

Téma č. 13

Je §158d Trestního řádu po procesně-právní stránce možné využít k legální instalaci sledovacího software do telefonu nebo počítače?

Replika

Podání mého oponenta na toto téma se neslo v duchu přesvědčení, že §158d Trestního řádu umožňuje využití sledovacího softwaru na mobilním telefonu či počítači. Já s tímto závěrem nesouhlasím, a proto se ve své replice pokusím o zdůvodnění mého názoru, budu se konfrontovat s argumentací oponenta a poukážu na některé nejasnosti, které z oponentova podání vyplývají. K tomu využiji jak odborné komentáře k Trestnímu řádu, judikaturu a výkladová stanoviska, tak další články vztahující se k tématu sledování osob a věcí.

Nejprve je ovšem nutné vyjasnit a definovat pojem „sledovací software“. Pro účely mé repliky se mi jeví jako vhodná definice z podání mého oponenta. *„Sledovací software je počítačový software, který je instalovaný s cílem proniknout do zařízení nebo převzít kontrolu nad uživatelskou vazbou se zařízením, a to bez vědomí uživatele. Jedná se tedy o program, který má za úkol aktivně nebo pasivně monitorovat to, co uživatel na zařízení dělá.“* Tento program instalovaný v počítači umožňuje například zaznamenávat stisky kláves, přístupová hesla, screenshoty obrazovky, navštívené webové stránky či názvy otevřených souborů. Nasbíraná data pak sledovací program odesílá do sběrného místa.

Již z tohoto krátkého představení sledovacího softwaru lze velmi lehce vyrozumět, že jeho užití představuje potenciální střet s ústavně chráněnými osobnostními právy sledovaného subjektu. Jedná se o práva garantovaná článkem 10 Listiny základních práv a svobod (dále jen „LZPS“), který zakotvuje právo každého na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života a v odstavci 3 tohoto ustanovení uvádí, že každý má právo na ochranu před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě. Dle článku 12 LZPS je nedotknutelné také obydlí, do něhož není povoleno vstoupit bez souhlasu toho, kdo v něm bydlí. A v otázce ochrany přenášených zpráv a listin se LZPS vyjadřuje v článku 13 – *„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.“*

V článku Právní ochrana a monitorování písemností a telekomunikací (Doc. JUDr. Pavel Mates, CSc. a Doc. Ing. Vladimír Smejkal, CSc.) autoři dovozují, že se z článku 13 přiznává ochrana listinám uchovávaným v soukromí, nebo zasílaných poštou anebo jiným způsobem a také zprávám podávaných telefonem, telegrafem nebo jiným podobným zařízením.

Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod¹⁷ (dále jen „Úmluva“) obsahuje v čl. 8 právo na respektování rodinného a soukromého života.

Také Občanský zákoník (zákon č. 89/2012 Sb.) upravuje ochranu soukromí, například v § 3 odst. 2 písm. a), který vyjadřuje základní právní zásady soukromého práva: *„každý má právo na ochranu svého života a zdraví, jakož i svobody, cti, důstojnosti a soukromí.“* Nebo také v případě § 81 NOZ, kde je uvedeno, že *„chráněna je osobnost člověka včetně všech jeho přirozených práv. Každý je povinen ctít svobodné rozhodnutí člověka žít podle svého.“* Odstavec druhý doplňuje, *„ochrany požívají zejména život a důstojnost člověka, jeho zdraví a právo žít v příznivém životním prostředí, jeho vážnost, čest, soukromí a jeho projevy osobní povahy.“*

Pouze zákon stanovuje, za jakých podmínek a jakými způsoby může být tato ochrana prolomena. Příslušnou úpravu obsahuje např. trestní řád, zákon o výkonu trestu odnětí svobody a zákon o výkonu vazby, zákon o Policii ČR a zákony vztahující se k tajným službám.

Nejvýznamnějšími předpisy jsou v souvislosti s omezením osobnostních práv pomocí sledovacího softwaru (tedy sledování osob a věcí) zákon o Policii ČR a Trestní řád. Zákon o Policii upravuje tuto oblast poměrně obecně, když v §34 uvádí, že „*operativně pátracími prostředky se pro účely tohoto zákona rozumí sledování osob a věcí, využívání osob jednajících ve prospěch služby kriminální policie, služby policie pro odhalování korupce a závažné hospodářské trestné činnosti a útvaru inspekce, používání krycích dokladů a používání nástrahové a zabezpečovací techniky, předstíraný převod věci a použití agenta*“. Trestní řád je v tomto rozsáhlejší a detailnější. V §158b obecně definuje operativně pátrací prostředky a podmínky jejich použití. Především se v případě použití operativně pátracích prostředků (které odstavec 1 taxativně jmenuje jako předstíraný převod, sledování osob a věcí a použití agenta) musí jednat o řízení o úmyslném trestném činu a příslušný policejní orgán musí mít pověření od svého nadřízeného (v případě útvaru Policie České republiky jde o policejního prezidenta). Další náležitosti upravuje odstavec 2, dle něhož „*používání operativně pátracích prostředků nesmí sledovat jiný zájem než získání skutečností důležitých pro trestní řízení. Tyto prostředky je možné použít jen tehdy, nelze-li sledovaného účelu dosáhnout jinak nebo bylo-li by jinak jeho dosažení podstatně ztíženo. Práva a svobody osob lze omezit jen v míře nezbytně nutné*.“ Záznamy, kterých bylo získáno při použití operativně pátracích prostředků, lze použít jako důkaz jen v případě, že jejich získávání bylo v souladu s ustanovením tohoto zákona.

Samotnému sledování osob a věcí se věnuje §158d. Dle komentáře Pavla Šámala se technickými prostředky sledování osob a věcí rozumí „*prostorový odposlech, umístění mikrofonů a nahrávacího zařízení do obydlí, dále různá technická zařízení k zjišťování obsahu korespondence a jiných písemností a záznamů uchovávaných v soukromí zpravidla bez porušení jejich uzavření (např. přístroje využívající infračervené, ultrafialové, rentgenové apod. paprsky)*“. Sledovací software do této definice spadá jako „*další různá technická zařízení*“. Podle komentáře ASPI je nejčastěji používaným operativně pátracím prostředkem právě sledování osob a věcí. Při snaze využít institut sledování osob a věcí je nutné brát na zřetel i §88 a §88a (odposlech a záznam telekomunikačního provozu), které jsou materiálně speciálními ustanoveními pro sledování, často lze využít oba instituty zároveň. V souladu s ustanoveními §158d lze hovořit obecně o třech typech sledování:

- a) Sledování prováděné podle odstavce 1 („*sledováním osob a věcí se rozumí získávání poznatků o osobách a věcech prováděné utajovaným způsobem technickými nebo jinými prostředky*“), o kterém nejsou pořizovány záznamy podle odstavce 2 (zvukové, obrazové nebo jiné), ani nejde o sledování podle odstavce 3 („*Pokud má být sledováním zasahováno do nedotknutelnosti obydlí, do listovního tajemství nebo zjišťován obsah jiných písemností a záznamů uchovávaných v soukromí za použití technických prostředků, lze je uskutečnit jen na základě předchozího povolení soudce. Při vstupu do obydlí nesmějí být provedeny žádné jiné úkony než takové, které směřují k umístění technických prostředků*.“). Jeho provádění policejním orgánem nevyžaduje povolení státního zástupce nebo soudce.
- b) Sledování prováděné podle odstavce 2, o kterém jsou pořizovány záznamy. Pověřený policejní orgán je může uskutečnit jen na základě povolení státního zástupce.
- c) Sledování prováděné podle odstavce 3, kterým má být zasahováno do nedotknutelnosti obydlí, do listovního tajemství nebo zjišťován obsah jiných písemností a záznamů uchovávaných v soukromí za použití technických prostředků, o kterém jsou pořizovány záznamy. Pověřený policejní orgán je může uskutečnit jen na základě povolení soudce.

Ovšem, jak uvádí komentář ASPI, sledováním, kterým je zasaženo do nedotknutelnosti obydlí, nesmí být nahrazovány další procesní instituty upravující sledování osob a věcí jako odnětí věci (§ 79), domovní prohlídky (§ 82), prohlídky jiných prostor a pozemků (§ 83a), zadržení a otevření zásilek, jejich záměna a sledování (§ 86-87c) či odposlech a záznam telekomunikačního provozu (§ 88-88a). „Sledování podle § 158d odst. 3 tato ustanovení toliko doplňuje, přičemž je možné jejich souběžné uplatnění. Pokud je však prováděno pouze sledování, lze zaznamenat rovněž telefonický rozhovor vedený sledovanou osobou (či jinou osobou, která se zdržuje na sledovaném místě), a to i v případě tzv. hlasitého odposlechu, který umožňuje zaznamenat hlas druhé volající osoby. V tomto směru je klíčové, že není odposloucháván a zaznamenáván telekomunikační provoz jako takový, ale pouze ty jeho projevy navenek, které jsou zachytitelné za pomoci institutu sledování podle odstavce 3.“

Samotná žádost musí být řádně odůvodněna, a to podezřením ze spáchání úmyslné trestné činnosti, která musí být konkrétně popsána, také musí být uvedeny údaje sledované osoby. „Uvedení alespoň určitých údajů o sledovaných osobách nebo věcech se jeví být nezbytné, resp. si lze bez nich žádost jen stěží představit.“ Žádost musí splňovat podmínky stanovené zákonem, pro tento účel představované především §158b a §158d.

Pro mou argumentaci jest podstatnou oporou Stanovisko ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k problematice zjišťování obsahu mobilních telefonů a jiných datových nosičů, včetně obsahu e-mailových schránek (1 SL 760/2014), které v roce 2015 vydal Nejvyšší státní zástupce Pavel Zeman. Vysvětluje vztah mezi §88 Trestního řádu (odposlech a záznam telekomunikačního provozu) a §158d.

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

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

Dále také stanovisko uvádí, že „někteří státní zástupci ohledně použitelnosti § 88a trestního řádu zastávají právní názor, že sledování osob a věcí podle § 158d trestního řádu není možné pro získávání poznatků o osobách a věcech zpětně, ale jen v reálném čase v době trvání povolení. O tuto argumentaci se i opírají zatím ale jen ojedinělá soudní rozhodnutí (Okresního soudu v Jihlavě a Okresního soudu v Rakovníku), kterými nebylo návrhům státních zástupců na povolení sledování podle § 158d odst. 3 trestního řádu ohledně konkrétních e-mailových schránek (účtů) vyhověno.“

Sledovací software tedy nelze užít v momentě, kdy už je samotný přístroj v držení orgánů moci výkonné. Podstatný je také závěr z usnesení Ústavního soudu (sp. zn. III. ÚS 3812/2012), že „pořízení otisku elektronických dat lze povolit postupem podle § 158d odst. 3 trestního řádu, pokud jde o data na sledovaných počítačích již uložená, nikoli o data telekomunikačního provozu.“

Judr. Milan Jelínek ve svém článku Ústavní meze prostorových odposlechů ke sledování osob a věcí podle § 158d trestního řádu uvádí, že „výklad povinnosti „odůvodnění podezření na konkrétní trestnou činnost“, coby nezbytné náležitosti žádosti o povolení sledování osob a věcí podle § 158d odst. 4 trestního řádu, musí být poněkud širší než striktně textualistický. Nelze vystačit s pouhým vyslovením podezření, že se konkrétní trestná činnost stala. Je nezbytné také dát do souvislosti podezření, že k této konkrétní trestné činnosti má sledovaná osoba konkrétní vztah a tím vyjádřit nezbytnost pořizování zvukových, obrazových nebo jiných záznamů.“ A to je podstatné, neboť jinak by

bylo umožněno sledovat téměř libovolnou osobu. To by ovšem již scházela ona nezbytnost, a sledování by již nebyl ústavně konformní.

V návaznosti na výše uvedené tvrdím, že §158d Trestního řádu po procesně-právní stránce není možné využít k legální instalaci sledovacího software do telefonu nebo počítače. Především z důvodu, že opačný názor o přípustnosti je spíše výjimkou z jinak ústavou chráněných práv. V případě §158d se jedná o pravidlo, které nelze využít jen za využití sebe sama, nýbrž je nutné jej vykládat širě. Také je nutné jej posuzovat ve světle §158b a s kontrolou, zda pro konkrétní prolomení osobnostních práv není vhodnější postup dle §88 a §88a Trestního řádu.