

## Vyžití mobilního telefonu v trestním řízení

Jan ChochoLATý\*

V současné době nevídaného technického rozvoje je mobilní telefon již natolik všední věcí, že málokdo si dovede představit život bez této nepatrné pomůcky. Není proto divu, že i osoby dopouštějící se trestné činnosti, a to i té nejzávažnější mohou mobilního telefonu pro své nekalé aktivity využívat. Z toho pak nutně pramení skutečnost, že orgány činné v trestním řízení musejí přistoupit k vyhodnocování poznatků, které je možno prostřednictvím mobilního telefonu získat.<sup>1</sup> Při tomto postupu si však musíme uvědomit systém fungování mobilního telefonu, jeho využití, charakter dopravovaných zpráv a zejména co chceme jeho prostřednictvím zjistit.<sup>2</sup> Právě na tyto otázky a procesně konformní postupy se tato práce zaměřuje.

Mobilní telefon jako takový, může být samozřejmě použit jako věcný důkaz (§ 112 odst. 1 tr. řádu), a to zejména při vyšetřování klasické majetkové kriminality, zejména krádeží a loupeží. V tomto ohledu nebývá ohledně zásahů do Základních lidských práv a svobod téměř žádný problém, neboť se OČTŘ za-

měřují zejména na individuální identifikaci toho konkrétního mobilu. Je nepochybně v zájmu poškozeného, aby mu policie mobil našla a následně vrátila, případně aby ustanovila pachatele a na něm pak mohl následně vymáhat náhradu škody jak v adhezním, tak i klasickém civilním řízení. Individuální identifikace mobilního telefonu znamená v drtivé většině případů jeho popis (výrobce, typ, barva, doplňky, vlastní výzdoba, charakteristické vlastnosti, rysy poškození povrchu apod.), dále pak zjištění výrobního čísla. To jsou všechno informace, které do žádných ústavně garantovaných práv nezasahují a navíc je poškozený vždy sdělí. Je možná na škodu, že v ČR se k hledání mobilních telefonů, které byly odcizeny oprávněnému uživateli, nepoužívá zjišťování údajů o realizovaném telekomunikačním provozu podle § 88a tr. řádu, nebo postupem dle § 158d tr. řádu. V prvním případě lze postupovat dle § 88a odst. 2 tr. řádu, takže není zapotřebí soudní příkaz. Tato situace je možná vyvolána současnými vlnami odporu proti odposlechům a zázna-

\* JUDr. Jan ChochoLATý, Krajský soud Ústí nad Labem

<sup>1</sup> Například MUSIL, J., Použití operativní techniky k důkazním účelům (zahraníční srovnání), Trestní právo č. 4/99, str. 23 a násl., spolu s pokračováním v následném čísle jmenovaného časopisu.

<sup>2</sup> SOUČEK, J., ŠKRABALOVÁ, A., Odposlech a záznam telekomunikačního provozu z pohledu de lege lata i de lege ferenda, Trestní právo č. 4/2002, str. 2 a násl.

mům, kdy zejména politické špičky pranýřují trestní řízení a v tomto ohledu obviňují Policii ČR ze zneužívání těchto procesních institutů<sup>3</sup>. Dalším, dle mého názoru daleko závažnějším problémem, je zásah do telekomunikačního tajemství, které je chráněno čl. 13 Listiny. Telekomunikační zákon<sup>4</sup> totiž nerozlišuje, jak jsem však jednou shora uvedl, oprávněného uživatele, od neoprávněného. Oprávněným by se samozřejmě rozuměl ten, kdo řádně mobilního telefonu nabyl a je tudíž bez jakýchkoliv pochybností oprávněn jej plně využívat. Tím neoprávněným uživatelem by byl ten, kdo jej získal trestnou činností. Zdálo by se, že problém lze snadno vyřešit nevelkou změnou citovaného zákona, která by tyto dva uživatele od sebe rozlišila a poskytla jim odpovídající právní ochranu. Nic však není černé ani bílé, a tak se nám zde objevuje třetí skupina osob, a to jsou ti, kdo si mobilní telefon od někoho, či v nějakém obchodě koupí. Může se docela dobře (a také tomu v mnoha případech tak je) jednat o mobil kradený, o čemž však tento nabyvatel neví. Tomuto nabyvateli, však na rozdíl od neoprávněného uživatele, svědčí dobrá víra, se kterou tento mobilní telefon zakoupil. Nemůžeme proto pouze s odkazem na svolení oprávněného uživatele bez jakéhokoliv důvodu zasahovat do jeho práva na ochranu telekomunikačního tajemství. Pokud bychom toto připustili, porušovali bychom závažným způsobem zásadu minimalizace zásahů do lidských práv a dále bychom narušili i zásadu proporcionality. Tyto zásady, které patří mezi základní zásady celého trestního řízení je nutno bezpodmínečně dbát. V nejdůležitějších případech se nám objevují i v konkrétních ustanoveních trestního řádu (např. § 68 odst. 2 tr. řádu, § 88 odst. 1 tr. řádu a jiné), kde výrazným způsobem limitují použití jednotlivých institutů. Nalézt tedy rovnováhu mezi únosným zásahem do práv nabyvatele v dobré víře a původním oprávněným uživatelem je značně složité.

Lepší by dle mého názoru bylo monitorování pohybu tohoto (odcizeného) mobilního telefonu za využití operativně pátracích prostředků podle § 158d odst. 2 tr. řádu. Těmito zásahy nedochází k narušování práv konstatovaných v odst. 3 citovaného ustanovení. Stejně jako v případě § 88a tr. řádu lze s odkazem na odst. 3 § 158d tr. řádu nahradit souhlas soudce souhlasem oprávněné osoby. Využitím tohoto operativně pátracího prostředku nedojde, na rozdíl od postupu dle § 88a tr. řádu k porušování telekomunikačního tajemství takové intenzity. Například nebudou vůbec

zjišťovány informace o hovorech, SMS a jiných, veškeré sledování se omezí toliko na sledování základových stanic, tedy těch, které signál přenášely. Policie ČR vlastní výkonný systém, který dokáže určit místo telefonátu s velkou přesností. Jediným problémem by tak zůstal spor o vlastnictví nalezeného mobilního telefonu (měla – li by ho třetí osoba, která jej nabyla v dobré víře), což však není problémem trestního práva.

Daleko častějším jevem je získávání informací ze zajištěného mobilního telefonu, který užívala osoba obviněná z trestného činu. Jak jsem již shora naznačil, mobilní telefon je zvláštní věc, při jejímž využití je z hlediska trestního práva nutno postupovat velice obezřetně. Jakékoliv informace obsažené v mobilním telefonu, či na SIM kartě, podléhají telekomunikačnímu tajemství.<sup>5</sup> Jako takové je není možno nikterak, bez řádného procesního postupu, či souhlasu uživatele zajistit, ani následně v rámci dokazování použít. V zájmu postupu ve věci je mnohdy důležité ustanovit spolupachatele trestného činu, což občas není možné jinak, než zjištěním obsahu SMS zpráv, event. Výpisu z volání, jak aktivního, tak pasivního.

Vlastní postup před započítím získávání takových informací, je závislý na včasné zajištění mobilního telefonu. Kriminalistické expertízy sice dokáží „oživit“ údaje již smazané, ale nedokáží nahradit zničenou SIM kartu, či jiná zařízení v mobilním telefonu. Proto je třeba jednat rychle a pokud obviněný nevyhoví výzvě k vydání věci podle § 78 odst. 1 tr. řádu, je na místě jediný možný postup, a to odnětí věci důležité pro trestní řízení postupem popsáním v § 79 odst. 1 tr. řádu. O všech těchto úkonech je naprosto nezbytné sepsat protokol, neboť v pozdější fázi řízení bychom se mohli dostat do situace, kdy bychom mohli být ze strany obhajoby napadeni z nezákonného obstarání mobilního telefonu obviněného. Následky jsou vzhledem k dikci § 2 odst. 4, odst. 5 tr. řádu zjevné. Mobilní telefon by měl být odebrán vypnutý. V této fázi mohou nastat dvě rozličné situace. Obviněný může souhlasit, aby policie potřebné údaje z jeho mobilního telefonu získala, pak půjde o aplikaci § 88a odst. 2 tr. řádu a není třeba dalších příkazů soudce. Pokud však tento souhlas dán není, je třeba s jakýmkoliv machinacemi počkat na uvedený souhlas. Informace, které by byly získány přede dnem, kdy byl souhlas vydán, jedná se o nepoužitelné informace, neboť byly získány v rozporu se zákonem. Z preventivních důvodů by taková žádost adresovaná soudu měla obsahovat den a hodinu, od

<sup>3</sup> Dle mého názoru však obava z nadužívání, anebo dokonce zneužívání odposlechů, je naprosto zbytečná. Tyto názory jsou živě nepodloženými informacemi, když politici a jim podobní kritici argumentují pouze konečnými součty povolení a odposlouchávaných, či jinak sledovaných telefonních čísel. Musíme si uvědomit, že mnoho lidí vlastní více než jeden mobilní telefon, např. drogoví dealeri i několik desítek. Sám ze své praxe vím, že v případě organizovaného zločinu, drogových deliktů, či v poslední době aktuálního problému korupce ve fotbale, je u jedné osoby odposloucháváno více telefonů. Za nejkřiklavější případ považuji nejmenovaného překupníka drog, který vlastní 11 mobilních telefonů a na všechny byl nařízen odposlech a záznam dle § 88 odst. 1 a § 88a odst. 1 tr. řádu. O tom, jak zkresené jsou výsledné počty není třeba s poukazem na tento případ pochybovat.

<sup>4</sup> Zákon č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>5</sup> Viz § 84 odst. 3 zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích. Jednotlivé pojmy jsou blíže vysvětleny v prováděcí vyhlášce MV ČR č. 191/2000 Sb., ve znění vyhlášky MV ČR č. 444/2002 Sb., konkrétně v ustanovení § 3.

kteří se mohou informace zjišťovat a vymezení konce takové doby, která bude s největší pravděpodobností shodná s časem vydání (odejmutí) mobilního telefonu. Pro náš případ je nutné, aby soudce označil přesně den, kdy příkaz vydal. V případě dobrovolného vydání mobilních telefonů postupují policejní orgány při sepišování protokolu standartně, což znamená, že zaznamenávají přesné datum, hodinu i minutu, kdy došlo k uvedenému úkonu.

Obrovským opomenutím je ponechat mobilní telefon, který byl odebrán, zapnutý a sledovat, kdo dotyčným volá, či jaké mu chodí SMS zprávy. Takový postup je nutno důrazně odmítnout. Tyto příchozí údaje, které umožňují zjistit údaje o probíhajícím, či proběhlém telekomunikačním provozu jednoznačně podléhají telekomunikačnímu tajemství<sup>6</sup>, a jak neustále opakují, lze do tohoto práva zasáhnout pouze při splnění přísných zákonných podmínek. Bohužel, i s takovým přístupem jsem se v praxi setkal.

Pomocí údajů o realizovaném telekomunikačním provozu můžeme rovněž pátrat i po místech, kde se v určitou dobu podezřelý pohyboval. Toto má ohromný význam při prověřování výpovědí jednotlivých osob a pomůže nám vyloučit jednotlivce z okruhu podezřelých, anebo je osvědčit ze lži. Postací nám znát telefonní číslo, nebo IMEI mobilního telefonu. Provozovatelé jednotlivých mobilních operátorů jsou na základě příkazu soudu povinni sdělit, která základová stanice přijímala odchozí hovor a která jej jako příchozí zprostředkovala volanému. Pomocí speciálního programu se s velikou přesností může lokalizovat místo, kde se uživatel mobilního telefonu v té konkrétní době nacházel. Možný je však i opačný postup. Máme-li podezření, že v místě, kde došlo ke spáchání trestného činu mohl být používán mobilní telefon, lze požádat soud o vydání příkazu ke sdělení informací o telekomunikačním provozu v té konkrétní oblasti a v tom konkrétním časovém období. Zde dostaneme IMEI a telefonní čísla, která se v dané lokalitě (zpravidla v oblasti jedné, až dvou buněk) účastnila jakéhokoliv komunikačního spojení. Tato metoda je rovněž velice přesná, policie ignoruje všechna spojení, která dle jejich poznatků nemají s trestnou činností nic společného a zbylé údaje začne důkladněji prověřovat. Poté může následovat další příkaz, jehož obsahem bude, aby operátor sdělil, komu konkrétní telefonní čísla patří. Zde je problém, protože pokud půjde o systémy Eurotel GO, či Twist, nejsou tato čísla nikde registrována a operátor je zkrátka nemá.

Jsme-li v situaci, kdy nemáme možnost zjistit účastníka, který užívá shora uvedené systémy na dobíjecí karty, můžeme zkusit využít postupu buď dle § 88 odst. 1 tr. řádu, nebo dle § 158d odst. 2, eventuálně i odst. 3 tr. řádu. Odposlechem telekomunikačního provozu se sice můžeme dozvědět něco o kontaktech nám zatím neznámé osoby, ale k její identitě toho moc

ne zjistíme. Touto metodou, jejíž omezení je poměrně striktní a týká se pouze trestných činů vyjmenovaných v § 88 odst. 1 tr. řádu, můžeme ustanovit ostatní osoby, které dotyčným volají. Ty můžeme zkusit vyslechnout a může se nám podařit zjistit jméno neznámého uživatele i touto cestou. Stává se však, a je to i v praxi častější, že jméno adresu i informace o používaném telefonu máme, ale dotyčný se skrývá na neznámém místě a jistě ví, proč před policií utíká. Jsou – li nám uvedené údaje známy a jsou splněny i podmínky stanovené § 158b odst. 2 tr. řádu, můžeme zkusit operativně pátrací prostředek, kterým je v tomto případě sledování věci. Sám se zde přimlouvám, aby v takových případech bylo postupováno podle § 158 odst. 3 tr. řádu a nikoliv pouze dle odst. 2 citovaného ustanovení, jak se občas stává, protože telekomunikační tajemství je subkapitolou ústavně chráněné svobody týkající se listovního tajemství (čl. 13 Listiny). Z dikce § 158d odst. 3 tr. řádu je jasné, že způsobem, kdy zasahujeme do telekomunikačního tajemství, narušujeme uvedené základní právo a tudíž nutně potřebujeme předchozí souhlas soudce. Bez tohoto povolení, nesmíme sledování zahájit (§ 158d odst. 5 tr. řádu, na rozdíl od postupu dle § 158d odst. 2 tr. řádu). Naznačeným operativně pátracím prostředkem můžeme monitorovat pomocí základových buněk pohyb podezřelé osoby a následně učinit opatření k jeho zajištění, event. zatčení.

Dalším problémem je, jak správně zajistit obsah tzv. hlasové schránky mobilního telefonu. Zde si musíme uvědomit, jaký charakter tato zpráva má. Na rozdíl od tohoto záznamu SMS nemá zvukový záznam a SMS lze zjistit postupem dle § 88a odst. 1 tr. řádu. Hlasová schránka však obsahuje zvukový záznam, který jiná osoba chtěla sdělit, ale protože nebyl volaný k dispozici, byla mu zanechána tato zpráva, kterou si může později vyzvednout. Na zjištění obsahu hlasové schránky bych doporučil jednoznačně využít ustanovení § 88 tr. řádu, protože tím, že zavoláme na středisko zajišťující tuto službu, vstupujeme svým způsobem do komunikace, i když jednocestně (nemůžeme hovořit – hlasová schránka nám na dotazy stejně neodpoví – pouze sdělí nahraný obsah). Volající však neví, že informaci bude slyšet někdo jiný, než volaný. Je to svým způsobem opět zásah do telekomunikačního tajemství.

Moderní trendy mobilních telefonů jdou neustále kupředu a v poslední době se objevují, zejména u mladších ročníků, mobilní telefony umožňující pořizování fotografií. Zde je nutno podotknout, že fotografie uložené v mobilním telefonu může být rovněž potřeba v rámci trestního řízení vyhodnotit a zjistit, zda neobsahují poznatky důležité pro trestní řízení. Jejich ústavněprávní režim podléhá stejně jako listovní tajemství ochraně garantované čl. 13 Listiny. Nadto musíme chránit práva majitele takových fotografií i dle

<sup>6</sup> IV. ÚS 536/2000 ze dne 13. 2. 2001.

§ 12 Občanského zákoníku. Pro účely trestního řízení je však možno i takové informace shromažďovat a promítnout tak tuto ústavní ochranu. V současném znění trestního řádu nenalezneme žádné výslovné ustanovení, jak v případě získání fotografií z mobilního telefonu postupovat. Domnívám se, že z opatrnosti bychom měli postupovat dle § 88a odst. 1 tr. řádu a po předchozím souhlasu soudce tyto fotky vyvolat a zachytit. Odposlech telekomunikačního zařízení dle § 88 odst. 1 tr. řádu v tomto případě pojmově není realizovatelný a povahou nejbližší ustanovení je právě § 88a tr. řádu. Ten se mimo jiné vztahuje i na ochranu osobních dat, která sice v kontextu telekomunikací mají trochu odlišný význam, nicméně analogie je v trestním řádu za těchto okolností přípustná. Obdobným způsobem se před novelou trestního řádu č. 265/2001 Sb., postupovalo při získávání záznamů o realizovaném telekomunikačním provozu, jak je patrné z několika známých nálezů Ústavního soudu ČR.

Jak je z předešlého výkladu patrné, mobilní telefon je neobyčejně důležitým zdrojem informací pro trestní řízení. S ohledem na zvláštní povahu této každodenní a pro někoho nezbytné pomůcky, se při jejich získávání musíme pečlivě soustředit na protínající se různé právní úpravy telekomunikačních tajemství, tajemství dopravovaných zpráv a již zmíněné fotografie mající povahu soukromých záznamů. S ohledem na tato ústavně garantovaná práva je nutné bezpodmínečně dbát všech ustanovení trestního řádu, které nejrůznější možnosti postupu v konkrétních případech popisují a raději udělat více, než méně. O důkazy takto získané, lze při jejich správném procesním zajištění a provedení, opřít usvědčení nebezpečných pachatelů, zvláště za situace, kdy proti nim nemáme jiné kvalitní důkazy. Opačný postup naopak znamená nepoužitelnost takto získaných informací, nejčastěji pro rozpor se zákonem, což nás může v průběhu dokazování dostat do důkazní nouze a následnému zproštění pachatele viny.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Podrobněji NOVOTNÁ, J., K některým otázkám dokazování odposlechem a záznamem telekomunikačního provozu, *Trestněprávní revue* č. 10/2003.