

## STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

### Několik poznámek k aplikaci § 88a trestního řádu

Jan ChochoLATý\*

Novelou trestního řádu č. 265/2001 Sb., bylo do trestního řádu včleněno nové ustanovení § 88a. Jeho smyslem je umožnit orgánům činným v trestním řízení zjišťovat údaje o uskutečněném telekomunikačním provozu, které jsou předmětem telekomunikačního tajemství, anebo se na ně vztahuje ochrana osobních a zprostředkovatelských dat. Těmito se rozumí například identifikační a účastnické číslo mobilního telefo-

nu, datum a čas uskutečněného hovoru, jeho délka, číslo volané stanice, označení základové stanice, jež zachycovala hovor v okamžiku spojení a označení základové stanice, která zprostředkovala hovor v okamžiku jeho ukončení<sup>1</sup>. Dále může být tímto údajem i informace o místě, kde se volající a příjemce v okamžiku hovoru nacházeli. Před tím, než bylo toto ustanovení do našeho právního řádu včleněno, musela se situa-

\* Mgr. Jan ChochoLATý, justiční čekatel KS v Ústí nad Labem

<sup>1</sup> Taxativní výčet zprostředkovatelských dat je uveden ve vyhlášce MV ČR č. 191/2000 Sb., konkrétně v jejím § 3 odst. 2.

ce v souvislosti s pořizováním těchto informací řešit přiměřeně dle § 88 tr. ř. Soudy však velice často postupovaly tak, že takto získaný materiál konstatovaly pouze jako listinný důkaz. Velice svérázně též docházelo k opatřování takových materiálů, a to zpravidla tak, že se policejní orgánův jednoduše obrátil na poskytovatele telekomunikačních služeb a požádal jej o zachycení informací o provozu na určitém „číslu“. Tím si policie zajistila potřebné informace často ještě před sdělením obvinění. Nabízí se otázka, zda se v daném případě nemohlo jednat o neodkladný a neopakovatelný úkon podle § 160 odst. 4 tr. ř. Policie však tuto žádost podala v dostatečném předstihu, často i před prověřením důvodnosti trestního oznámení, aby nedošlo ke skartaci požadovaného materiálu, a teprve pak oficiálně o tyto materiály požádala. Obcházení zákona je zde dle mého názoru zjevné, myšlenka, zda tento úkon považovat za neodkladný a neopakovatelný, dle mého názoru není na místě, a to zejména s přihlédnutím k povaze takto získaných informací. Lze se ztotožnit s tvrzením Ústavního soudu, který ve svých nálezech II. ÚS 502/2000, ze dne 22. 1. 2001 a IV. ÚS 536/2000 ze dne 22. 6. 2000 konstatoval, že informace o telekomunikačním provozu takto získané jsou ve své podstatě nedílnou součástí telekomunikačního provozu, a jako takové též podléhají telekomunikačnímu tajemství. Tento fakt lze konstatovat i ze zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, ve znění pozdějších předpisů, konkrétně z ustanovení § 84 odst. 3, písm. c). Je tudíž nutno je subsumovat pod ústavně garantované právo na ochranu listovního a jemu podobného tajemství, podle čl. 13 Listiny a pro jejich získání užít pouze zákonného podkladu. Výslovné ustanovení, jež by k tomuto kroku orgány činné v trestním řízení opravňovalo, tehdy nebylo. Jak již bylo výše naznačeno, Ústavní soud ve výše uvedených nálezech konstatoval, že s přihlédnutím k povaze takových informací a při absenci konkrétního zákonného zmocnění pro jejich získání, přichází v úvahu **přiměřená aplikace ustanovení § 88 tr. ř.** Z hlediska mezinárodních smluv o lidských právech jde o porušení čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práva základních svobod a čl. 17 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech. Evropský soud pro lidská práva projednával podobný případ<sup>2</sup>, kde dospěl ke shodným závěrům jako Ústavní soud. Ústavní soud se také na tento rozsudek v odůvodnění obou výše uvedených nálezů odvolává. Nutno jen podotknout, že rozsah porušení výše uvedených mezinárodních smluv byl v případě projednávaném před Ústavním soudem širší o určení místa, kde se osoby v době realizace telefonního hovoru nacházely. Z výše uvedených důvodů bylo nutno přehodnotit stávající

praxi a zareagovat vhodným doplněním trestního řádu o tento nový institut.

Aplikace tohoto relativně nového ustanovení není bez komplikací. V § 88a odst. 1 tr. ř. je uvedena slovní vazba: „údaje o uskutečněném telekomunikačním provozu“. Z hlediska gramatického se jedná o minulý čas. Pokud budeme toto ustanovení interpretovat, musíme se nutně zabývat i jeho časovým rozsahem. S poukazem na předchozí větu pak musíme učinit závěr, že toto ustanovení dopadá pouze na informace o již proběhlém telekomunikačním provozu.<sup>3</sup> Nutně se nabízí otázka, jak zajistit informace o telekomunikačním provozu, který teprve nastane. V současné době existují v teoretické rovině dvě možná řešení. Prvním z nich je přiměřené využití § 88a tr. ř. i při získání informací o telekomunikačním provozu, který teprve bude realizován. Nutno podotknout, že neexistuje dosud výslovné zákonné řešení tohoto problému, ale právě nastíněná možnost se v praxi zatím moc nevyužívá. Pro toto řešení svědčí i nález Ústavního soudu z doby, kdy ustanovení § 88a tr. ř. ještě nebylo zakotveno.<sup>4</sup> Stejný postup přináší již zmiňované Výkladové stanovisko NSZ č. 25/2002.

Současná praxe však inklinuje k jinému řešení, jehož těžiště spočívá v řešení problému prostřednictvím § 158d odst. 3 tr. ř., tedy využití operativně pátracího prostředku. Využití tohoto ustanovení umožňuje definice a vymezení jednotlivých druhů operativně pátracích prostředků v § 158b tr. ř. V kombinaci se shora uvedeným ustanovením umožňuje de facto za stejných podmínek jako odposlech telekomunikačního zařízení realizaci zjišťování informací o telekomunikačním provozu, který teprve proběhne. Otázkou však zůstává, zda i rozsah a druh získávaných informací bude totožný. V této fázi je nutno posoudit, zda obě ustanovení trestního řádu umožňují průlom do telekomunikačního tajemství. Osobně se domnívám, s přihlédnutím ke koncepci a zakotvení obou ustanovení, že tuto možnost připouští. V dikci § 88a tr. ř. je uvedeno, že se pomocí tohoto ustanovení zjišťují informace o již proběhlém telekomunikačním provozu, které podléhají telekomunikačnímu tajemství. V § 158d odst. 3 tr. ř. je zakotvena dle mého názoru širší úprava, která za v tomto ustanovení stanovených podmínek a splnění podmínek povolovacího režimu podle § 158d odst. 4, nebo s výjimkou stanovenou v odst. 6 citovaného ustanovení, umožní zásah m.j. do listovního tajemství. Listina základních práv, ve svém čl. 13 chrání listovní tajemství a zprávy podávané jiným obdobným zařízením. Můžeme tedy říci, že pojem listovního tajemství je kategorií nadřazenou pojmu telekomunikační tajemství (alespoň z hlediska ústavních zásad) a tudíž lze při

<sup>2</sup> Jednalo se o rozsudek ve věci Malone vs. Spojené království ze dne 2. 8. 1984. Tento rozsudek Evropského soudu pro lidská práva není v této práci zahrnut, neboť jeho podstatné body jsou konstatovány v rozboru obou nálezů Ústavního soudu.

<sup>3</sup> Stejný názor je zastáván ve Výkladovém stanovisku NSZ č. 25/2000.

<sup>4</sup> Autor zde má na mysli závěry Ústavního soudu v nálezu IV. ÚS 536/2000, který se týkal získávání informací o realizovaném telekomunikačním provozu a jejich dalšího využití jako důkazu v trestním řízení. V tomto nálezu byla situace řešena při neexistenci § 88a tr. ř. analogickou aplikací § 88 tr. ř.

získávání informací o telekomunikačním provozu postupovat za využití § 158d odst. 3 tr. ř. Praxe se dle mého názoru zcela správně přidržuje výrazného restriktivního pojetí výkladu ustanovení § 158d odst. 3 tr. ř. a jeho aplikace na získávání informací o telekomunikačním provozu. Sám zastávám názor, že je tento přístup zcela na místě, a to zejména při objasnění samotné podstaty operativně pátracích prostředků. Na rozdíl od úpravy platné na Slovensku, nepřipouští náš právní řád možnost pro realizaci odposlechu jako operativně pátracího prostředku. Citovaný § 158d tr. ř. se vztahuje toliko na sledování osob a věcí, což je pouze jeden z operativně pátracích prostředků. Bylo by dle mého názoru mylné a zavádějící aplikovat toto ustanovení tak, aby zcela suplovalo výše uvedený nedostatek § 88a tr. ř. Praxe tudíž velice správně umožňuje aplikaci citovaného ustanovení pouze na získání informací o pohybu držitele mobilního telefonu, případně jen tohoto telefonu, jakožto sledované věci. Pokud bychom umožnili zastupitelnost § 88a a § 158d tr. ř., popřeli bychom význam výše citovaného nálezu Ústavního soudu a judikaturu Evropského soudu pro lidská práva.<sup>5</sup> Domnívám se, že za účelem napravení tohoto provizorního stavu by mělo být přikročeno ke změně § 88a tr. ř., a to v tom směru, že by se za slovo „uskutečněném“ vložil výraz „nebo v budoucnu realizovaném“. Tím by došlo k pokrytí zde diskutovaného problému. Zde bude třeba prověřit, zda řešení nenabízí doprovodná novela trestního řádu, navrhovaná v souvislosti s trestním zákoníkem 2003/2004.

Dalším problémem ustanovení § 88a tr. ř. je jeho vztah k § 47 a § 47a zákona o Policii ČR. Podle § 47 jsou policejní útvary oprávněny při plnění úkolů požadovat od státních orgánů, orgánů obcí, právnických a fyzických osob pomoc a poskytnutí informací a podkladů. Dle odstavce třetího citovaného ustanovení je přímo stanovena povinnost pro provozovatele telekomunikačního zařízení vyzádané informace o telekomunikačním provozu policii poskytnout. Toto ustanovení nedopadá na § 88 tr. ř., ale je v kolizi s dikcí § 88a tr. ř. Dle § 84 odst. 3 zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, ve znění pozdějších předpisů, veškeré informace týkající se provozu telekomunikačního zařízení podléhají telekomunikačnímu tajemství. V současné praxi se tohoto ustanovení nejčastěji využívá ke zjištění čísla mobilního telefonu osoby, která bude následně sledována. Nicméně i telefonní číslo podléhá režimu teleko-

munikačního tajemství, a to s ohledem na dikci § 84 odst. 3 písm. c) zákona o telekomunikacích. Policejní orgány tento zcela zjevně protiprávní postup odůvodňují tím, že získání telefonního čísla, nebo IMEI, je nutným předpokladem pro pozdější úspěšné sledování osoby, nebo věci. S tímto názorem však, jak vyplývá z výše uvedeného, nelze souhlasit a je nutno takovou praxi odmítnout. Nejvyšší státní zastupitelství tento problém vyřešilo ve Výkladovém stanovisku č. 25/2002. Zde je uvedeno, že lze použít § 47a zákona o Policii ČR k získání informací od provozovatele, nebo získávání informací pomocí dálkového přístupu, pouze tehdy, pokud je souběžně vydáno povolení dle § 158d odst. 3 tr. ř. Tím je totiž legální cestou odůvodněn zásah do ústavně garantovaného práva na listovní a jemu podobné tajemství.

V souvislosti s výše uvedeným si neodpustím ještě jednu kritickou poznámku. V naší praxi se objevila myšlenka, že ustanovení zákona o telekomunikacích týkající se ochrany telekomunikačního tajemství se nevztahuje na osoby, které používají mobilní telefony získané trestnou činností. Taktó pojatým výkladem, můžeme dospět k tomu, že ochrana telekomunikačního tajemství svědčí jen oprávněným uživatelům mobilních telefonů. Pro tuto myšlenku, v praxi naštěstí výjimečnou, však neexistuje žádný zákonný podklad. Telekomunikační zákon nerozlišuje, zda se telekomunikační tajemství vztahuje jen na oprávněné držitele, a naopak nechrání držitele ostatní. Telekomunikační tajemství, tak jak je zakotveno v citovaném zákonu, svědčí všem uživatelům mobilních telefonů bez rozdílu. Je tedy nepřipustné činit z vlastní vůle nějaké výjimky z tohoto rigidního pravidla.

V praxi je toto nové ustanovení velice využíváno zejména pro možnost určení místa, odkud a kam byl v případě mobilního telefonu hovor uskutečněn, což napomáhá monitoringu osoby v určitém časovém období. Rovněž lze dle taktó získaných volaných čísel ustanovit další osoby, jež se na trestné činnosti podílejí a odkrýt tak celou skupinu pachatelů. Protože se však jedná o zákonem umožněný průlom do ústavně garantovaných práv, je nutno při využívání tohoto institutu postupovat s největší opatrností, důsledně přitom dbát relevantních právních předpisů a přihlížet při realizaci k maximálnímu šetření základních lidských práv a svobod odposlouchávaného.

<sup>5</sup> Zde považuji za nutné opětovně odkázat na odůvodnění rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Malone vs. Spojené království* z roku 1984 a porovnat důvody v tomto rozsudku uvedené se situací nastílnou v této části.