitelství komunikací kantonu Bern proti němu zahájilo stíhání podle federálního zákona z roku 1974 o správně-trestním právu (droit pénal administratif). Na základě čl. 48 tohoto zákona okresní ředitel PT vydal příkaz k domovní prohlídce, jejíž účelem bylo najít a zabavit neschválený bezdrátový telefon. 21. 1. 1992 se dva úředníci PT dostavili do bytu stěžovatele. Ten přiznal, že vyzkoušel bezdrátový telefon, avšak řekl, že ho již nevlastní. Na základě příkazu k domovní prohlídce umožnil zaměstnancům PT vstup do chodby bytu, seznámil se se spisem a zatelefonoval advokátovi, jakož i na ředitelství PT. Prohlídka byla provedena na žádost pana Camenzinda v jeho přítomnosti a jen jedním úředníkem, který prohledal každou z místností domu včetně sklepa. Omezil se přitom na ověření konformity telefonů a televizorů, jinak se ničeho nedotýkal, neotevřel žádnou zásuvku a neprohlížel žádné listiny. Žádný přístroj hledaného typu nebyl nalezen. O prohlídce byl sepsán protokol, který zmiňoval, že prohlídka může být předmětem stížnosti podle čl. 26-28 zákona o správně-trestním právu. 24. 1. 1992 pan Camenzind podal Federálnímu soudu (Tribunal fédéral) žádost o zrušení domovní prohlídky pro nezákonnost. Federální soud 27. 3. 1992 stížnost prohlásil za přípustnou, avšak odmítl se vyslovit v meritě věci s tím, že „[toto opatření] skončilo a stěžovatel už [jím] v danou chvíli není postižen“. Pan Camenzind 2. 10. 1992 podal stížnost Evropské komisi pro lidská práva. Uvedl v ní, že uskutečněná domovní prohlídka představuje porušení čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a že v rozporu s čl. 6 a 13 Úmluvy nebyla jeho věc spravedlivě projednána ani neměl k dispozici žádný účinný právní prostředek nápravy. Komise rozhodnutími z 27. 2. a 27. 11. 1995 stížnost přijala, avšak pouze pokud jde o čl. 8 a 13. Ve své zprávě z 3. 9. 1996 vyjádřila jednomyslně názor, že nedošlo k porušení čl. 8, avšak čl. 13 porušen byl. Poté Komise a následně švýcarská vláda stížnost předaly k projednání Evropskému soudu pro lidská práva.

...Soud připomíná, že slova „v souladu se zákonem“ ve smyslu čl. 8 odst. 2 Úmluvy znamenají, že inkriminované opatření musí mít základ ve vnitrostátním právu a že příslušný zákon musí být dotčené osobě dostupný - navíc důsledky, které z něj pro ní plynou, musejí být předvídatelné - a slučitelný s principem výsadního postavení práva (viz Kruslin proti Francii, 1990). K projednávání věci poznamenává, že švýcarský zákon o telegrafních a telefonických spojích zakazuje především

judikováno, přičemž judikatura řešila i problém vztahu ustanovení § 78 odst. 2 zakazující tento postup v případech, kdy opatření má být užito vůči subjektu, který má jinak uloženu zvláštní povinnost mlčenlivosti,²⁴ a stejným problémem se

nepovolené používání vysílacích a přijímacích zařízení sloužících k elektrickému nebo radioelektrickému přenosu signálů; zákon o správně-trestním právu pak říká, že pro zjištění přestupku proti tomuto zákonu může být nařízena prohlídka v bytech nebo jiných prostorech „pokud je pravděpodobné, že se v nich (...) nacházejí (...) stopy po přestupky“, přičemž jsou poskytnuty záruky ochrany proti svévolným zásahům státní moci do práva na respektování obydlí. Soud proto připouští, že inkriminovaný zásah byl „v souladu se zákonem“.

Podle ustálené judikatury Soudu pojem „nezbytný“ implikuje, že zásah musí být opodstatněný naléhavou společenskou potřebou a přiměřený sledovanému cíli. Přitom Soud přihlíží k prostoru, který k posouzení „nezbytnosti“ mají smluvní státy (viz např. Olsson proti Švédsku (č. 1), 1988).

Smluvní státy mohou považovat za nezbytné použít takových opatření, jakými jsou domovní prohlídky a zabavení věci, aby zajistily důkaz o určitých porušeních zákona; Soud potom kontroluje relevantnost a dostatečnost státem uvedených důvodů, jakož i respektování výše zmíněného principu přiměřenosti (viz např. Funke proti Francii, 1993; Crémieux proti Francii, 1993; Z proti Finsku, 1997). Pokud jde o posledně jmenovaný bod, Soud se musí ujistit o tom, že zákony i právní praxe poskytují jednotlivcům „adekvátní a dostatečné záruky proti zneužití“ (viz výše citované rozsudky); nehledě na posuzovací prostor, který přiznává smluvním státům, musí zvýšit svou pozornost tehdy, když vnitrostátní právo zmocňuje úřad státní správy nařídít a provést domovní prohlídku bez soudního příkazu: ochrana jednotlivců proti svévolným zásahům státní moci do práv zaručených čl. 8 Úmluvy vyžaduje zákonný rámec a co nejpřísnější omezení takových pravomocí.

V projednávané věci Soud připouští, že příslušné úřady se opodstatněně mohly domnívat, že zabavení předmětu doličného - a tím domovní prohlídka - jsou nezbytné k získání důkazů o přestupku. Pokud jde o záruky poskytnuté ve švýcarském právu ve věcech tohoto typu, Soud poznamenává, že k domovní prohlídce může až na výjimky dojít jen na základě písemného příkazu určitých limitativně vyjmenovaných a vysoce postavených úředníků, přičemž vykonat jí mohou pouze úředníci k tomuto účelu speciálně vyškolení; může zahrnovat „byty a jiné prostory jen tehdy, pokud je pravděpodobné, že (...) se v nich nacházejí zabavitelné předměty (...) nebo stopy po přestupku“; při zahájení prohlídky úředník informuje obyvatele bytu o svém postavení a důvodech prohlídky a vyzve ho, aby jí byl přítomen; v zásadě je také přítomen vyšší úředník, jehož posláním je bdít nad tím, „aby se operace nevzdálila od svého cíle“; za přítomnosti všech zúčastněných je sepsán protokol a každý dostane kopii příkazu k prohlídce; obviněný má navíc „v každém případě“ nárok na účast advokáta; každý, kdo byl prohlídkou postižen a má „zájem, hodný ochrany, na tom, aby došlo ke zrušení nebo změně“ může podat stížnost Federálnímu soudu a rovněž, v případě zproštění viny, žádat o odškodnění za utrpěnou újmu.

Vzhledem k existenci výše uvedených právních záruk, jakož i jejich respektování a malému rozsahu prohlídky v projednávaném případě, se Soud domnívá, že zásah do práva pana Camenzinda na respektování obydlí může být považován za přiměřený sledovanému cíli a tedy za „nezbytný v demokratické společnosti“. Čl. 8 Úmluvy tedy porušen nebyl. [Pramen ASPI]

²⁴ Viz zejm. např. rozhodnutí NS ČR ze dne 1.4.1998 sp. zn. 5 Tz 19/98 [Pramen ASPI, s odkazem na Soudní rozhledy č. 8/1998, str. 209]:

1. Povinnost na vyzvání předložit nebo vydat orgánům činným v trestním řízení věc důležitou pro trestní řízení má podle § 78 odst. 1 tr.ř. každý, kdo ji má u sebe, tedy pokud má věc ve své moci (ve své dispozici) tak, že ji přímo on sám může předložit nebo vydat. Za těchto podmínek je povinen doličnou věc předložit nebo vydat i advokát, byť ji převzal v souvislosti s poskytováním právních služeb, jestliže nejde o listinu, na kterou se vztahuje výjimka uvedená v § 78 odst. 2 tr.ř. Takovou listinou ovšem není směnka, kterou měl advokát převzít od některého z účastníků směnečného právního vztahu na základě jeho smluvního zastoupení, protože zákon směnečný a šekový, zákon o cenných papírech ani jiný právní předpis nestanoví, že by obsah směnky podléhal povinnosti mlčenlivosti ve smyslu § 99 odst. 2 tr.ř. Nemá-li advokát směnku u sebe, bylo by možné získat informaci o jejím uložení od advokáta jen jeho výslechem jako svědka, přičemž na takový výslech by se již mohl vztahovat zákaz výslechu podle § 99 odst. 2 tr.ř. v důsledku povinnosti mlčenlivosti založené ustanovením § 21 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, jestliže se advokát dozvěděl o tom, kde se směnka nachází, v souvislosti s poskytováním právních služeb a nebyl klientem povinnosti mlčenlivosti zproštěn.

2. Nevyhovění výzvě dané podle trestního řádu, které je důvodem pro uložení pořádkové pokuty

zabývala i výkladová stanoviska Nejvyššího státního zastupitelství.²⁵ Tento postup lze uplatnit i v případě, že je třeba odejmout média obsahující údaje chráněné zvláštní povinností mlčenlivosti, pokud nelze tyto údaje spolehlivě v rámci prováděného úkonu identifikovat a oddělit od ostatních.²⁶

podle § 66 odst. 1 tr.ř., lze spatřovat i v tom, že osoba vyzvaná k předložení nebo vydání věci podle § 78 odst. 1 tr.ř. sice do protokolu o tomto úkonu výslovně neprohlásí, že odmítá doličnou věc předložit nebo vydat, ale počíná si tak, že tuto zákonnou povinnost nesplní.

²⁵ Viz stanovisko poř. č. 24/2002 Sb.v.s. NSZ: Ověřovací kniha notáře může být svým charakterem věcí důležitou pro trestní řízení. Je-li to pro splnění účelu trestního řízení nezbytné a není-li možno požadovaný úkon trestního řízení provést v rámci nahlédnutí do ověřovací knihy u notáře, je možno - za dodržení zásady přiměřenosti a zdrženlivosti (§ 2 odst. 4 a § 52 trestního řádu) - požadovat její vydání postupem podle § 78 odst. 1 trestního řádu, nebo - nevyhoví-li notář výzvě podle tohoto ustanovení - ji na nezbytně nutnou dobu odejmout postupem podle § 79 odst. 1 trestního řádu. Orgán činný v trestním řízení, který tyto úkony provádí, musí přihlížet též k tomu, aby svým postupem nezmařil výkon zákonné působnosti notáře.

²⁶ Viz ústavní nálezy sp. zn. IV. ÚS 2/02: „Pokud se podle § 83a odst. 1 trestního řádu nařizuje prohlídka jiných prostor, doručuje se příkaz osobě, která je skutečným uživatelem dotčené prostory. Je-li uživatelů více, postačí příkaz doručit kterémukoliv z nich (viz Komentář k trestnímu řádu, P. Šámal a kol., 3. vydání 2001, str. 436).

Při výkonu prohlídky jiných prostor, pro jejíž nařízení byly splněny zákonné podmínky, lze jako věci důležité pro trestní řízení zajistit i výpočetní techniku a záznamová média, případně jejich kopie, i když existuje možnost, že zajištěné nosiče informací obsahují vedle záznamů o skutečnostech důležitých pro trestní řízení i informace o skutečnostech, které se netýkají probíhajícího trestního řízení a ke kterým se váže státem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti.

Je-li dáno důvodné podezření, že nosiče informací obsahují údaje a informace důležité pro trestní řízení, jsou-li tedy splněny podmínky pro zajištění těchto nosičů, nemůže tvrzení osoby, u níž se prohlídka provádí, či tvrzení jiné osoby při prohlídce přítomné, že nosiče informací obsahují i informace, ve vztahu k nimž je tato osoba vázána povinností mlčenlivosti, zabránit zajištění těchto nosičů. Nelze-li toto tvrzení v průběhu prohlídky ověřit a není-li možno oddělit část nosičů informací, které jsou věcmi důležitými pro trestní řízení, od těch nosičů, které obsahují informace netýkající se trestního řízení a jsou chráněny státem uloženou povinností mlčenlivosti, je třeba při provádění prohlídky s prvky výpočetní techniky zajistit a zadokumentovat veškerou výpočetní techniku a záznamová média, u nichž lze důvodně předpokládat, že obsahují informace důležité pro trestní řízení.

Je-li prohlídka jiných prostor (stejně jako domovní prohlídka) prováděna s cílem nalézt a zajistit předměty, které se mohou stát věcnými důkazy podle § 112 odst. 1 trestního řádu, a je-li tohoto cíle dosahováno postupem dle příslušných ustanovení trestního řádu, nelze považovat za nedovolené porušení povinnosti mlčenlivosti skutečnost, že nosiče informací obsahují i údaje pro probíhající trestní řízení nepodstatné a nepoužitelné, neboť tento cíl nebyl provedením prohlídky sledován; jedná se pouze o vedlejší produkt prohlídky, kterému nebylo možno zabránit, a nikoliv o záměrné získávání údajů chráněných povinností mlčenlivosti způsobem, který by byl v rozporu s předpisy upravujícími prolomení povinnosti mlčenlivosti. Při existenci povinnosti orgánů činných v trestním řízení postupovat tak, aby byl zjištěn skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, v rozsahu nezbytném pro jejich rozhodnutí (§ 2 odst. 5 trestního řádu) a pro naplnění účelu trestního řízení (§ 1 odst. 1 trestního řádu) nemůže orgánu činnému v trestním řízení v plnění jeho povinnosti provést nařízenou prohlídku a zajistit věci, které se v příslušných prostorách nacházejí, bránit skutečnost, že ve vztahu k některé z nich může existovat zákonná povinnost mlčenlivosti. Orgán činný v trestním řízení, který prohlídku vykonává, nemůže být vázán pouhým prohlášením osoby, u níž se prohlídka vykonává, že někde je záznam, ke kterému se váže povinnost mlčenlivosti, aniž by takový údaj ověřil. Takový údaj může orgán činný v trestním řízení prověřit jen tím, že to sám zjistí, přičemž tento postup mu ukládá shora uvedená ustanovení § 2 odst. 5 trestního řádu. Je samozřejmé, že je třeba postupovat v souladu se zásadou přiměřenosti a zdrženlivosti (§ 2 odst. 1 a § 52 trestního řádu), kteréžto zásady spočívají v tom, že orgány činné v trestním řízení budou v míře co nejmenší zasahovat do základních práv a právem chráněných zájmů těch osob, vůči kterým není vedeno trestní řízení.“

Na druhé straně je třeba připomenout tři podstatné skutečnosti:

1. takové opatření nelze **cíleně** užít vůči věci, jež obsahuje informace chráněné zvláštní povinností mlčenlivosti, pokud tato mlčenlivost není postupem podle zákona prolomena a pokud by tento postup byl veden úmyslem získat právě tyto informace;²⁷ na povaze nosičů těchto informací zásadně nezáleží,²⁸
2. toto opatření musí být provedeno přísně *intra legem*, a formálně podle předepsaných pravidel, kdy i zdánlivě nepodstatné formální vady mohou ve svém výsledku nakonec vést k nepoužitelnosti (v lepším případě relativní, ale zpravidla přímo absolutní neúčinnosti) takto získaného důkazu,²⁹

²⁷ Srov. např. rozhodnutí NS ČR ze 17.10.2001 sp. zn. 3 Tz 219/2001: Vydání lékařských receptů nelze pro účely trestního řízení na zaměstnanecké pojišťovně vyžadovat s ohledem na ustanovení § 22 odst. 1 zák. č. 280/1992 Sb. postupem podle § 78 tr. ř., ale je nutno postupovat ve smyslu ustanovení § 99 tr. ř. a zprostit příslušné zaměstnance povinnosti mlčenlivosti subjekty k tomu oprávněnými, kterými jsou pojištěnci pojišťovny. [Pramen ASPI]

²⁸ Výkladové stanovisko poř. č. 9/2001, které řeší stejnou problematiku jako výše citovaný ústavní nálezn sp. zn. IV. ÚS 2/02, ve svém odůvodnění mj. uvádí: „Úvodem je třeba konstatovat, že pojem „listinných důkazů“ je vymezen v ustanovení § 112 odst. 2 tr. ř. tak, že „listinnými důkazy jsou listiny, které svým obsahem prokazují nebo vyvracejí dokazovanou skutečnost, vztahující se k trestnému činu nebo k obviněnému“. Bližší výklad tohoto pojmu nečinil v dřívější době žádných potíží, neboť listina byla skutečně materiálně listinou (soukromou či veřejnou) v „papírové“ formě. Teprve s rozvojem výpočetní techniky a rozšířením technických nosičů informací, kterými lze rozumět jakákoli média používaná v procesu automatizovaného zpracování dat k záznamům dat a informací, vznikl problém, zda tyto nosiče informací lze považovat za listinné důkazy ve smyslu § 112 odst. 2 tr. ř., při jejichž vydání je nezbytné respektovat ustanovení § 78 odst. 2 tr. ř. Je třeba připustit, že formulace ustanovení § 112 odst. 2 tr. ř. v současné době nevyhovuje změněné situaci v oblasti zpracování dat a informací. Ze znění tohoto ustanovení nelze však dovodit, že počítačová technika a další záznamová média jsou svojí povahou listinou. Listinou se záznamy na nosiči informací stanou teprve poté, kdy jsou skutečně z nosiče informací do listinné podoby převedeny. Z uvedeného závěru vyplývá skutečnost, že ve vztahu k nosiči informací nelze aplikovat výjimku z povinnosti vydat věc důležitou pro trestní řízení ve smyslu § 78 odst. 2 tr. ř. a toto ustanovení nebrání jejich zajištění, nastupuje povinnost orgánů činných v trestním řízení takové věci zajistit.“ Z hlediska vývoje nazírání na tento problém je toto odůvodnění nutno považovat do určité míry již za překonané. Podstatným tu totiž není to, zda lze takové nosiče považovat za listiny či nikoli (trestní řád používá tohoto pojmu v obecné rovině, resp. přípustný a jedině možný výklad je ten, že se obecně vztahuje na jakékoli nosiče informací), ale to, že aktuální situace na místě provádění úkonu nedovoluje bezpečně a spolehlivě oddělit od sebe tyto druhy informací, a tak v zájmu náležitého zjištění skutkového stavu věci se připouští jejich zajištění i v situaci, kdy kromě „hledaných“ informací event. mohou obsahovat informace chráněné touto povinností mlčenlivosti. Samozřejmě za předpokladu, že nepůjde o cílené obcházení zákona a jejich získání bez průlomu do této povinnosti mlčenlivosti.

²⁹ Např. v oblasti mezinárodní spolupráce v trestním řízení srov. ústavní nálezn sp. zn. III. ÚS 87/97: „K provedení odnětí věci (§ 79 odst. 1 trestního řádu) jako neodkladného úkonu (§ 160 odst. 1 trestního řádu) z podnětu informace Interpolu o odcizení vozidla v cizině, je policejní orgán oprávněn pouze na základě dokladu o zahájení trestního stíhání v zahraničí s tím, že o zajištění vozidla požádaly zahraniční vyšetřovací orgány v rámci mezinárodní pomoci ve věcech trestních.“ [Pramen ASPI]

Z hlediska náležitého označení osoby, vůči níž příslušný příkaz (zde k domovní prohlídce) směřuje, viz i nálezn I. ÚS 424/2000: „Ten, proti němuž vydaný příkaz k prohlídce směřuje (stejně jako orgán, který jej má provést), v něm musí být označen tak, aby o jeho totožnosti nemohly vzniknout nejmenší pochybnosti. Kogentní ustanovení § 83a trestního řádu vyžaduje náležité odůvodnění příkazu k prohlídce jiných prostor a pozemků a doručení tohoto příkazu tomu uživateli dotčených prostor nebo pozemku, jež mají být podle příkazu prohlédnuty. Z hlediska respektování ústavně zaručených základních práv a svobod je zřejmé, že příslušná prohlídka

3. oproti minulosti se i na zajišťovací instituty tohoto charakteru, které jsou zásadně ze své povahy dočasnými opatřeními, pohlíží daleko přísněji nejen z hlediska zásahu do soukromí, ale i z hlediska zásahu do vlastnického práva k věci, která je předmětem tohoto úkonu.³⁰

Za dodržení uvedených pravidel a při respektování zásady přiměřenosti, která je výslovně zakotvena v ustanovení § 2 odst. 4 tr. ř., mohou orgány činné v trestním řízení zajistit i mobilní telefon jako věc důležitou pro trestní řízení a pokud jsou v něm uloženy údaje, které by měly jinak charakter údajů chráněných povinností zachovávat důvěrnost komunikací, resp. tajemství telefonem a podobným zařízením dopravovaných zpráv, které již byly adresátu, tj. oprávněnému uživateli mobilního telefonu, sděleny (tj. doručeny poskytovatelem telekomunikační služby), mohou tyto údaje získat běžnou odbornou činností příslušných specializovaných policejních útvarů, aniž by bylo nutno hledat zvláštní postupy pro průlom do zvláštní povinnosti mlčenlivosti plynoucí dnes ze zákona o elektronických komunikacích. Neboť tyto informace, byly-li již prokazatelně tomu, komu byly určeny, prostřednictvím příslušné telekomunikační služby předány, od toho okamžiku – jako informace uložené u adresáta - nepodléhají již povinnosti zachovat důvěrnost komunikací ve smyslu uvedené zvláštní povinnosti mlčenlivosti, jíž má na mysli § 78 odst. 2 tr. ř.

Složitější situace nastane, pokud by vedle těchto informací mobilní telefon jako telekomunikační zařízení v době zajištění obsahoval také informace, které dosud nebyly „doručeny“ jejich adresátu, tedy informace, v té době existující obvykle v podobě nevyzvednuté zprávy v hlasové schránce nebo nepřečtené textové (SMS) či zvukové nebo obrazové (MMS) zprávy.

I tady ale lze vést paralelu s doručováním zpráv prostřednictvím pošty (stále je ale třeba mít na paměti, že jde o informace v době zajištění mobilního telefonu již

může být provedena toliko v prostorách toho subjektu, který je v příkazu k ní řádně označen. Opačný postup, který v souzené věci zvolil účastník řízení, když provedl prohlídku při které byla odňaty věci v prostorách jiného subjektu než toho, vůči kterému byl příkaz k prohlídce vydán, resp. neodstranil pochybnosti, týkající se vlastníka nebo uživatele uvedených prostor, tak vedl k porušení ústavně zaručených základních práv a svobod stěžovatele, zakotvených v čl. 7 odst. 1, čl. 10 odst. 2, a čl. 12 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.“

K témuž problému i ústavní nález sp. zn. I. ÚS 201/01: „Kogentní ustanovení § 83a trestního řádu totiž vyžaduje náležité odůvodnění příkazu k prohlídce jiných prostor a pozemků a doručení tohoto příkazu tomu uživateli dotčených prostor nebo pozemku, jež mají být podle příkazu prohlédnuty. Z hlediska respektování citovaných ústavně zaručených základních práv a svobod je zřejmé, že příslušná domovní prohlídka může být provedena toliko v prostorách toho subjektu, který je v příkazu k ní řádně označen. Opačný postup, který v souzené věci zvolil účastník řízení, když provedl prohlídku v prostorách jiného subjektu než toho, vůči kterému byl příkaz k prohlídce vydán, představuje protiústavní zásah do citovaných základních práv stěžovatele.“

³⁰ Srov. nález sp. zn. II. ÚS 267/03: V případě vydání či odnětí věci ve smyslu § 78, § 79, § 79a, § 79b, § 79c trestního řádu je zasahováno do vlastnického práva majitele věci, neboť obsahem tohoto práva je kromě dalšího oprávnění věc užívat a s věcí disponovat. V daném případě - vzhledem k tomu, že se jedná o zajištění zaknihovaných cenných papírů - byl stěžovatel jako jejich vlastník dočasně omezen v dispozici s nimi; přitom skutečnost, že se jedná pouze o časově omezené opatření, nevylučuje jeho způsobilost zasáhnout do ústavně zaručených práv jednotlivce. K danému zásahu pak může dojít za předpokladu, že se tak stane na základě zákona a v souladu s ním (čl. 11 odst. 4 Listiny, čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě). Ve vztahu k posuzovanému případu to znamená, že předmětný zásah může trvat pouze do doby, než nastanou zákonem předpokládané skutečnosti pro jeho ukončení (§ 80 odst. 1 věta první tr. ř.), přičemž posouzení této otázky náleží příslušnému orgánu činnému v trestním řízení.

předané, existující, nikoli odesílané až po zajištění tohoto přístroje orgánem činným v trestním řízení). Nachází-li se taková zpráva předávaná poštou v listinné podobě (ať už jde o tradiční formu dopisu či telegramu), ještě u držitele poštovní licence a ten dosud zprávu nedoručil adresátu do jeho rukou, podléhá ochraně nejen soukromí ve smyslu ústavních zásad, ale i poštovnímu tajemství jako zvláštní povinnosti mlčenlivosti.³¹ Přijme-li se jako obecný princip, že ochrana těchto informací předávaných prostřednictvím pošty či telekomunikačního provozu, existující v podobě zvláštní povinnosti mlčenlivosti (poštovního tajemství, resp. důvěrnosti komunikací), pomíjí zásadně okamžikem, kdy jsou takové informace doručeny jejich adresátu (jejich oprávněnému příjemci), pak lze z tohoto hlediska informace doručené přímo na samotný mobilní telefon jako hmotný nosič těchto informací (ať už jsou uloženy v paměti či na SIM kartě nebo v operačním systému přístroje) zajistit a „přečíst“ stejně, jako lze zajistit a přečíst dopis či telegram, který držitel poštovní licence řádně doručil jejich adresátu. Tento postup nebude možno uplatnit jen v těch případech, kdy informace předávané prostřednictvím telekomunikačního provozu v okamžiku, kdy je chce získat do své dispozice orgán činný v trestním řízení, ještě nebudou oprávněnému příjemci předány subjektem poskytujícím příslušnou telekomunikační službu (příslušným operátorem, který je oprávněn tyto služby poskytovat ve své síti), přičemž k jejich získání by byla nutná součinnost uvedeného subjektu. V takovém případě, podobně jako je tomu u dopisu „na cestě“, který ještě nebyl příjemci (adresátu) doručen (dodán) poštou, ale je k němu teprve prostřednictvím držitele poštovní licence přepravován, nelze takovou informaci získat přímo, bez zákonem stanoveného postupu pro průlom do povinnosti zachovávat důvěrnost komunikací (resp. v příkladu uvedeném pro srovnání poštovního tajemství). Protože zde musí dojít nikoli k omezení práva na soukromí přímo u toho, jehož se úkon týká, ale o průlom do zvláštní povinnosti mlčenlivosti u subjektu, který bez splnění zákonných podmínek pro tento průlom nesmí uvedené informace orgánům činným v trestním řízení vydat.

Nelze než z minulosti připomenout závěr, podle něhož zvýšená ochrana prostřednictvím zvláštní povinnosti mlčenlivosti se poskytuje v daných případech vůči cizím, neoprávněným osobám (tedy i orgánům činným v trestním řízení) proto, že s údaji, o jejichž vydání jde, nedisponuje ten, jehož se týkají, ale cizí subjekt, jemuž byly těmito osobami svěřeny k „přepravě“ v důvěře, že nebudou zneužity k jinému než právě a jenom k tomuto účelu. Není na vůli subjektu, poskytujícího poštovní či telekomunikační služby, zda údaje vydá jinému než oprávněnému příjemci. Je velmi omezen v právu s nimi disponovat, zejména pak v právu sdělovat je cizím osobám a subjektům.

K možné námitce, že postup, při němž se po legálním zajištění mobilního telefonu orgány činné v trestním řízení seznámí s obsahem v něm uložených informací doručených již adresátu bez toho, aniž by volily zvláštní postupy pro průlom do povinnosti mlčenlivosti stanovené zákonem o elektronických komunikacích, by odporoval obecně uznávaným principům nedotknutelnosti soukromí a byl by v rozporu se zásadami, které byly poprvé vyjádřeny *expressis verbis* v nálezech

³¹ V tomto případě se má na mysli doručení zprávy oprávněnému příjemci, jímž nemusí být podle stanovených podmínek pro doručování výlučně jenom adresát. K tomu srov. blíže příslušná ustanovení § 51 a násl. vyhlášky č. 286/2004 Sb., kterou se stanoví poštovní podmínky základních služeb a základní požadavky kvality při jejich zajišťování držitelem poštovní licence (vyhláška o základních službách držitele poštovní licence).

Ústavního soudu k problematice zjišťování osobních a zprostředkovacích dat z telekomunikačního provozu ještě před zakotvením § 88a do trestního řádu, je třeba říci, že Ústavní soud se v žádném ze svých nálezů, v nichž tuto problematiku řešil, nikterak blíže nezabýval otázkami časového limitu, po který ještě trvá telekomunikační tajemství (resp. dnes důvěrnost komunikací) jako zvláštní povinnost mlčenlivosti, kterou je možno prolomit jedině postupem podle § 88, resp. § 88a tr. ř. (nebo pomocí obdobných institutů).

Není důvodu, jak bylo naznačeno výše, činit zásadní rozdíly mezi ochranou údajů předávaných prostřednictvím poštovního styku a údajů předávaných prostřednictvím telekomunikačního provozu. Obojí údaje náleží do údajů chráněných ve sféře soukromí jako ústavně zaručeného práva podle čl. 7 odst. 1, čl. 10 a čl. 13 Listiny, a navíc jsou chráněny – každý ve své kategorii – v průběhu procesu přepravy od odesilatele (volajícího) k adresátu (volanému) i zvláštní povinností mlčenlivosti, pro kterou platí – opět shodně pro obě kategorie – omezení uvedená v trestním řádu. Z nich je zcela zřejmé, že průlom do nich je možný jedině v případech, kdy tak stanoví zákon.

Na rozdíl od ochrany soukromí přiznávané Listinou, která má z posuzovaného hlediska univerzální charakter,³² je však zvláštní povinnost mlčenlivosti časově omezená a je svázána s existencí právních vztahů, založených mezi účastníky telekomunikačního provozu, resp. uživateli poštovní služby na straně jedné, a poskytovateli těchto služeb na straně druhé, přičemž zvláštní omezení vyplývající z této povinnosti mlčenlivosti ve vztahu k orgánům činným v trestním řízení, které jim dovoluje získávat informace vznikající v souvislosti s poskytováním uvedených služeb výlučně jen na základě speciálně trestním řádem stanovených postupů, je vymezeno tak, že trvá po dobu, po níž se musí orgány činné v trestním řízení za účelem zjištění, resp. zajištění (nebo ještě jinak řečeno: zjištění jejich obsahu) těchto informací dovolávat součinnosti s poskytovatelem telekomunikačních, resp. poštovních služeb, neboť jen tyto subjekty (a nikoli adresát nebo volaný) jsou uvedenou zvláštní povinností mlčenlivosti vázány. Toto časové omezení se ale nemusí přesně kryt s dobou vlastního poskytování telekomunikační služby, i když s ní bude v řadě případů (u poštovních služeb naprosto pravidelně) splývat. Rozhodující je, že jde o informace, které pocházejí z této služby a že jejich zdrojem je pro orgán činný v trestním řízení právě její poskytovatel. Právě v této době a v těchto vztazích se omezení plynoucí z povinnosti mlčenlivosti vůči orgánům činným v trestním řízení uplatní.³³

³² Samozřejmě z hlediska případné ingerence ze strany orgánů veřejné správy, ale tato základní práva svobody zaručují ochranu (která se pak promítá do norem tzv. jednoduchého práva) i před neoprávněnými zásahy ze strany soukromých subjektů, jak bylo vysvětleno v judikatuře ESLP i Ústavního soudu, byť ochrana na úrovni ústavní je *přímo* zaručena právě a jenom při zásazích ze strany orgánů veřejné moci.

³³ Právě – a jenom - v tomto směru – mají uvedené zvláštní povinnosti mlčenlivosti rovněž univerzální charakter – působí navenek vůči všem a přetrvávají i po poskytnutí služby, avšak týkají se jen omezeného okruhu subjektů. Dovolat se jich mohou (a musí, pokud zákon nestanoví jinak) jen ty subjekty, které jsou jejich nositelem, ať jde o fyzické osoby – zaměstnance poskytovatelů poštovních a telekomunikačních služeb, nebo o tyto poskytovatele jako instituce, případně – jak je tomu např. podle nové úpravy v zákoně č. 127/2005 Sb. – o ostatní osoby a instituce, které takové informace získají legálně od poskytovatelů této služby v rámci zákonem vymezené součinnosti.

Proto platí, že v situaci, kdy orgán činný v trestním řízení potřebuje získat určité informace ze zajištěného mobilního telefonu a může-li tak učinit jedině na základě součinnosti s operátorem, který příslušnou telekomunikační službu zprostředkovával, musí k takovému postupu užít zvláštního postupu stanoveného trestním řádem, ledaže by subjekt, který poskytl telekomunikační službu, byl povinnosti mlčenlivosti zproštěn tím, v jehož prospěch mu byla uložena, nebo pokud by mu k tomu poskytl svolení přímo sám oprávněný uživatel tohoto zařízení, neboť on sám je tím oprávněným, který disponuje s právem na ochranu soukromí.

Pro úplnost nutno zmínit problém, zda se může fyzická osoba platně vzdát vůči orgánu činnému v trestním řízení práva na soukromí, zda sama dobrovolně může „vydat“ určité informace chráněné v rámci práva na ochranu soukromí jednotlivce. Průlom do povinnosti mlčenlivosti učiněný se souhlasem toho, v jehož prospěch byla stanovena, stejně jako průlom do ústavně chráněného práva na soukromí se souhlasem jeho nositele, je nutno samozřejmě připustit, neboť teoretické úvahy, podle nichž jde o právo absolutní povahy, které se uplatní bez ohledu na vůli či nevůli toho, jehož soukromí má ve svém důsledku chránit, takže takového práva se nelze vzdát, resp. nelze je omezit ani vůlí jeho nositele,³⁴ by posléze nutně vyústily v absurdní závěry o tom, že toto omezení platí i v případech, kdy jde o nezbytný postup pro uplatnění jiných jeho práv (nároků), nebo – konkrétně ve vztahu k trestnímu řízení – kdy by to dokonce mohlo bránit účinnému uplatnění práva na obhajobu vlastní nevinoty. Už proto je nepochybné, že získání těchto informací může dát oprávněný subjekt, do jehož práv má být postupem orgánů činných v trestním řízení zasahováno, sám souhlas (nejlépe předem). Opět je tu možno vést paralelu s nezpochybnovanou možností vydat dobrovolně věc (listinu, atd.) orgánů činným v trestním řízení na výzvu.

Kdyby měl platit názor opačný, pak by v praxi byla zásadně vyloučena i konvalidace postupů, při nichž byly orgány činnými v trestním řízení zajištěny (zjištěny) informace z této chráněné sféry bez podmínek stanovených zákonem, a teprve dodatečným souhlasem těch, jejichž práva jsou příslušnými předpisy o ochraně tajemství dopravovaných zpráv, je takto zjištěným informacím dodáno nezbytné legálnosti k tomu, aby se mohly stát řádnými důkazními prostředky (důkazy) v trestním řízení. V tomto směru již existuje i judikatura, byť ne nijak početná a někdy možná i poněkud sporná. V zásadě je však třeba ji akceptovat jako správnou.³⁵ A zřejmě nejen to – byla by vyloučena dodatečná konvalidace takto

³⁴ Srov. cit. monografie A. Brejchy, který k těmto závěrům dospívá. Autor tu však zřejmě spíše zaměřuje princip, podle něhož se nelze platně vzdát některého z práv, protože toto právo není v plné dispozici subjektu, jenž je jeho nositelem (jako je tomu např. u práva na život), s nemožností účinně se vzdát určitého práva *předem*.

³⁵ Srov. Vrchní soud v Praze sp. zn. 7 To 87/2001 z 21.8.2001 [ASPI]: „Záznam o telekomunikačním provozu mobilního telefonu je jako důkaz podle § 88 odst. 2, 3 tr.ř. přípustný i tehdy, pokud jeho uživatel dá souhlas k poskytnutí údajů o tomto telekomunikačním provozu až po jeho uskutečnění a dobrovolně se tak vzdá ochrany tajemství zpráv dopravovaných tímto telefonem. Pokud se jedná o provedení dokazování listinnými informacemi od mobilních operátorů, byl si odvolací soud samozřejmě vědom nemožnosti přes souhlas obžalovaného nově opatřit výpisy předmětných hovorů (viz povinnost je vymazat nebo učinit anonymními podle § 84 odst. 7 zákona o telekomunikacích a o změně dalších zákonů č. 151/2000 Sb.) a také stanoviska Ústavního soudu České republiky o povinnosti orgánů činných v trestním řízení postupovat při opatřování a provádění tohoto důkazu přiměřeně podle § 88 tr.ř. (viz náleze ze dne 22. ledna 2001 sp. zn. II. ÚS 502/2000), podle něhož

pojmově nařízení odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu předsedou senátu nebo soudcem a souhlas účastníka odposlouchávané stanice musejí takovému úkonu předcházet.

K závěru o použitelnosti takových informací v důkazním řízení dospěl odvolací soud poté, co zjistil, že obžalovaný se vlastním souhlasem dobrovolně vzdal práva na ochranu tajemství zpráv podávaných telefonem ve smyslu ustanovení čl. 13 Listiny. Nadto při analogickém postupu podle § 88 tr.ř., který je ovšem v trestním řízení připuštěn pouze ve prospěch obžalovaného, je nutno zároveň respektovat jejich odlišnou povahu oproti odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu, neboť je přichází v úvahu opatřit od mobilních operátů až následně, a to po uskutečnění provozu mobilních telefonů.“

K obdobnému problému viz též Rozsudek NS ČR ze dne 27.6.2002 sp. zn. 4 Tz 36/2002 [ASPI] : „...V této souvislosti je třeba poznamenat, že právní úprava obsažená v tehdy účinném trestním řádu (do 31. 12. 2001), konkrétně v jeho ustanovení § 88 v sobě výslovně zahrnovala pouze úpravu odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu, a neexistoval tak jednoznačný výklad v otázce, zda je režim vyplývající z ustanovení § 88 tr. ř. nutné vztahovat i na vyžadování provozních dokladů (tj. údajů o číslech a provozu účastnických stanic včetně doby jejich provozu atd.), tzv. detailbildingu.... Nejvyšší soud v reakci na výše uvedený výklad Ústavního soudu dospěl k závěru, že pokud v přezkoumávané věci byla v přípravném řízení opatřena předmětná zpráva od společnosti E. zahrnující i tzv. další údaje při evidování telekomunikačního provozu jmenovaných účastníků, aniž byl při jejím opatřování dodržen postup upravený v ustanovení § 88 tr. ř., a tato zpráva byla v řízení před soudem bez dalšího provedena jako důkaz, z něhož bylo v konečném hodnocení důkazů vycházeno, má takový postup za důsledek neúčinnost obsahu takové zprávy coby důkazu a provedené hodnocení důkazů je v důsledku toho zatíženo podstatnou vadou řízení. V tom je třeba dát stížnosti pro porušení zákona za pravdu. Je však třeba zároveň zodpovědět otázku, zda neúčinnost zmíněného důkazu má povahu absolutní či relativní, tedy jinými slovy, zda je zjištěná podstatná vada neodstranitelná nebo naopak odstranitelná. Trestní řád absolutní neúčinnost důkazu spojuje především s takovým důkazem, jehož získání bylo spojeno s nezákonným donucením nebo hrozbou takového donucení, což výslovně uvádí jeho ustanovení § 89 odst. 3, které připouští použití takového důkazu jen v případě, kdy se použije jako důkaz proti osobě, která takového donucení použila. O takový případ se ale v dané věci nejedná. Lze vyslovit i přesvědčení, že orgány přípravného řízení ani soudy obou stupňů se nedopustily záměrného porušení procesních předpisů, a to jak při opatřování předmětné zprávy a výpisu od společnosti E., tak při jejich provádění a hodnocení coby důkazu, a to právě s ohledem na již dříve zmíněnou nejednoznačnost výkladu, zda je režim ustanovení § 88 tr. ř. nutné vztahovat i na případy vyžadování zpráv o tzv. dalších údajích telekomunikačního provozu. Nebylo by totiž žádným problémem vyžádat si od poškozeného Martina M. či od svědka V. a B. souhlas k jejich opatření ve smyslu § 88 odst. 3 tr. ř., neboť na ně v konkrétním případě dopadá právo na zachování tajemství přepravovaných zpráv zakotvené v Čl. 13 Listiny základních práv a svobod. Tato podstatná vada spočívající v absenci předchozího souhlasu oprávněné osoby, kterého bylo třeba k provedení úkonu (poskytnutí požadovaných údajů od provozovatele telekomunikační sítě), má podle názoru Nejvyššího soudu za následek jen relativní neúčinnost důkazu, kterou lze zhojit jeho dodatečným udělením, a to postupem podle nyní platného ustanovení § 88a odst. 2 tr. ř. Je tomu tak proto, že M. M. v postavení poškozeného má nepochybný zájem na objasnění věci a v daném případě byl on v postavení účastníka telekomunikační služby (viz § 2 odst. 9 zák. č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích) a zároveň i v postavení uživatele telekomunikačního zařízení, k němuž se vztahují případné údaje o uskutečněném telekomunikačním provozu. Obviněný L. N., který je v důvodném podezření, že se násilně zmocnil mobilního telefonu poškozeného, v postavení uživatele telekomunikační služby ve smyslu § 2 odst. 8 zák. č. 151/2000 Sb. být nemohl, neboť za takového uživatele lze označit pouze osobu, již je uvedená služba poskytnuta oprávněně. Oprávněným uživatelem ve výše uvedeném smyslu může být účastník telekomunikační služby - držitel telekomunikačního zařízení, který je s jejím poskytovatelem ve smluvním vztahu, případně jiná osoba, které je telekomunikační služba poskytnuta s výslovným nebo alespoň konkludentním souhlasem účastníka telekomunikační služby - držitele telekomunikačního zařízení. Obdobný závěr lze vyslovit i ohledně svědka V. B., jehož zájmem může být objasnění míry jeho případné vlastní angažovanosti na projednávaném skutku. Pokud tedy bude jmenovanými oprávněnými osobami udělen dodatečný souhlas k provozovatelem telekomunikační sítě již dříve poskytnutým údajům, původně vadný důkaz se celkově stane bezvadným anebo se stane bezvadným v tom rozsahu, který bude pokryt dodatečným souhlasem některého z oprávněných uživatelů. Proto bude nezbytné předvolat svědky M. M. a V. B. za účelem zjištění, zda by v rámci původního řízení byli udělili souhlas k vyžádání údajů o volaných číslech, datu a čase hovoru a době jeho trvání, které

získaných informací i opakováním postupu, který by však byl proveden přesně v intencích zákona a tytéž informace by se tak dostaly orgánům činným v trestním řízení znovu, tentokrát již legální cestou, což se rovněž vcelku bez pochybností připouští.³⁶

Ještě jeden problém nutno v těchto souvislostech zmínit – otázku svolení k odposlechu (§ 88 odst. 3 tr. ř.), resp. ke zjišťování osobních, provozních a lokalizačních údajů (§ 88a odst. 2 tr. ř.), při nichž takový souhlas jednoho z účastníků telekomunikačního provozu vlastně jakoby (fakticky) nahrazuje souhlas i zbývajících účastníků, jejichž projevy jsou bez jejich vědomí zachycovány a použity posléze v důkazním řízení. Zatímco u soudem povoleného odposlechu nevzniká pochybnost o legitimitě získávání informací pocházejících i od jiných účastníků telekomunikačního provozu, kteří jsou v rámci odposlechu rovněž monitorováni,³⁷ je možno ve vztahu k informacím získávaným na základě odposlechu (resp. zjištění jiných údajů z telekomunikačního provozu) jen se souhlasem jednoho z účastníků tohoto provozu takovou pochybnost vyslovit. Pravdou je, že tato otázka byla řešena

se měly uskutečnit z jejich mobilních telefonů inkriminovaného dne 4. 6. 2000, kdyby od nich byl takový souhlas orgány přípravného řízení vyžádán. Zároveň se je třeba jich dotázat, zda tento souhlas udělí dodatečně na žádost soudu. Pokud jmenovaní svůj souhlas dodatečně poskytnou, dojde ke konvalidaci celé předmětné zprávy i ostatních údajů od společnosti Eurotel (č. I. 46, 47 trestního spisu) coby důkazu, a tím i svědeckých výpovědí D. Š. a B. P., které byly ve svém důsledku získány na základě dosud neúčinného důkazu. Byť v případě konvalidace by nebylo zmíněné důkazy potřebné znovu provádět, přesto s ohledem na níže uvedené důvody se jeví nezbytným jejich provedení v novém hlavním líčení před okresním soudem, a to i s ohledem na zásadu bezprostřednosti vyplývající z ustanovení § 2 odst. 12 tr. ř. Nejvyšší soud je totiž nucen poukázat na další nedostatky v dosud provedeném řízení, jakož i ve vydaných rozhodnutích soudů obou stupňů, na které také poukázala stížnost pro porušení zákona a pro něž dosud pravomocné meritorní rozhodnutí nemůže obstát. Měl být opatřen i příslušný doklad (záruční list, paragon, apod.), jenž by prokazoval vlastnictví poškozeného M. M. k odcizenému mobilnímu telefonu Nokia 3210 opatřeného číslem SIM karty 0606 339049. Lze totiž předpokládat, že tyto doklady k telefonnímu přístroji pořízenému podle jeho vlastního vyjádření v prosinci 1999 měl poškozený k dispozici. Z těchto dokladů - záručního listu by pak bylo možné ověřit i tzv. IMEI kód telefonního přístroje, což je jeho nepřenositelné číslo na rozdíl od čísla SIM karty, kterou lze z telefonního přístroje vyjmout a vložit ji do přístroje jiného a uskutečnit z ní hovor, pod číslem vložené SIM karty. Ve výpisu o telekomunikačním provozu poskytnutého společností E. je sice tento IMEI kód telefonního přístroje uveden, ale chybí jednoznačné ztotožnění, že se jednalo o telefonní přístroj poškozeného. Celkovému objasnění věci by jistě napomohlo i dodatečné upřesnění (pokud je to s odstupem času reálné) od společnosti E., z jaké základnové stanice byly zajišťovány hovory, které byly uskutečněny z mobilního telefonu poškozeného vzápětí po jeho odcizení (jedná se o tři telefonické hovory na čísla mobilních telefonů, jejichž držitelkami byly zjištěny svědkyně Š. a P.), to celé ale za předpokladu, že M. M. vysloví dodatečný souhlas s opatřením takových údajů, jak již bylo shora naznačeno.“

³⁶ Srov. Rt 14/2003; rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 29.1.2002 sp. zn. 7 To 156/2001 (Sb. NS č. 3/2003, str. 161), [ASPI]: „I. Vadu důkazu spočívající v tom, že údaje o uskutečněném telekomunikačním provozu byly vyžádány v rozporu se zákonem, lze za účinnosti novely trestního řádu č. 265/2001 Sb. napravit postupem podle § 88a tr. ř., ovšem za předpokladu, že příslušný operátor bude mít předmětné údaje ještě k dispozici.“

³⁷ Srov. Rt 19/2004; usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 9.10.2003 sp. zn. 2 To 144/03 (Sb. NS č. 5/2004, str. 111), [ASPI]: „... II. Pro přípustnost užití záznamu o odposlechu telekomunikačního provozu jako důkazu je rozhodující, zda k tomuto odposlechu a pořízení záznamu o něm byly splněny zákonné podmínky obsažené v ustanovení § 88 tr. ř. Bylo-li tomu tak, pak není relevantní, zda k povolení odposlechu a pořízení záznamu o něm došlo u podezřelého nebo obviněného či u jiné osoby.“

judikatorně zatím ve prospěch stávající právní úpravy,³⁸ objevil se však i názor upozorňující na nesoulad této naší právní úpravy s principy ochrany soukromí ve smyslu mezinárodních úmluv.³⁹ Na druhé straně je pravda, že dosud náš Ústavní soud tuto úpravu nezpochybnil a není proto důvodu, aby ji zpochybňovaly samy orgány činné v trestním řízení.⁴⁰ Nicméně názory na tuto úpravu se mohou v budoucnu změnit.⁴¹

³⁸ Viz: Rozsudek Vrchního soudu v Praze z 5.2.2002 sp. zn. 7 To 117/01 [ASPI]: „Pokud dá vlastník telefonu, a tedy uživatel telekomunikačního zařízení, ve smyslu § 88 odst. 3 tr. ř. (po novele § 88a odst. 2 tr. ř.) souhlas, aby přehled uskutečněných hovorů, včetně dalších zde uvedených informací, který je jinak předmětem telekomunikačního tajemství, byl použit jako důkaz v trestním řízení není nutný souhlas dalšího účastníka, či účastníků telefonického hovoru.“

³⁹ Viz: Repík, B., Odposlech telefonu ve světle judikatury Evropského soudu pro lidská práva, Právní rozhledy č. 4/2004, Příloha, str. 61, [ASPI] „Z judikatury Soudu lze učinit následující závěry: Subjektem práva na respektování soukromého života a korespondence chráněného článkem 8 Úmluvy je také ten účastník telefonického rozhovoru, který volá stanici nebo je volán ze stanice, jejíž uživatel dal souhlas k odposlechu nebo odposlech sám provedl za asistence státního orgánu. Tomuto účastníkovi poskytuje Úmluva stejnou ochranu jako ostatním účastníkům telefonického rozhovoru. Diskriminace takového účastníka při ochraně jeho práva je porušením článku 8 Úmluvy (srov. v tomto směru zejména též rozsudek Lambert v. Francie). Ve věcech A. v. Francie a M. M. v. Nizozemí byl porušen článek 8 Úmluvy proto, že odposlech a nahrávka telefonického rozhovoru byly provedeny v rozporu s vnitrostátním právem, které vyžadovalo pro tyto případy stejné záruky jako pro odposlechy provedené bez souhlasu některého z účastníků. Jen z té skutečnosti, že česká právní úprava takové odposlechy připouští, ale bez některých základních záruk, které vyžaduje Úmluva ve světle judikatury Soudu, nelze vyvodit jiný závěr. V tomto případě už samotná právní úprava je v rozporu s požadavky Úmluvy.“

⁴⁰ V nálezu sp. zn. I. ÚS 537/2000 Ústavní soud mj. uvedl: „K operativnímu monitoringu trestné činnosti ze strany policie, tzn. k odposlechům telefonních hovorů mezi odsouzeným a svědkem, došlo se souhlasem uvedeného svědka. Přepisy záznamů těchto rozhovorů soud prvního stupně přečetl jako listinný důkaz, který bral v potaz jako důkaz podpůrný ve vztahu k výpovědi tohoto svědka. Odposlech byl podle názoru soudu proveden v souladu s § 88 odst. 3 tr. ř. Ve stěžovatelské věci šlo o odposlech podle trestního řádu provedený v rámci trestního řízení jako neodkladný úkon. Jako takový mohl předcházet samotnému zahájení trestního stíhání. Pokud soud zákonně získaný záznam odposlechu hovorů přečte jako listinný důkaz, pak to není porušení žádného práva odsouzeného (nález z 27.4.1994 sp. zn. II. ÚS 6/1993, Sběrka nálezů a usnesení ÚS, svazek 1, str. 159 a násl.). Ústavní soud se náležitě seznámil se všemi nezbytnými dostupnými listinnými důkazy, které k tomu podle § 42 odst. 3 zákona vyžádal, zejména s vyšetřovacím a soudním spisem (ČVS: OV10- 2189/99, sp. zn. 3 T 27/2000) a po zhodnocení provedených důkazů a právním posouzení projednávané věci dospěl k závěru, že ústavní stížnost není důvodná. Pokud pak jde o pochybnosti týkající se použití odposlouchávací techniky, Ústavní soud poznamenává, že výhrady Městského soudu v Praze se týkají použitelnosti pořizovaných odposlechů, pokud byly provedeny podle zákona č. 283/1991 Sb. Na druhé straně však nelze pominout, že přes toto formálněprávní pochybení odpovídal způsob použití odposlechů jako neodkladného výkonu se souhlasem účastníka telefonní stanice věcným podmínkám ustanovení § 88 odst. 3 tr.ř. Pochybení tedy spočívalo především v tom, že odposlech nebyl odůvodněn tímto ustanovením tr.ř. a že ve věci nebyl pořizen protokol podle § 88 odst. 4 tr.ř. Je třeba ostatně říci, že odposlech nebyl jediným důkazem. Ústavní soud proto konstatoval, že obecné soudy neporušily žádná stěžovatelská základní práva a rozhodovaly věc po pečlivém provedení důkazního řízení a při dodržení principů spravedlivého procesu. Ze všech uvedených důvodů Ústavní soud ústavní stížnost zamítl.“

⁴¹ Ve výkladovém stanovisku poř. č. 2/2004, v pozn. č. 29, byl citován názor vyslovený Spolkovým soudním dvorem sice v civilněprávní věci, nicméně podporující názor B. Repíka, sub. 44: „K této otázce lze citovat z rozhodnutí Spolkového soudního dvora (Právní rozhledy č. 12/2003, str. 631-632): „1. K tajemství zpráv podávaných mluveným slovem, chráněnému spolu s dalšími právy, patří i oprávnění rozhodovat samostatně o tom, zda obsah komunikace má být přístupný pouze účastníkovi, jemuž byl určen, nebo určitému okruhu osob anebo veřejnosti. 2. ochrana tajemství zpráv podávaných mluveným slovem nezávisí ani na tom, zda předávané informace mají povahu

Nyní k otázce získávání těchto informací z mobilních telefonů, které se dostanou do moci orgánů činných v trestním řízení jinak než vydáním nebo odnětím věci – zpravidla faktickým postupem (úkonem) při provádění určitých procesních postupů, jimiž se dokumentují stopy trestného činu v prvotní fázi trestního řízení, zejména při ohledání místa činu, které je upraveno v §113 tr. ř. Toto ustanovení je obecným ustanovením trestního řádu, které musí být v daném případě také – podobně jako ustanovení o vydání nebo odnětí věci - konfrontováno s **povahou zjišťovaných informací v těchto případech**. Na rozdíl od ustanovení § 112 tr. ř. není jen „hmotněprávním“ ustanovením vymezujícím pojem „důkaz“, ale je procesním institutem stanovícím postup zjišťování skutečností důležitých pro trestní řízení, v nejobecnější rovině tedy i při zjišťování (a z toho lze dovodit i při zajišťování) stop trestného činu a jejich nosičů. Nicméně je jen obecným ustanovením trestního řádu a vůbec se v něm nehovoří o konkrétních způsobech, postupech při zajišťování důkazních prostředků (důkazů) zjištěných při ohledání místa, resp. o řešení vztahů k osobám, které mají k takovému důkaznímu prostředku (důkazu) nějaký osobní vztah.⁴² Na rozdíl od ustanovení § 78 tr. ř. žádné z těchto dvou ustanovení (tj. ani § 112 ani § 113 tr. ř.) neobsahuje podobný zákaz vymáhat na určité osobě vydání věci, jež je chráněna povinnou mlčenlivostí nebo o ní platí zákaz výslechu podle § 99 tr. ř. Zdá se, že dosavadní úprava, zejména pokud jde o samotné ohledání, které je tím procesním postupem, v rámci něhož zpravidla orgán činný v trestním řízení zjišťuje a zajišťuje stopy nalezené na místě činu, včetně stop věcných, nepočítá s takovým omezením, a tím fakticky dovoluje orgánu činnému v trestním řízení zajistit pro účely důkazního řízení jakoukoli věc, která se na místě činu nachází a mohla by přispět k objasnění věci ve smyslu obecných principů o dokazování, jak na ně bylo vpředu stručně odkázáno.⁴³ Na to, proč úprava těchto pravidel v trestním řádu chybí, mohou být různé názory, možná je tomu tak prostě jen proto, že uvedený problém s průlomy do různých povinností mlčenlivosti a tajemství se vyvinul až historicky – se zvyšující se obecně uznávanou ochranou soukromí jednotlivce před zásahy orgánů veřejné moci. Faktem je, že tuto situaci dnes neřeší ani zákon, ani interní normy státního zastupitelství, ani interní normy policie.⁴⁴

osobní komunikace nebo zda se vůbec nejedná o osobě citlivá data, ani na tom, jestli bylo ujednáno, že rozhovor je zvláště důvěrný. 3. potřeba opatřit si důkazní prostředek k prokázání civilněprávních nároků není způsobilým důvodem pro ospravedlnění zásahu do práva na ochranu osobní ostatních účastníků řízení. 4. jestliže výslech svědka ohledně telefonátu, jehož nebyl účastníkem, ale který proti vůli jednoho z účastníků vyslechl, představuje zásah do práva na ochranu osobnosti jednoho z účastníků rozhovoru, nepřichází v úvahu použití této výpovědi jako důkazního prostředku v civilním řízení.“ Toto rozhodnutí, byť šlo o soudní orgán cizího státu, je natolik ilustrativní ve vymezení podmínek, které nutno brát v daném případě v úvahu, že je přílohou stanoviska. Bylo publikováno v časopise Právní rozhledy č. 12/2003, str. 631-632.

⁴² Zde ve smyslu práva určité osoby vážícího se k tomuto důkaznímu prostředku, např. v podobě (asi nejčastěji se vyskytujícího) vlastnického práva.

⁴³ Nesporně i v rámci prováděného ohledání by bylo možno využít – v případě potřeby – dalších institutů sloužících k zajištění věcí důležitých pro trestní řízení, včetně, resp. zejména institut vydání či odnětí věci. Existuje však řada (možná i naprosto převažující část) případů, kdy policejní orgán provádí ohledání místa činu v situaci, při níž na místě není přítomna žádná osoba (nebo osoba oprávněná), na které by bylo možno vydání nalezené věci požadovat.

⁴⁴ Závazný pokyn policejního prezidenta ze dne 30. listopadu 2001 č. 130, kterým se upravuje postup Policie České republiky při plnění úkolů v trestním řízení, ve znění pozdějších změn, na některých místech počítá se zajišťováním věcí důležitých pro trestní řízení jako s faktickým postupem, bližší podmínky také ale nestanoví. Např. v čl. 11 odst. 1 písm. d) u činností výjezdové skupiny uvádí, že výjezdová skupina provádí vyhledání, ohledání a zajištění místa činu, předmětů a stop a zpracování dokumentace z místa činu. Na konci odst. 2 v čl. 22 upravujícím převzetí trestního

Nedostatek této úpravy nutně musí vést k pochybnostem, jakým způsobem vykládat právo na ochranu soukromí osob na straně jedné a právo orgánů činného v trestním řízení využít zajištěných stop (věcí) z místa činu v důkazním řízení na straně druhé, a zcela logicky se projevuje i jako výkladový problém. Přitom se Nejvyšší státní zastupitelství již v minulosti pokusilo řešit tento problém legislativním návrhem, který však nebyl (ke škodě věci) akceptován.⁴⁵

Za současného stavu je nutno nicméně mít za to, že tam, kde policejní orgán provádí ohledání místa jako prvotní neodkladný úkon, nebude zásadně omezen v právu nejen zjistit, ale ani zajistit na místě činu nalezené věci důležité pro trestní řízení a podrobit je příslušnému zkoumání za účelem zjištění a zajištění stop trestného činu. Toto oprávnění by bylo omezeno jen v případě, že by tímto úkonem současně záměrně (vědomě) zasáhl do povinnosti mlčenlivosti uložené zvláštním zákonem, která jinak brání zjištění obsahu takto dotčených informací orgány činnými v trestním řízení.

Omezení uvedené v ustanovení § 78 odst. 2 tr. ř. je obecným zákazem bránícím orgánům činným v trestním řízení získávat – bez prolomení tajnosti takto chráněných informací – určité informace pro účely trestního řízení a uplatní se – ač to

oznámení uvádí „Předá-li oznamovatel policejnímu orgánu některý z listinných nebo věcných důkazů, poznamená to do protokolu o trestním oznámení, kde uvede, o jaké důkazy se jedná. Oznamovateli vydá potvrzení o jejich převzetí.“ Z toho, že k zajišťování těchto věcí při ohledání místa činu dochází – bez bližší úpravy podmínek – vychází i v čl. 57 (upravuje úschovu věcí) a čl. 58 (upravuje vydání zajištěných věcí).

⁴⁵ V souvislosti s velkou novelou trestního řádu (zákon č. 265/2001 Sb.) navrhovalo NSZ doplnění ustanovení § 113 o nový odst. 2: „...Přitom se jedná o součást obecnějšího problému, zda a v jakém rozsahu lze provádět zásahy do základních práv a svobod, pokud potřeba jejich provedení vznikne v průběhu určitého úkonu a pokud v případě některých zásahů se vyžaduje příkaz, nařízení nebo souhlas soudce, v jiných případech postačuje pouze předchozí souhlas státního zástupce a někdy dokonce může postupovat policejní orgán i bez takového souhlasu. Nedostatkem platné právní úpravy v této souvislosti je, že se nelze vždy ztotožnit jen s řešením takového problému v té podobě, že se zásadně vyžaduje, aby byly splněny podmínky pro určitý zásah do základního práva či svobody podle příslušných ustanovení zákona. V některých případech totiž opatření příslušného rozhodnutí či opatření buď již nepřichází v úvahu nebo by zamezilo řádnému provedení úkonu. Problémy souběhu různých zásahů do základních práv a svobod sice v některých případech jsou přímo řešeny platnou právní úpravou (srov. § 78 odst. 2, § 82 odst. 4, § 83b odst. 4, § 83c odst. 3, § 85 odst. 5), ale tato úprava zřejmě nepokryje všechny v úvahu přicházející situace. Lze proto doporučit, aby v ustanovení § 113 byl vložen nový odstavce 2 ve znění: „**Pokud v průběhu ohledání vznikne důvod k provedení některého úkonu, kterým je zasahováno do nedotknutelnosti obydlí, listovního tajemství, tajemství jiných písemností a záznamů uchovávaných v soukromí nebo zasílaných poštou či jinak přepravovaných, nebo do zpráv přenášovaných technickým zařízením, anebo do bankovního tajemství, tajnosti údajů z evidence cenných papírů nebo údajů získaných v daňovém řízení, jakož i údajů získaných podle zvláštního zákona pro statistické účely (§ 8 odst. 2), lze takový zásah uskutečnit jen na základě souhlasu soudce nebo státního zástupce za podmínek stanovených ustanoveními tohoto zákona, která se k těmto zásahům vztahují; souhlasu není potřeba, pokud zákon v těchto případech souhlas nevyžaduje (§ 88 odst. 3) nebo provádí-li úkon státní zástupce a zákon vyžaduje jen jeho souhlasu nebo provádí-li úkon po podání obžaloby předseda senátu. Nesnese-li věc odkladu a hrozí-li nebezpečí z prodlení, nejde-li o případ, kdy je úkon prováděn po podání obžaloby, orgán činný v trestním řízení úkon provede, souhlas soudce nebo státního zástupce podle tohoto zákona je však povinen bezodkladně dodatečně vyžádat a pokud ho do 48 hodin neobdrží, k úkonu se nepřihlíží a orgán činný v trestním řízení je povinen případný protokol v této části zničit a informace, které se v této souvislosti dozvěděl, nijak nepoužít.“**

v zákoně není výslovně uvedeno – i při jiných postupech, při nichž orgány činné v trestním řízení dostávají do své moci věci důležité pro trestní řízení (v nejširším smyslu). Uplatní se proto i v případech, kdy se taková věc nachází na ohledávaném místě trestného činu, a uplatní se – ač o tom mohou být vedeny diskuse – i v případě, že je orgánu činnému v trestním řízení sice dobrovolně, ale z hlediska uvedené zvláštní povinnosti mlčenlivosti neoprávněně, předloží jiná osoba.⁴⁶

Důležitým kritériem právě při ohledání místa je faktor *času, neodkladnosti*, která v sobě kromě časového faktoru zahrnuje i to, že další otázky, které jinak lze řešit až po náležitém zjištění všech souvislostí, je tu nutno řešit okamžitě, a to ve prospěch orgánů činných v trestním řízení. Na místě činu při zajišťování stop a při prvotních úkonech směřujících k odhalení pachatele není časový prostor pro diskusi, jakou povahu má ta která věc, zda ji lze nebo nelze a z jakých event. důvodů pro účely trestního řízení zajistit. Orgán činný v trestním řízení není povinen - z hlediska povinnosti konat tak, aby byl naplněn účel trestního řízení – pochybovat o každé věci, kterou na místě činu našel, zda mu přísluší či nepřísluší oprávnění ji zajistit, protože by tím snad mohl náhodou zasáhnout do něčích chráněných práv. Ale na druhé straně je povinen – pokud z povahy věci je taková skutečnost zřejmá, pokud tedy již na místě činu vzniknou nanejvýš odůvodněné pochybnosti, že tomu tak skutečně být může - nakládat se zajištěnou věcí tak, aby minimalizoval nebezpečí, že v tomto směru poruší jiná zákonná ustanovení. Jinak řečeno – v zásadě každou takovou věc nalezenou na místě činu zajistit může, ale zkoumat ji z hlediska informací důležitých pro důkazní řízení, dokumentovat tyto informace a použít je následně jako důkaz může bez dalšího jedině v případě, kdy nemá důvodné pochybnosti, že mu v tom brání některá ze zákonem uložených nebo uznaných povinností mlčenlivostí. Jinak riskuje ztrátu takové informace z hlediska pozdějšího využití v řízení důkazním.

Tento závěr plyne nikoli z existence jasné právní úpravy podmínek, za nichž lze věci jako nositele stop trestného činu na místě činu zajistit a dále analyzovat, ale naopak z toho, že žádná bližší zákonná (ani podzákonná) úprava v tomto směru neexistuje. Proto je nutno vyložit limity postupu orgánů činných v trestním řízení i pro tyto případy provádění neodkladných úkonů, při nichž každé opomenutí nebo zdržení, zejména pokud jde o důslednost ohledání, zjištění a zajištění stop trestného činu, může ve výsledku vést ke zmaření účelu trestního řízení – ke zmaření objasnění věci.

⁴⁶ Zákaz uvedený v § 78 odst. 2 tr. ř. lze vykládat dvojím způsobem – buď platí subjektivně – tj. dává právo dotčené osobě dovolat se tohoto omezení vůči orgánu činnému v trestním řízení, nebo platí objektivně – zakazuje orgánu činnému v trestním řízení bez prolomení povinnosti mlčenlivosti tento údaj vůbec vyžadovat, získávat. Protože v zásadě jsou povinnosti mlčenlivosti konstruovány jako objektivní povinnost vážící subjekt, kterému byla uložena, bez ohledu na to, zda je či není sám o sobě ochoten k vydání věci orgánu činnému v trestním řízení, musí být stejně tak toto omezení respektováno i samotnými orgány činnými v trestním řízení, pokud je jim samozřejmě v inkriminované době toto omezení známo. Orgány činné v trestním řízení si nemohou samy rozhodnout o tom, že některou povinností mlčenlivosti budou respektovat a jinou nikoli, podle svého vlastního uvážení. Proto se omezení uvedené v § 78 odst. 2 tr. ř. musí uplatnit vůči orgánu činnému v trestním řízení přiměřeně i v těchto případech, při ohledání místa. Pro možnost zajistit věc důležitou pro trestní řízení z hlediska důkazního a podrobit ji příslušnému zkoumání, bude rozhodující množství věrohodných informací o její povaze i z tohoto hlediska. K tomu viz dále o problému časového faktoru, pomocí něhož lze úskalí tohoto problému v mezích zákona obejít.

Faktem je, že zatím se postupům při ohledání místa činu a zajišťování příslušných stop více než trestněprávní nauka (v užším smyslu) věnuje kriminalistika, která se zaměřuje především na technické postupy policejních složek (a navazujících vědních oborů) při dokumentaci trestného činu. Opodstatněnost provádění úkonů, které souvisejí se zajišťováním stop na místě činu a jejich dokumentací, k nimž nepochybně patří i zajišťování věcí nalezených na místě činu, u nichž mohou příslušné policejní složky důvodně předpokládat, že mají relevantní vztah k jimi vyšetřovanému trestnému činu, tak plyne z obecných citovaných ustanovení trestního řádu, na které přímo neváže žádné z ustanovení chránících právo na soukromí. Meze těchto úkonů a tedy i meze zásahů do soukromí osob, k nimž v rámci této prvotní činnosti policie dochází, proto nutno odvozovat jen nepřímo, z povahy a účelu každého jednotlivého úkonu, přičemž ovšem základním kriteriem zůstává – z hlediska celkové koncepce práva státu zasahovat do soukromí každého jednotlivce – ať se to komukoli líbí nebo ne – limit určující meze, za které orgán činný v trestním řízení již nemůže vymáhat splnění ediční povinnosti ohledně věci důležité pro důkazní řízení. Specifikem pro takový úkon, jímž je ohledání místa, je přitom již zmíněný časový faktor, neodkladnost úkonu, i prostý, resp. až naprostý nedostatek informací ohledně všech možných souvislostí, které se mají v průběhu trestního řízení teprve objasnit, a k nimž bude zpravidla patřit i problém posouzení povahy zajišťovaných věcí z hlediska event. na nich váznoucích povinností zachovat informace, které tak či onak obsahují, z určitých zákonných důvodů v tajnosti. Proto pro tuto fázi trestního řízení je nutno připustit zásadně možnost takto „nalezené“ věci v této fázi trestního řízení zajistit, obezřetněji je však nutno postupovat při jejich zjišťování, analyzování, dokumentování do podoby důkazů pro jejich následné využití v důkazním řízení.

Jak už bylo řečeno (pro řešený případ zjišťování údajů z mobilního telefonu), jde-li o k volanému již přenesené zprávy a informace uložené v mobilním telefonu, pak ty nejsou zbaveny obecné ochrany soukromí jako základního atributu náležejícího k jednotlivci jako individu, jemuž se zaručuje ústavně konglomerát základních práv a svobod, jež vytvářejí základní rámec takového soukromí zejména pro případ konfrontace s veřejnou mocí, do kterého může tato veřejná moc ingerovat jen v mezích zákona a jen těmi prostředky, které jí zákon svěřuje. V případě nalezeného mobilního telefonu na místě trestného činu, jenž je buď „ničím“ – tedy není zřejmé, komu patří, nebo náleží zcela konkrétní (žijící) osobě, nelze než doporučit, aby orgány činné v trestním řízení, které hodlají takový přístroj analyzovat s cílem zjistit v něm uložené informace, si předem vyžádaly souhlas k provedení úkonu, který svou povahou je buď

- odposlechem (mají-li být přečteny zprávy na mobilní telefon doručené, u nichž není zřejmé, zda již byly oprávněnému příjemci skutečně doručeny či nikoli), tzn. příkaz k odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu podle § 88 tr. ř.,
- nebo zjištěním údajů podléhajících ochraně osobních, provozních a lokalizačních údajů, tj. příkaz ke sdělení údajů podle § 88a tr. ř.

Jen jde-li prokazatelně o mobilní přístroj náležející oběti trestného činu, která zemřela, lze uvažovat o provedení těchto úkonů v rámci oprávnění zjišťovat a zajišťovat stopy trestného činu. V těchto případech, kde mobilní telefon jako součást stop zajištěných na místě trestného činu může prokazatelně obsahovat stopy mířící k pachateli trestného činu, a oběť trestného činu již nežije, takže nemůže ve smyslu

těchto ustanovení (nejde tu o otázku práva na soukromí chráněného podle civilního práva, event. v určitém směru přenositelného na dědice či jiné oprávněné osoby hájící tu zájmy oběti) již nárokovat vůči orgánům trestního řízení právo na ochranu svého soukromí, by takový postup orgánů činných v trestním řízení mohl eventuálně obstát z hlediska legitimního zajištění stop jako důkazů o spáchaném trestném činu a jeho pachateli. Pomine-li se otázka ustanovení § 15 obč. zák., které upravuje tzv. posmrtální ochranu individua a svěřuje ji tam uvedeným osobám,⁴⁷ není tu již žijící osoba, která by se mohla účinně domáhat ochrany soukromí. I kdyby se však aplikace § 15 i v těchto případech v obecné rovině připustila, je tu třeba konfrontovat – jak to činí ESLP i Ústavní soud – proti sobě zájem na ochraně soukromí oběti trestného činu a zájem státu na objasnění tohoto trestného činu a potrestání jeho pachatele. A veřejný zájem na odhalení pachatele, který zavinil smrt člověka, v daném případě evidentně převyšuje nad zájmem na utajení informací vztahujících se k soukromí oběti trestného činu. Minimálně ve fázi počátečního objasňování věci v rámci provádění ohledání místa a zajišťování stop trestného činu je tento závěr zcela legitimní a nevybočuje – pokud orgány činné v trestním řízení postupují při této činnosti podle trestního řádu – nijak z ústavního rámce, v němž se pravidelně střetají v různých souvislostech zájmy státu a zájmy individua, a v němž je tento konflikt třeba v určitých situacích řešit ve prospěch tu jednoho, tu druhého zájmu.

To platí ovšem jen pro případ, že nepůjde o údaje, které bude nutno zjišťovat za součinnosti s poskytovatelem telekomunikační služby. Problém je, že zákon (ani předchozí telekomunikační zákon, ani stávající zákon o elektronických komunikacích) nezná zánik jím uložené povinnosti mlčenlivosti (důvěrnosti) jen v důsledku smrti účastníka této komunikace. Takže jde-li o zjištění údajů, k jejichž obsahu bude mít orgán činný v trestním řízení přístup jedině v součinnosti s poskytovatelem těchto služeb, i tam by měl postupovat podle příslušných ustanovení trestního řádu upravujících průlom do důvěrnosti komunikací (§ 88, resp. § 88a tr. ř.).⁴⁸

⁴⁷ Naproti tomu ale srov. výkladové stanovisko NSZ poř. č. 4/1999 Sb. v. s. NSZ, které se zabývalo otázkou sdělování údajů, podléhajících povinnosti mlčenlivosti pracovníků ve zdravotnictví podle dřívější právní úpravy obsažené v § 55 zák. č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, a v němž se právě dovozuje, že z hlediska obecného ustanovení § 15 obč. zák. mají osoby tam uvedené právo rozhodnout o tom, zda údaje u zemřelého lze sdělit orgánům činným v trestním řízení, pokud neučinila osoba za doby svého života v tomto směru nějaké určité – pozitivní nebo naopak negativní – prohlášení.

⁴⁸ Jen pro srovnání – pro oblast ochrany osobních údajů z hlediska zákona č. 101/2000 Sb. zaujal Úřad pro ochranu osobních údajů stanovisko k otázce, do jaké míry a v jakém rozsahu se zákon č. 101/2000 Sb. vztahuje i na ochranu osobních údajů zemřelých osob. Dospívá v něm k názoru, že je třeba vzít v úvahu charakter jeho jednotlivých ustanovení a zabývá se i použitelností § 15 obč. zák.: „...Přechod práv a povinností na další osoby je řešen řadou dalších ustanovení zvláštních zákonů, z nichž jako nejvýznamnější je nutno zmínit ustanovení § 15 občanského zákoníku (posmrtná ochrana osobnosti), z něhož vyplývá, že po smrti fyzické osoby přísluší uplatňovat právo na ochranu její osobnosti manželu a dětem, a není-li jich, jejím rodičům. Zákon o ochraně osobních údajů však nestanoví přechod práv subjektu údajů po jeho úmrtí na jiné osoby. Z toho vyplývá, že po úmrtí subjektu údajů pozbývají platnosti ta ustanovení zákona č. 101/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, v nichž subjekt údajů vystupuje jako účastník občanskoprávních vztahů, tedy ustanovení o právech subjektu údajů a povinnostech správce ve vztahu k subjektu údajů. Konkrétně jde především o ustanovení § 5 odst. 2 a 5 (souhlas se zpracováním osobních údajů), § 9 a) (souhlas se zpracováním citlivých údajů), § 11 a § 12 (informační povinnost správce) a § 21 - § 24 (ochrana práv subjektu údajů a náprava nemajetkové újmy), kde právo požadovat nápravu při porušení povinností správcem nebo zpracovatelem dává zákon pouze subjektu údajů. Naproti tomu při zpracování osobních údajů zemřelých osob zůstávají v platnosti ta ustanovení zákona č. 101/2000 Sb., ve znění

K otázce, zda má policie nejprve zjistit, jaké informace se v mobilním telefonu nacházejí a pak teprve zvolit příslušný režim jejich zjištění, nebo zda má vyžádat „pro jistotu“ příslušný souhlas soudu raději předem, je třeba říci, že zajištění samotného mobilního telefonu nalezeného na místě činu, o němž lze důvodně předpokládat, že má souvislost se spáchaným trestným činem nebo obsahuje informace důležité z hlediska důkazního řízení o tomto trestném činu (§ 112 tr. ř.), je podle § 113 tr.ř. nepochybně zcela legitimním aktem. Pokud jde ale o analýzu v něm uložených informací a posloupnost jednotlivých kroků směřujících ke zjištění jejich obsahu, nelze učinit jiný závěr než ten, že pokud by příslušný policejní útvar prokázal způsobilost předem od sebe oddělit informace, které byly již oprávněnému účastníku příslušným poskytovatelem telekomunikační služby předány, od informací, které předány dosud nebyly, a které by dokázal specifikovat, aniž by se musel nutně seznámit s jejich obsahem, by bylo možno připustit, že lze nejprve provést analýzu takového přístroje a teprve poté, podle typu informací, které se v něm nacházejí (lze je s jeho pomocí získat), si vyžádat podle jejich druhu i příslušné rozhodnutí (povolení resp. příkaz) k jejich sdělení. Pak by bylo možno souhlasit s tímto postupným zjišťováním informací uložených v mobilním telefonu. Pokud to prokázat (a provést) nelze, vystavoval by se policejní orgán, který by takto postupoval, riziku následného zpochybnění důkazní hodnoty zjištěných informací, neboť by tím, že by se nejprve seznámil s jejich obsahem, a teprve pak rozhodl o tom, jaký režim k jejich „oficiálnímu“ získání podle zákona zvolí, fakticky obcházel zákon chránící uvedené informace před neoprávněným zjišťováním. To je ovšem otázka především technická a otázka způsobilosti policejního orgánu (zpravidla Útvaru zvláštních činností či jiného expertního pracoviště policie) v následném trestním řízení prokázat, že k porušení těchto zásad trestního řízení nedošlo, a nelze ji v rámci tohoto stanoviska vyřešit jinak než v těchto variantách.⁴⁹

K poslední otázce – zda vyžadovat příkaz soudce podle ustanovení § 88, resp. § 88a tr. ř., či zda žádat o vydání těchto povolení podle analogie uvedených ustanovení, nebo zda využít ustanovení § 8 odst. 5 tr. ř. (resp. jeho analogie), možno uzavřít, že odpověď plyne z předchozího rozboru.

Uzná-li se jako východisko pro řešení rozdělení druhu těchto informací na informace podléhající povinné mlčenlivosti (důvěrnosti) komunikačního provozu jen ve fázi jejich přenosu mezi volajícím a volaným, a na informace, které po uskutečnění tohoto přenosu již nepodléhají této povinnosti mlčenlivosti, ale obecně právu na ochranu soukromí, může jít vždy jen o úkony podle § 88, resp. § 88a tr. ř. – a to v rozsahu informací, které orgány činné v trestním řízení budou požadovat po poskytovateli komunikačních služeb (včetně odposlechu a záznamu uskutečněného telefonického spojení mezi účastníky, jehož příchozí část však byla uložena

pozdějších předpisů, v nichž subjekt údajů jako účastník občanskoprávních vztahů nevystupuje a jejichž působnost je relativně nezávislá na skutečnosti, zda subjektem údajů je žijící nebo již zemřelá osoba. Jedná se především o některé povinnosti správce osobních údajů...” (K problémům z praxe č. 7/2002: Zpracování osobních údajů zemřelých osob, Věstník ÚOOÚ č. 18/2002, str.1554). [ASPI]

⁴⁹ Formálně přísnější postup (tedy zajištění příslušného souhlasu soudu) je také možno doporučit pro získávání informací u takto zajištěného přístroje pro případ, že by bylo potřeba získávat i informace, které na mobilní telefon „dojdou“ po jeho zajištění orgánem činným v trestním řízení. K tomu viz blíže zejm. na str. 8.

v hlasové schránce volaného a zůstala jím k okamžiku úkonu orgánu přípravného řízení nevyzvednuta). Po doručení těchto informací volajícímu (za předpokladu, že k jejich doručení došlo před zajištěním mobilního telefonu orgánem činným v trestním řízení) již nejde o průlom do uvedené povinnosti mlčenlivosti (ani do ústavního práva na ochranu dopravovaných zpráv), ale o zásah do práva na soukromí jednotlivce, který je obecně přípustný v mezích stanovených trestním řádem v rámci úkonů činěných podle § 78 tr. ř. a navazujících, případně – s omezením informací, u nichž není zřejmé, zda byly nebo nebyly k okamžiku jejich získání orgánem činným v trestním řízení již doručeny účastníkům komunikačního provozu – jejich zjištěním po zajištění mobilního telefonu v rámci ohledání místa podle § 113 tr. ř.

Podmínky pro analogické užití uvedených ustanovení tu tedy zásadně nejsou – je tu jen otázka, do jaké míry je orgán přípravného řízení schopen náležitě odůvodnit v dané konkrétní věci svou žádost, resp. návrh na provedení úkonů podle § 88 a § 88a tr. ř. Ale to by platilo samozřejmě neméně tak i pro případ, že by se mělo uvedených ustanovení užit analogicky.

Stejně tak tu - už vůbec - nejsou podmínky pro použití ustanovení § 8 odst. 5 tr. ř.⁵⁰ Kromě toho, že – pokud by se uvažovalo o jeho užití *per analogiam* - jde o zajímavou teoretickou otázku, která dosud rovněž nebyla zřejmě řešena,⁵¹ je nutno konstatovat, že zásah do uvedených práv na ochranu soukromí, konkrétně do povinnosti mlčenlivosti, která tu stíhá poskytovatele telekomunikačních služeb, je zákonem pro účely trestního řízení připuštěn a jsou vymezeny i jeho limity – jak bylo uvedeno výše. Skutečnost, že v době, kdy se orgán policie zmocní mobilního telefonu, o němž není známo, jaké vlastně informace obsahuje, není sama o sobě důvodem pro nahrazení speciálních postupů předpokládaných trestním řádem postupem obecným, který trestní řád stanoví jen pro ty případy, kde vůbec chybí právní úprava dovolující prolomit určitou povinnost mlčenlivosti pro účely trestního

⁵⁰ Nestanoví-li zvláštní zákon podmínky, za nichž lze pro účely trestního řízení sdělovat skutečnosti, které jsou podle takového zákona utajovány, nebo na něž se vztahuje povinnost mlčenlivosti, lze tyto skutečnosti pro trestní řízení vyžadovat po předchozím souhlasu soudce. Tím není dotčena povinnost mlčenlivosti advokáta podle zákona o advokacii.

⁵¹ Za prvé je sporná už sama možnost užití analogie na případy průlomu do povinnosti mlčenlivosti (byť Ústavní soud před časem – pokud jde o nahrazení tehdy neexistujícího § 88a tr. ř. analogickým postupem podle § 88 tr. ř. - připustil). Především ale jde o to, že použitím analogie se vyplňuje mezera v zákonné úpravě, přičemž ustanovení § 8 odst. 5 tr. se má použít právě v tom případě, kde **chybí zákonná úprava** pro průlom do určité povinnosti mlčenlivosti z hlediska potřeb trestního řízení. Jinak řečeno, tam, kde tato úprava chybí, by místo analogického použití mělo být ustanovení § 8 odst. 5 tr. ř. užito **přímo**. Analogické použití si lze tak představit reálně v jediném případě - že tu sice jakási „částečná“ úprava průlomu do dané povinnosti mlčenlivosti existuje, ale v praxi se vyskytne takový případ, v němž ji s ohledem na jeho specifické podmínky nelze přímo aplikovat. Jenže – pokud by se takové analogické použití § 8 odst. 5 tr. ř. v těchto případech obecně připustilo, vedlo by to ve svém důsledku nakonec logicky ke zvratu v jeho dosavadním pojmání – fakticky by to znamenalo rozšíření jeho aplikace i na případy, kde průlom do povinnosti mlčenlivosti pro účely trestního řízení sice upraven je, ale tak, že orgánům činným v trestním řízení z hlediska omezujících podmínek nevyhovuje, proto by si na ostatní případy stojící mimo uvedenou úpravu aplikovaly analogii § 8 odst. 5 tr. ř. Tím by v procesu aplikace toto ustanovení postupně nahrazovalo zákonnou úpravu průlomu do povinnosti mlčenlivosti a fakticky by popřelo svou původní koncepci. Dalo by se tak využít nejen tam, kde tato zákonná úprava vůbec chybí, ale i tam, kde je tak či onak omezená, čímž by si orgány činné v trestním řízení přes ustanovení § 8 odst. 5 a jeho analogickou aplikaci vlastně začaly měnit, jaksi „upřesňovat“ samotnou zákonnou úpravu. To jistě nebylo účelem ustanovení § 8 odst. 5 tr. ř. a tento výklad je třeba ze zásady odmítnout.

řízení. O tento případ tu nejde. Jde ve skutečnosti o to, správně posoudit druh (kvalitu) informací, které může mobilní telefon z hlediska práva na ochranu soukromí jednotlivce, zejména ale povinnosti mlčenlivosti (práva na ochranu osobních, provozních a lokalizačních údajů a důvěrnost komunikací), jako multifunkční přístroj obsahovat, a potom použít těch nástrojů, které výslovně získávání těchto informací dovolují.

Toto stanovisko se vydává podle § 12 odst. 2 zák. č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, ve znění pozdějších předpisů.

Nejvyšší státní zástupkyně:
Mgr. Marie Benešová, v.r.