

Cena IUS et SOCIETAS

IUS et SOCIETAS

Kikazaru, odposlechy a trestní řízení

Autor: JUDr. Jakub Matocha

Studijní program: Teoretické právní vědy (doktorské studium), Právnická fakulta UK

„Prohlašuji, že jsem esej na téma Kikazaru, odposlechy a trestní řízení zpracoval sám a uvedl jsem všechny použité prameny. Dávám souhlas s prvním zveřejněním své eseje vyhlášovatelí soutěže nebo spolupracujícími institucemi v papírové či elektronické podobě.“

V Praze dne 24. května 2017

JUDr. Jakub Matocha

Kikazaru, odposlechy a trestní řízení


Účelem trestního řízení je v souladu se zákonem odhalit pachatele trestného činu, vyšetřit tento čin a postavit obviněného před soud, který rozhodne o jeho vině či nevině. Takto definovaný účel řízení se primárně odvíjí od veřejného zájmu na zamezení trestné činnosti, a pokud již k této dojde, tak na spravedlivém potrestání pachatele. V některých případech mohou nicméně nastat situace, kdy zájem společnosti na potrestání pachatele ustoupí, s ohledem na právní normy různé právní síly, zájmu na spravedlivý proces pro obviněného. Jelikož za jednu z nejviditelnější a nejdiskutovatelnější oblast umožňující nepotrestání pachatele lze právem považovat odposlechy či jiné zásahy do základních práv, bude na následujících stranách zhodnocena a zodpovězena otázka naznačená již v názvu práce, tj. *z dali máme v trestním řízení přítomnu Kikazaru?*

1 Úvod

Úvodem je nutné upřesnit obsahový rámeček následující práce. Kikazaru je pojmenování jedné z tzv. tří moudrých opic, přičemž zbývající opice nesou jména Mizaru a Iwazaru. Charakteristickým znakem těchto tří moudrých opic je jejich umístění rukou, kdy opice jménem Mizaru si zakrývá oči, Iwazaru si zakrývá ústa a konečně Kikazaru, v této práci negativní hrdina, si zakrývá uši.¹ Naznačená gesta tří moudrých opic mají vyjadřovat stav, ve kterém jednotlivé opice zlo nevidí, nemluví o zlu a zlo neslyší. Jak je z uvedeného představení zřejmé, Kikazaru je opicí, která *zlo neslyší*.

Vzhledem k tomu, že pravděpodobně existuje několik interpretací smyslu a významu opic, uvedeme pro lepší pochopení dva základní interpretační pohledy. První pohled opice interpretuje tak, že nemáme nikoho pomlouvat, nestrkat nos do cizích věcí a nečinit jiným příkoří. Pro odpověď na položenou otázku si však lze rovněž „vypůjčit“ vysvětlení ze západní civilizace, která opice interpretuje jako symbol klamu, neupřímnosti a ignorace.

Nyní je již téma práce jistě pochopitelnější, nicméně je nutné ho dále upřesnit. Podnětem pro následující zamyšlení byly opakované dotazy položené osobami z mého okolí, které nemají právní vzdělání. Předmětem jejich dotazů byla některá, mj. i mediálně prezentovaná, trestní řízení, ve kterých bylo orgány činnými v trestním řízení (dále jen „OČTŘ“) zasahováno

¹ Symbol tří moudrých opic je natolik populární, že textové editory obsahují i grafické znázornění opic
- 

do základního práva obviněných na soukromí, a to zejména prostřednictvím pořizování odposlechů, záznamů telekomunikačního provozu² či některými z operativně pátracích prostředků (dále jen „odposlechy“).³ Společným jmenovatelem těchto trestních řízení je závěr soudu, ať již později vyššími soudy potvrzený či vyvrácený, který nařízené odposlechy či jiné zásahy do soukromí prohlašuje za nezákonné a jako takové ve výsledku v daném trestním řízení za absolutně neúčinné a nepoužitelné. Jinými slovy, v případě, kdy dojde ke konstatování nezákonnosti u pořizovaných odposlechů či jiných záznamů osobní povahy, je nalézací soud povinen jednat tak, jakoby dané předměty důkazu, povětšinou nahrávky, pořizeny nebyly a tyto neexistovaly.

A právě zde se dostáváme z pohledu laické veřejnosti k nepochopitelné situaci. V jistých případech jsou pořizeny odposlechy či jiné záznamy osobní povahy, které pachatele jednoznačně usvědčují, přičemž z důvodu (mnohdy procesního) pochybení některého z OČTŘ je nutno na tyto hledět jako na neexistující. Výše představené tři moudré opice byly vybrány zcela záměrně, neboť popsaná situace dle mého názoru odpovídá právě opici Kikazaru, která, zakrývající si uši, zlo neslyší.

2 Odposlech jako zásah do základních práv jednotlivců

Jak již bylo naznačeno výše, mnohé úkony v trestním řízení, vycházející ze zájmu na odhalování a překažení závažné trestné činnosti, významně zasahují do práv a svobod jednotlivce. Mezi nejefektivnější nástroje se řadí odposlech a záznam telekomunikačního provozu, kdy účelem jejich užití je zejména zjišťování skutečností relevantních pro další postup v trestním řízení, které nelze opatřit jiným způsobem. Není pochyb o tom, že přes svůj značný důkazní potenciál představují tyto prostředky významný zásah do práva na soukromí jednotlivce, obecně chráněného řadou právních norem různé právní síly.

Ústavní soud v jednom ze svých nálezů⁴ konstatoval, že *"zcela zvláštní respekt a ochranu požívá v liberálních demokratických státech základní právo na nerušený soukromý život"*

² Záznam telekomunikačního provozu je zde uveden z důvodu, kdy některé OČTŘ využívají tohoto ust. § 88a trestního řádu k získání obsahu emailových zpráv.

³ Srov. Stanovisko NSZ 1/2015 ze dne 26.1.2015, sp. zn. 1 SL 760/2014 či Vávra, L. (2016): *Tak copak máme v tom mailu?*. Právní prostor. Online text (<http://www.pravniprostor.cz/clanky/trestni-pravo/tak-copak-mame-v-tom-mailu>).

⁴ Nález sp. zn. II. ÚS 2048/09 ze dne 2. 11. 2009 (N 232/55 SbNU 181).

osoby (čl. 10 odst. 2 Listiny)“. Primární funkcí práva na respekt k soukromému životu je zajistit prostor pro rozvoj a seberealizaci individuální osobnosti. Vedle tradičního vymezení soukromí v jeho prostorové dimenzi (ochrana obydlí v širším slova smyslu) a v souvislosti s autonomní existencí a veřejnou mocí nerušenou tvorbou sociálních vztahů (v manželství, v rodině, ve společnosti) zahrnuje právo na respekt k soukromému životu i garanci sebeurčení ve smyslu zásadního rozhodování jednotlivce o sobě samém. Jde o aspekt práva na soukromí v podobě práva na informační sebeurčení, výslovně garantovaný čl. 10 odst. 3 Listiny.⁵

V Listině však právo na respekt k soukromému životu není garantováno v jednom všezahrnujícím článku (jako je tomu v případě čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv (dále jen „Úmluva“)). Naopak, ochrana soukromé sféry jednotlivce je v Listině rozložena a doplňována dalšími aspekty práva na soukromí, deklarovanými na různých místech Listiny (např. čl. 7 odst. 1, čl. 10, 12 a 13 Listiny). Stejně tak i samotné právo na informační sebeurčení lze dovodit z čl. 10 odst. 3 Listiny, garantujícího jednotlivci právo na ochranu před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním, a nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě, a to ve spojení s čl. 13 Listiny, chránící listovní tajemství a tajemství přepravovaných zpráv, ať již uchovávaných v soukromí, nebo zasílaných poštou, podávaných telefonem, telegrafem nebo jiným podobným zařízením anebo jiným způsobem.⁶

Je zřejmé, že Listina zdaleka není jediným legislativním podkladem, který zavazuje chránit právo na soukromí jednotlivce. Mezi důležité ústavní prameny⁷ se řadí rovněž Úmluva, kde se provádění odposlechů dostává do střetu zejména s právem na respektování soukromého a rodinného života zaručeným v jejím čl. 8.⁸ Zákonná ustanovení, která v současnosti

⁵ Srov. nálezy Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 23/05 ze dne 17. 7. 2007 (N 111/46 SbNU 41) nebo sp. zn. I. ÚS 705/06 ze dne 1. 12. 2008 (N 207/51 SbNU 577).

⁶ Nález Ústavního soudu ze dne ze dne 22. 3. 2011 sp. zn. Pl.ÚS 24/10.

⁷ Z dalších pramenů lze také zmínit např. Mezinárodní pakt o občanských a politických právech (srov. čl. 17 odst. 1).

⁸ ESLP (zejména rozhodnutí ve věci Malone proti UK (no. 8691/79 ze dne 2. 8. 1984), z čl. 8 Úmluvy, garantujícího právo na respekt k soukromému a rodinnému životu, jakož i k obydlí a ke korespondenci, dovodil i právo na informační sebeurčení, když zdůraznil, že sběr a uchovávání údajů týkajících se soukromého života jednotlivce spadají pod rozsah čl. 8 Úmluvy, neboť výraz "soukromý život" nesmí být interpretován restriktivně. Tato fazeta práva na soukromí tak konzumuje i právo na ochranu před sledováním, hlídáním a pronásledováním ze strany veřejné moci, a to i ve veřejném prostoru či na veřejně přístupných místech. Navíc žádný zásadní důvod neumožňuje vyloučit z pojmu soukromého života aktivity profesní, obchodní či sociální (srov. rozhodnutí ve věci Niemietz proti Německu (no. 13710/88) ze dne 16. 12. 1992). ESLP ve své judikatuře k právu na respekt k soukromému životu podle čl. 8 Úmluvy označil za zásahy do soukromí jednotlivců mimo jiné i zásahy

provádění odposlechu a zjišťování údajů o již uskutečněném telekomunikačním provozu pro účely trestního řízení přípouští, jsou obsažena v ustanovení § 88 a § 88a tr. řádu, která stanoví přesná kritéria, po jejichž splnění lze do základních práv osob ze strany OČTŘ zasáhnout.

Z výše uvedeného nastínění ústavních a podústavních východisek je nepochybné, že právo na soukromí je významným ústavním právem. Nicméně ani toto právo nelze chápat jako absolutní, neboť stíhání trestných činů a spravedlivé potrestání jejich pachatelů, je ústavně aprobovatelným veřejným zájmem, jehož podstatou je přenesení odpovědnosti za postihování nejzávažnějších porušování základních práv a svobod fyzickými a právníckými osobami na stát. Umožňuje-li trestní právo realizaci veřejného zájmu na stíhání trestné činnosti pomocí robustních nástrojů, jejichž užití má za následek vážné omezení osobní integrity a základních práv a svobod jednotlivce, pak při jejich aplikaci musí být respektovány ústavněprávní (restriktivní) limity.⁹ A jaké to jsou konkrétní limity?

Limity zásahu do základních práv jednotlivce přehledně shrnul Ústavní soud v nálezu ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. Pl.ÚS 24/10. K omezení soukromí osob může ze strany OČTŘ dojít jen zcela výjimečně, je-li to v demokratické společnosti nezbytné, nelze-li účelu sledovaného veřejným zájmem dosáhnout jinak a je-li to akceptovatelné z pohledu zákonné existence a dodržení účinných a konkrétních záruk proti libovůli. Esenciální předpoklady spravedlivého procesu totiž vyžadují, aby byl jednotlivec vybaven dostatečnými garancemi a zárukami proti možnému zneužití pravomoci ze strany veřejné moci. Ony nezbytné záruky sestávají z odpovídající právní úpravy a z existence účinné kontroly jejich dodržování, kterou představuje především kontrola těch nejintenzivnějších zásahů do základních práv a svobod jednotlivců nezávislým a nestranným soudem.

Ve vztahu k odposlechům je zásah do základních práv jednotlivce z důvodu prevence a ochrany před trestnou činností možný jen skrze imperativní zákonnou úpravu. Tato úprava musí především odpovídat nárokům plynoucím z principu právního státu a naplňovat požadavky vyplývající z testu proporcionality, kdy v případech střetů základních práv či svobod s veřejným zájmem, resp. s jinými základními právy či svobodami, je třeba posuzovat

v podobě kontroly dat, obsahu pošty a odposlechu telefonních hovorů (viz bod 34 nálezu sp. zn. Pl.ÚS 24/10).

⁹ Nález sp. zn. Pl.ÚS 24/10, bod 36.

účel (cíl) takového zásahu ve vztahu k použitým prostředkům, přičemž měřítkem pro toto posouzení je zásada proporcionality (v širším smyslu).

Naznačená právní úprava musí být dle Ústavního soudu přesná a zřetelná ve svých formulacích a dostatečně předvídatelná. Rovněž musí být striktně definovány i pravomoci udělené příslušným orgánům, způsob a pravidla jejich provádění tak, aby jednotlivcům byla poskytnuta ochrana proti svévolnému zasahování.

Posouzení přípustnosti daného zásahu z hlediska zásady proporcionality (v širším smyslu) zahrnuje tři kritéria. Prvním z nich je posouzení způsobilosti naplnění účelu (nebo také vhodnosti), přičemž je zjišťováno, zda je konkrétní opatření vůbec schopno dosáhnout zamýšleného cíle, jímž je ochrana jiného základního práva nebo veřejného statku. Dále se pak jedná o posouzení potřebnosti, v němž je zkoumáno, zda byl při výběru prostředků použit ten prostředek, který je k základnímu právu nejšetrnější. A konečně je zkoumána přiměřenost (v užším smyslu), tj. zda újma na základním právu jednotlivce není nepřiměřená ve vazbě na zamýšlený cíl, tzn. že opatření omezující základní lidská práva a svobody nesmějí, jde-li o kolizi základního práva či svobody s veřejným zájmem, svými negativními důsledky převyšovat pozitiva, která představuje veřejný zájem na těchto opatřeních.

Nezbytný požadavek soudní ochrany základních práv se v případě užití trestněprávních nástrojů omezujících základní práva a svobody jednotlivce projevuje zejména ve vydání soudního příkazu a v jeho dostatečném odůvodnění. *"Soudní příkaz k odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu může být vydán jen v řádně zahájeném trestním řízení pro zákonem kvalifikovanou trestnou činnost, a musí být podložen relevantními indiciemi, z nichž lze dovést důvodné podezření ze spáchání takového trestného činu. Příkaz musí být individualizován ve vztahu ke konkrétní osobě, která je uživatelem telefonní stanice. Konečně musí příkaz alespoň v minimální míře konkrétně uvést, jaké skutečnosti významné pro trestní řízení mají být takto zjištěny a z čeho je to vyvozováno."*¹⁰

Z uvedeného vyplývá, že příkaz musí být vydán písemně a musí být odůvodněn, včetně konkrétního odkazu na vyhlášenou mezinárodní smlouvu v případě, že se vede trestní řízení pro úmyslný trestný čin, k jehož stíhání tato mezinárodní smlouva zavazuje. V příkazu musí být stanovena uživatelská adresa či zařízení a osoba uživatele, pokud je její totožnost známa, a doba, po kterou bude odposlech a záznam telekomunikačního provozu prováděn, která

¹⁰ Srov. náleží Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 789/06 či sp. zn. I. ÚS 3038/07.

nesmí být delší než čtyři měsíce. V odůvodnění musí být dále uvedeny¹¹ skutkové okolnosti, které vydání tohoto příkazu, včetně doby jeho trvání, odůvodňují, přičemž zde musí být uveden účel odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu a také vysvětleny důvody, proč nelze sledovaného účelu dosáhnout jinak nebo proč by bylo jinak jeho dosažení podstatně ztíženo.¹² Obdobné předpoklady zásahu do základních práv požaduje i ESLP.¹³

Z výše uvedeného shrnutí mnoha podmínek přípustnosti zásahu vyplývá, že tyto jsou nastaveny velmi restriktivně a na první pohled se může zdát jejich splnění obtížné či někdy takřka nemožné. Aniž bych se zabýval konkrétní trestní věcí, rozporuplným nástrojem mnohdy může být odůvodnění příkazu k odposlechu, neboť tento nejenomže nelze dle mého názoru chápat jako jednoznačné objektivní kritérium zákonnosti¹⁴, nýbrž jde rovněž o nadstandardní požadavek ve vztahu k Úmluvě.¹⁵ Toto kritérium zde uvádím záměrně, neboť správně formulované odůvodnění může založit nezákonnost odposlechem získaných informací pro celé trestní řízení.¹⁶

S ohledem na množství shora uvedených ústavních limitů a podmínek přípustnosti zásahu do soukromí jednotlivce ze strany OČTŘ se tak nabízí otázka, zdali není takto nastavený mechanismus zásahu již za hranicí přípustnosti, resp. jsoucí v rozporu s veřejným zájmem na ochraně společnosti před trestnými činy a tím, aby takové činy byly zjištěny a potrestány.

¹¹ Srov. Toman, P. (2017): *Náležitosti příkazu k odposlechu a záznam telekomunikačního provozu*. Bulletin advokacie 5/2017, str. 23-25.

¹² Srov. např. usnesení NS ČR ze dne 14.1.2014, sp. zn. 4 Pzo 3/2013.

¹³ Viz shrnutí v bodě 39 nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl.ÚS 24/10.

¹⁴ Lze poukázat na názor zpochybňující schopnost vyšších soudů reálně posoudit nezákonnost nařízeného odposlechu, neboť posuzující orgán nemusí mít k dispozici takové informace, které měl v době rozhodování k dispozici soudce, který odposlech nařídil, a to včetně poznatků operativní povahy.¹⁴ (viz Jelínek, J.: *Odposlech a záznam telekomunikačního provozu – nová právní úprava v České republice*. In ZÁHORA, J (ed.): *Teoretické a praktické problémy dokazovania : pocta prof. JUDr. Vladimírovi Mathernovi, DrSc. k 80. narozeninám*. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2008, Poradca podnikateľa, spol. s r. o., s. 87; cit. dle Lovíšková, Z.: *Odposlech a záznam telekomunikačního provozu*. Diplomová práce. 2013. Právnická fakulta. Univerzita Karlova v Praze.)

¹⁵ Srov. Uzun v. Německo, č. stížnosti 35623/05, odst. 63, Klass a další v. Německo, č. stížnosti 5029/71, odst. 56, Pastýřík v. Česká republika, č. stížnosti: 47091/09 či Matocha, J.: *Odůvodnění příkazu k odposlechu jako možnost ke konstatování nezákonnosti?*. Právní prostor.cz. 26. 4. 2017. ISSN 2336-4114. Online text. Dostupné z (<http://www.pravniprostor.cz/clanky/trestni-pravo/oduvodneni-prikazu-k-odposlechu-jako-moznost-ke-konstatovani-nezakonnosti>).

¹⁶ Např. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 4 Pzo 3/2013-30 ze dne 14. 1. 2014, sp. zn. 4 Pzo 2/2014-78 ze dne 19. 2. 2015.

3 Modelová situace

K obraznějšímu pochopení výše uvedeného je vhodné představit standardní trestní řízení, v němž dojde k užití odposlechu či jiných zásahů do základních práv jednotlivců ze strany OČTŘ.

Představme si, že v dané věci mají OČTŘ indicie a podezření, založené např. na informacích od informátora či ze své předchozí činnosti, o tom, že se dotyčný subjekt dopustil závažného trestného činu, přesněji řečeno konkrétně trestného činu, který trestní řád uvádí v ust. § 88 odst. 1.¹⁷ Policejní orgán, který vyšetřování vede, nemá kromě rámcových, nicméně důvěryhodných informací, jiné poznatky, které by nasvědčovaly tomu, že vyšetřovaný trestný čin spáchal právě tento subjekt. Důvodem pro naznačenou absenci jakýchkoliv jiných předmětů důkazů, a nemožnosti policejního orgánu si obstarat další poznatky, je přílišná opatrnost dotčeného subjektu, který má s ohledem na svoji „profesionalitu“ a kriminální historii relativně přesné povědomí o práci policejních orgánů při stíhání trestných činů.

Policejní orgán, vědom si uvedených skutečností, se obrátí na dozorujícího státního zástupce s podnětem k podání návrhu na nařízení odposlechu zájmového subjektu, neboť uživatelská stanice tohoto subjektu byla bezpečně zjištěna. V předmětné věci tedy policejní orgán i státní zástupce, shodně, nicméně stále nezávisle, dospějí k závěru o naplnění materiálních podmínek pro nařízení odposlechu zájmového subjektu. Státní zástupce, vědom si možných úskalí při podávání návrhu na nařízení odposlechu, vypracuje formálně a materiálně zcela korektní návrh na nařízení odposlechu dle ust. § 88 tr. řádu, a tento předloží soudci, který po seznámení se se skutkovými okolnostmi případu odůvodňující tento návrh vydá, dle svého uvážení, příkaz k odposlechu.

V tomto okamžiku je nutné dodat, že daný soudce, vědom si recentní judikatury a názorů obhajoby tradičně kritizující „bezmyšlenkové přebírání“ návrhu státního zástupce soudcem, vypracuje a zejména odůvodní příkaz k odposlechu odlišně od návrhu doručeného státním

¹⁷ Tedy, trestní řízení se v dané věci vede pro zločin, na který zákon stanoví trest odnětí svobody s horní hranicí trestní sazby nejméně osm let, pro trestný čin pletichy v insolvenčním řízení podle § 226 trestního zákoníku, porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže podle § 248 odst. 1 písm. e) a odst. 2 až 4 trestního zákoníku, zjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě podle § 256 trestního zákoníku, pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži podle § 257 trestního zákoníku, pletichy při veřejné dražbě podle § 258 trestního zákoníku, zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 trestního zákoníku nebo pro jiný úmyslný trestný čin, k jehož stíhání zavazuje vyhlášená mezinárodní smlouva.

zástupcem. Jinými slovy, soudce, v okamžiku nařízení odposlechu seznámený se všemi dostupnými okolnostmi případu, vydá příkaz k odposlechu, který je obsahově a argumentačně odlišný od návrhu státního zástupce. Na obranu nařizujícího soudce však dodejme, že tento s ohledem na zjištěné skutečnosti v daném případě povolil odposlech v souladu se svým nejlepším vědomím a svědomím, přičemž bez nejmenších pochybností měl za prokázané, že vydaný příkaz k odposlechu je perfektní, argumentačně vyčerpávající a zcela v souladu se zákonem.

Na základě takto vydaného příkazu nechá policejní orgán monitorovat a nahrávat telefonické hovory zájmového subjektu po dobu stanovenou v příkazu. Vzhledem k opatrnosti zájmového subjektu nepřináší odposlechy očekávaný přínos pro vyšetřování, nicméně po zhruba 3 měsících dojde k průlomu. Zájmový subjekt se spojí s bývalým spoluvězněm a při domlouvání další trestné činnosti se spoluvězni „pochlubí“ s úspěšným trestným činem, který je nyní předmětem vyšetřování. Tedy, během nahrávaného tel. rozhovoru se zájmový subjekt svobodně a bez jakéhokoliv nátlaku přizná ke spáchání vyšetřovaného trestného činu, přičemž rovněž uvede konkrétní skutkové okolnosti tohoto činu až do té míry, kdy neexistují žádné pochybnosti o jeho vině.

S ohledem na uvedené zahájí policejní orgán stíhání daného subjektu. Navzdory pokusům policejního orgánu o zajištění jiných důkazů usvědčující obviněného, nelze jakékoliv další informace, nad rámec „přiznání“ z odposlechu, zjistit a toto je tak jediným (přímým) důkazem v daném řízení.¹⁸

Policejní orgán, s vědomím viny obviněného, předloží spis státnímu zástupci, který rovněž přesvědčen o jeho vině zakládající se na přiznání v telefonu, podá soudu obžalobu sledovaného subjektu. Soud následně po přezkoumání obžaloby dojde k závěru, že jsou dány podmínky pro hlavní líčení a učiní veškeré kroky pro jeho uskutečnění (předpokládejme, že stížnost proti usnesení trestního stíhání nebyla podána, popř. byla zamítnuta).

Jelikož pořízený odposlech představuje v daném řízení toliko jediný, byť přesvědčující důkaz, zaměří se obhajoba právě na tento. Po seznámení se se spisem začne obhajoba namítat nezákonnost pořízeného odposlechu, a to zejména z důvodu procesních vad při pořizování odposlechu, přesněji řečeno nedostatků v příkazu k odposlechu.

¹⁸ V takovém případě by se jistě OČTŘ snažily zajistit další, zejména nepřímé důkazy.

Ačkoliv se nalézací soud s námitkami obhajoby v odsuzujícím rozsudku vypořádá, neboť dle pořízené nahrávky je vina zájmového subjektu nepochybná, odvolací soud dá obhajobě za pravdu. Dle názoru odvolacího soudu byl daný příkaz k odposlechu vydán v rozporu se zákonem, neboť z odůvodnění není seznatelné, z jakého důvodu nemohlo být účelu dosaženo jinak a jedná se tak o zásah do základních práv obžalovaného.

Potvrzení nezákonnosti pořízené nahrávky je v předmětném řízení zcela klíčové, neboť se jednalo o jediný přímý důkaz, přičemž další, např. i nepřímé důkazy nejsou v posuzované věci k dispozici. Vzhledem k tomu, že danou „usvědčující“ nahrávku nelze použít z důvodu absolutně neúčinného důkazu (hledí se na ní jako by neexistovala), musí nalézací soud pro nedostatek důkazů, popř. s ohledem na zásadu *in dubio pro reo* rozhodnout tak, že zájmový subjekt zproští obžaloby. Výsledkem práce OČTŘ tedy bude osvobozený pachatel trestného činu, o jehož vině díky nahrávce nelze pochybovat.

4 Zhodnocení modelové situace

Ačkoliv výše uvedený příklad nerekonstruoval konkrétní trestní kauzu, názorně demonstruje situaci, která může v rámci trestního řízení nastat. Zcela stranou nyní ponechme vývoj věci, kdy by OČTŘ v dané věci nejspíše vyvinuly extrémní úsilí k zajištění jiných, např. nepřímých důkazů,¹⁹ jež by tvořily ucelený celek,²⁰ popř. se daný případ nedostal ani do stádia podání obžaloby. Důležitý pro tuto práci je především závěr, že se obdobná situace stát může.

Z modelového příkladu vyplývají tři podstatné závěry, z toho dva významné pro tuto práci. Předně je nutno upozornit na přehlíženou skutečnost při nařizování odposlechu. Ačkoliv trestní řád detailně upravuje postup pro nařízení odposlechu soudem/předsedou senátu, zcela opomenuta je možnost jakýchkoliv opravných prostředků ze strany státních zástupců při nařizování a zejména odůvodnění příkazu k odposlechu soudem.²¹ Možnost namítat

¹⁹ „Orgány činné v trestním řízení jsou povinny vyvinout všemožné úsilí, aby tento jediný usvědčující důkaz byl pokud možno doplněn jinými, byť třeba nepřímými důkazy“ (usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15.2.2017, sp. zn. 5 Tdo 1230/2016).

²⁰ „Nepřímé důkazy, které vedou k odsouzení obviněného, mají tvořit do té míry ucelený, spojitý a na sebe navzájem navazující řetěz důkazů, že ve svém důsledku vylučují jakoukoliv pochybnost o vině obviněného a zcela jej usvědčují.“ (nález Ústavního soudu sp. zn. I.ÚS 3622/10, ze dne 16.06.2011).

²¹ Uvedenou myšlenku přednesl JUDr. Libor Vávra ve svém příspěvku „Povolování odposlechu a jejich použitelnost v trestním řízení“ na kongresu Právní prostor 2017.

nesprávnost a tedy nezákonnost příkazu k odposlechu je dána primárně obhajobě, zatímco ze strany státního zástupce tato možnost absentuje. Státní zástupce tedy nemá jakoukoliv možnost, uvažováno dle ustanovení trestního řádu, ovlivnit finální správnost či znění vydaného příkazu, a popř. proti tomuto podat opravný prostředek v případě, kdy vyhotovený příkaz považuje státní zástupce za nezákonný.

Mohou jistě nastat situace, kdy soudce lidově řečeno zkopíruje návrh státního zástupce, nicméně také nepochybně existují případy, a doufám v jejich většinu, kdy je příkaz svědomitě soudcem/předsedou senátu připraven s ohledem na skutková zjištění v dané věci. Pochybí-li však soudce/předseda senátu, veškeré negativní důsledky ve výsledku dopadají na všechny OČTŘ. K zamyšlení tak zůstává skutečnost, zdali by státní zástupce neměl mít k dispozici nástroj, prostřednictvím kterého by „potencionálně“ nezákonný příkaz např. k odposlechu mohl opravit či alespoň napadnout jeho správnost ve prospěch obžaloby, a to zejména v době, kdy je trestní řízení na samém začátku.

Modelový případ nám rovněž odpověděl na otázku položenou v úvodu této práce. V trestním řízení v České republice mohou nastat situace, kdy ačkoliv ze zjištěných důkazů je zcela nadevší pochybnost prokázána vina pachatele trestného činu, má pachatel možnost se vyhnout trestněprávní odpovědnosti. Jinými slovy, v případě pořízené nahrávky usvědčující pachatele mohou nastat situace, kdy tento klíčový důkaz je nepoužitelný a hledí se na něj, jakoby neexistoval. Pokud bychom chtěli odpovědět na otázku, zda je v trestním řízení přítomna opice jménem Kikazaru, musíme odpovědět pozitivně. V modelovém případě tak nejenom soud, nýbrž i OČTŘ či veřejnost, si musí *zakrýt uši* a snažit se zlo neslyšet.²²

Poslední závěr vyplývající z modelového případu souvisí s výše uvedenou, trestním řádem aprobovanou hluchotou. Vzhledem k tomu, že soutěž, pro niž je tato esej zamýšlena, cílí na podněty, pohledy a otázky týkající se role práva a justice ve společnosti, je nutné upozornit právě na tento pohled očima veřejnosti. Jak jsem již uvedl, inspirací pro zvolené téma bylo laickou veřejností nepochopení situací v rozličných trestních věcech, kdy ačkoliv k dispozici byly dány jednoznačné, usvědčující nahrávky či záznamy osobního jednání pachatele, nebylo je možno z důvodu jejich nezákonnosti použít.

²² Samostatnou otázkou k diskuzi je pak objektivní schopnost soudu takto vyléchnuté informace účinně filtrovat, resp. „vytěsnit“.

Lidé bez právního vzdělání, a tedy bez hlubších souvislostí zejména ústavněprávních východisek, se stále, a nutno říci do jisté míry pochopitelně, podivují nad závěry soudů, jejichž rozhodnutí byla založena především právě na odposleších či jiných zásahů do základních práv. Standardní otázkou v uvedených situacích je např. dotaz: *Jak je možné, že nahrávky pachatele zcela usvědčují, ale při tom jej neodsoudili pro nedostatek důkazů?*; popř. hlášky znění: *Přece mají proti němu tolik důkazů a zejména ty nahrávky, kde se přiznává, a přesto jej nemohou odsoudit.*

Veřejnost se tak prostřednictvím trestního řízení dostává zcela nevědomě a nezaviněně do pozice opice Kikazaru, která díky zakrytým uším zlo, v těchto případech např. přiznání k (popř. usvědčení z) trestné činnosti nesmí slyšet a neslyší.

Je takto nastavená úroveň ochrany v pořádku? Osobně si na takovou otázku netroufám odpovědět. To však nic nemění na skutečnosti, kdy se případná odpověď bude zcela jistě lišit v závislosti na subjektu odpovědi. Kladnou odpověď pravděpodobně poskytnou osoby s právním vzděláním, neboť tyto si budou vědomy ústavněprávních limitů a východisek, resp. závažnosti zásahu do základních práv a ve výsledku i možných důsledků pro trestní řízení. Na druhou stranu negativní odpověď poskytne široká veřejnost, která má (a musí mít) legitimní zájem na odhalení trestné činnosti a potrestání pachatelů. Jiný názor na případnou odpověď této otázky mohou mít jedinci, kteří se již stali „zájmovými subjekty“ ze strany OČTŘ a byli odposloucháváni, zatímco jinak budou nejspíše smýšlet osoby nedotčené zásahy do soukromí ze strany OČTŘ. Odlišný názor budou pravděpodobně mít osoby s kriminální historií a osoby, které tuto historii nemají, neboť žijí spořádaným způsobem a není zde důvod k zásahu do jejich soukromí. A konečně jiný názor může mít obhájba a jiný státní zástupce.²³

5 Zájem společnosti

Jelikož právo od společnosti nesmí být odtržené, neboť jejímu zájmu má primárně sloužit, bylo by vhodné se zde pozastavit nad přístupem a pohledem společnosti na výše naznačenou otázku vycházející z modelového případu.

²³ To však žádný z těchto subjektů či orgánů nezavazuje povinnosti postupovat v souladu s právními normami.

V úvodním odstavci jsem zkráceně uvedl účel trestního řízení, který vychází z úvodního ustanovení trestního řádu, kdy OČTŘ mají náležitě zjistit trestné činy a jejich pachatele podle zákona spravedlivě potrestat. *„Řízení přitom musí působit k upevňování zákonnosti, k předcházení a zamezování trestné činnosti, k výchově občanů v duchu důsledného zachovávání zákonů a pravidel občanského soužití i čestného plnění povinností ke státu a společnosti.“*²⁴

Poněkud odlišnou definici nabízí např. Jelínek, podle kterého *„základním účelem trestního řízení je ochrana veřejného zájmu na spravedlivém potrestání pachatele ústavně souladným postupem a tím zabezpečení principu panství práva.“*²⁵

V souladu s citační korektností v úvodu nastíněného vyjádření Nejvyššího soudu ČR je třeba doplnit, že tento za účel trestního řízení nepovažuje jenom „spravedlivé potrestání pachatele“, ale i provedení řádného zákonného procesu, tzv. „fair proces“.

Aniž by bylo potřeba hluboce zabředávat do rozličných definic a obtížné interpretace vymezení účelu trestního řízení, je na základě citovaných definic včetně úvodního ustanovení trestního řádu zřejmé, že účel lze rozdělit na hlavní a vedlejší. Ačkoliv o bližším vymezení jednotlivých kategorií může být vedena odborná diskuze, za hlavní účel osobně považuji zájem na odhalení a potrestání pachatele trestného činu, jakož i zájem na zajištění spravedlivého procesu při odhalování a potrestání pachatele.

Vzhledem k tomu, že se některé trestněprávní případy dostávají na rozmezí citovaných „zájmů“ společnosti, bude nesmírně obtížné rozhodnout, kterému z nich ve výsledku dát přednost. Jelikož mi nepřísluší hodnotit rozhodnutí vyšších soudů či Ústavního soudu, přičemž k dispozici nemám ani relevantní data, omezím se pouze na tlumočení názoru osob, se kterými jsem ohledně těchto otázek vedl diskuzi, a kteří považují současný právní systém za „přeformalizovaný“ do té míry, kdy jsou práva obviněných chráněny až kontraproduktivně. Nosným argumentem pro uvedené závěry stále zůstávají situace, ve kterých je většinou v důsledku procesních pochybení rezignováno na spravedlivé potrestání pachatele, přičemž přednost je dána právu na spravedlivý proces. Uvedený závěr je zcela jistě ovlivněn médii, nicméně lze souhlasit, že takto nastavený postup právní řád umožňuje. Jedinci argumentující ve prospěch potrestání pachatele, a to i navzdory porušení zásad spravedlivého procesu, si neuvědomují dopady odstoupení od těchto požadavků, nicméně lze souhlasit s tím, že

²⁴ § 1 odst. 1 trestního řádu.

²⁵ Jelínek, J. a kolektiv: Trestní právo procesní. 3. vydání. Praha: Leges, 2013, str. 21.

spravedlivé potrestání pachatele by mělo být vždy minimálně na stejné úrovni jako dodržení spravedlivého procesu.

Za předpokladu rezignace na zajištění fair procesu je hlavním protiargumentem riziko svévole OČTŘ, a proto zde i nadále musejí být zachovány mechanismy zamezující zneužití těchto nástrojů. Za účelem vyhnout se dezinterpretaci v odstavci výše uvedených závěrů je však důležité upozornit, že spravedlivý proces má (a musí být) zachován v takových intencích a na úrovni, jaké bylo v naší společnosti dosaženo a tuto nelze snižovat. Nicméně v situacích, kdy již dojde k porušení některých práv, např. právě v případě povolení a nařízení odposlechů, které obviněného jednoznačně usvědčují, je otázkou, zdali tato pochybení OČTŘ ihned „sankcionovat“ nezákonností pro celé následné trestní řízení. Nebylo by s ohledem na zájem společnosti na potrestání pachatele akceptovatelnější, kdyby tento byl v souladu se zjištěním skutkových okolností bez důvodných pochybností²⁶ odsouzen, přičemž v důsledku nezákonného zásahu do základních práv by mu „pouze“ vznikl nárok proti státu, popř. úměrně snížen trest? Opravdu je nutné si v případě zjištěných vad v řízení, např. v podobě nedostatečně odůvodněného příkazu k odposlechu, zakrývat uši a snažit se usvědčující důkaz neslyšet?

Jak jsem již uvedl dříve, požadavek na zákonný příkaz k odposlechu, později vyhodnocený jako nezákonný z důvodu povětšinou formálního pochybení, se může v některých případech dostat nad zájem společnosti na spravedlivém potrestání pachatele. V této souvislosti je však vždy nutné se ptát, zda při nařizování odposlechu pochybily všechny dotčené OČTŘ, tedy orgány povolané k ochraně veřejného zájmu, které by se nadto měly vzájemně kontrolovat, nebo zda byla sledovaná osoba opravdu, a popř. do jaké míry, zkrácena na svých právech.²⁷

²⁶ Za důvodnou pochybnost (lze) považovat pochybnost, která by způsobila, že soudce (či jiný orgán činný v trestním řízení) po pečlivém, objektivním a nestranném zhodnocení všech dostupných důkazů by byl tak nerozhodný, že by nemohl říci, že uvedená skutečnost naplňující znak trestného činu se stala, a že tedy by nemohl říci, že získal ustálené přesvědčení o vině obžalovaného (obviněného). Je to tedy taková pochybnost, která by u rozumné osoby zapříčinila, aby zaváhala nebo ustala při vyřizování důležité životní záležitosti. Není to však imaginární pochybnost, ani pochybnost založená na rozmaru nebo určité náhodě či na domněnce nebo dohadu. (usnesení IV. ÚS 1618/10 ze dne 19. 7. 2010, obdobně P. Šámal a kolektiv: Trestní řád - komentář, 5. doplněné a přepracované vydání, C. H. Beck, 2005, str. 23 a násl.).

²⁷ Srov. test účinnosti třístupňové kontroly a posouzení zásahu z hlediska zásady proporcionality. Viz náleží Ústavního soudu ze 7.5.2014, sp. zn. Pl. ÚS 47/13, [76/2014 USn.].

6 Relevantní rozhodnutí

Odpovědi na uvedené otázky v trestním řádu dle mého nenalezneme. V této souvislosti je však možné setkat se s případy, kdy jsou odposlechy vyhodnoceny jako nezákonné a to právě z důvodu, kdy došlo k formálním pochybením při jejich použití. Na tomto místě se však sluší dodat, že v rozhodovací praxi vyšších soudů lze nalézt jisté indicie, které kladou větší důraz na materiální posouzení opodstatněnosti odposlechu nežli na stránku formální. Zjednodušeně řečeno, některá rozhodnutí²⁸ neakceptují formální posouzení při rozhodování o nezákonnosti příkazů, nýbrž se zamýšlejí právě nad materiální stránkou konkrétních případů.

První rozhodnutí, ačkoliv již staršího data, vyjadřuje názor Ústavního soudu²⁹, podle kterého doktrína shrnula „*formální náležitosti příkazu k odposlechu tak, že se musí jednat o soudní příkaz písemný a odůvodněný, v němž musí být, vedle uložení povinnosti provedení příslušného druhu telekomunikačního provozu, uvedeno telefonní číslo a místo odposlechu nebo jinak specifikován druh a místo odposlechu, majitel a uživatel telefonní či jiné stanice uvedením jména a příjmení, adresy, příp. i zaměstnání a dalších potřebných identifikačních údajů, jakož i trestný čin naznačený v § 88 odst. 1 trestního řádu, pro nějž se vede trestní řízení, a účel odposlechu a záznamu. (...) Jen takto vydaný příkaz odpovídá znění a smyslu úpravy tohoto institutu na úrovni podústavního práva a ústavněprávním požadavkům. Je samozřejmé, že těmto požadavkům musí dostát i návrh státního zástupce na vydání soudního příkazu (resp. i podnět policejního orgánu k němu) a musí k němu být přiloženy odpovídající důkazy. (...)*

Nelze tedy připustit praxi, která setrvá stroze na formálních náležitostech a zcela rezignuje na posouzení materiálních podmínek pro nařízení odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu.“ Uvedené rozhodnutí, které ačkoliv akcentuje materiální stránku a od toho se odvíjející důkladnější popis skutkových okolností pro nařízení odposlechu, lze použít dle mého názoru i ve prospěch výše uvedené argumentace.

Další citovaná rozhodnutí se týkají především neodkladných a neopakovatelných úkonů, přičemž i tyto se obsahově velice blíží situacím při nařizování odposlechů.

²⁸ Viz Vávra, L. (2017): „Povolování odposlechu a jejich použitelnost v trestním řízení“. Kongres Právní prostor 2017.

²⁹ Nález ze dne 23. 5. 2007, sp. zn. II. ÚS 615/06.

Nejvyšší soud kupř. v usnesení ze dne 9.2.2011, sp. zn. 5 Tdo 47/2011 konstatoval, že „formální pochybení, spočívající v tom, že v příkazu k prohlídce nebyla zdůvodněna neodkladnost úkonů, nemůže znegovat podstatu a povahu neodkladnosti provedeného úkonu. (...) Absenci odůvodnění neodkladnosti nebo neopakovatelnosti úkonu je třeba považovat za důležité pochybení, které nelze bagatelizovat. Přitom je však třeba v každém jednotlivém případě náležitě zvažovat povahu takového pochybení, a to zejména z materiálního hlediska, tedy zda i přes absenci náležitého odůvodnění zde podmínky neodkladnosti jsou dány s ohledem na konkrétní okolnosti případu.“

V uvedeném rozhodnutí Nejvyšší soud rovněž dodává, že „z vyloženého přístupu k posuzování neodkladnosti a příp. absence náležitého odůvodnění konkrétními skutečnostmi v protokolu o provedení prohlídky jako neodkladného úkonu plyne, že jestliže při následné kontrole a po zvážení všech souvislostí lze konstatovat, že věcné důvody pro neodkladnost či neopakovanost [sic!] úkonu byly splněny, pak neexistence zdůvodnění sama o sobě byt' je vadou řízení nedosahuje ústavněprávní roviny, která by měla být důvodem pro rušení příslušných meritorních rozhodnutí. Jde pak totiž ve své podstatě o vadu toliko formální, bez vlivu na věcnou správnost provedení neodkladného či neopakovatelného úkonu. Takový právní názor je projevem v judikatuře Ústavního soudu (ale i Nejvyššího soudu) deklarované doktríny materiálního právního státu.“

Za velmi zajímavý považuji náleží pléna Ústavního soudu ze 7.5.2014, sp. zn. Pl. ÚS 47/13, [76/2014 USn.], který v bodě V. konstatoval: „Ústavní soud při použití testu účinnosti trojí kontroly (policejní orgán-státní zástupce-soud) dospěl k závěru, že v posuzovaném případě policejní orgán podal řádně věcně i formálně odůvodněný návrh státnímu zástupci a ten pak soudci, přičemž všichni tito posuzovali příkaz k domovní prohlídce jako úkon, jehož neodkladnost, resp. neopakovatelnost je zachycena a prokázána ve spisovém materiálu. Odůvodnění návrhu státního zástupce a rozhodnutí soudce ani protokol o prohlídce sice formálně neobsahují pasáž, která by se výslovně věnovala neodkladnosti či neopakovatelnosti dané prohlídky, nicméně tato neodkladnost či neopakovatelnost je ze spisového materiálu, z okolností případu a z procesní charakteristiky této fáze řízení zřejmá. Soud v hlavním líčení, za přítomnosti stěžovatelů a jejich obhájců, neodkladnost a neopakovatelnost prohlídky nezpochybnil. Trojí kontrola neodkladnosti, resp. neopakovatelnosti prohlídky tedy byla provedena. Vzhledem k tomu, že v posuzovaném případě Ústavní soud shledal, že neodkladnost, resp. neopakovatelnost provedené domovní prohlídky je zřejmá ze spisového materiálu a z okolností případu, a je tak v daném případě možné dovodit věcné důvody

*pro takový postup, není absence výslovného označení daného úkonu za neodkladný nebo neopakovatelný pochybením dosahujícím ústavněprávní intenzity. Naopak, v případě, že by jinak formálně bezvadně vyjádřená neodkladnost a neopakovatelnost domovní prohlídky nebyla v konkrétním případě řádně věcně odůvodněna, znamenal by takový úkon porušení základního práva.*³⁰

A konečně rozhodnutí II. ÚS 1221/16 ze dne 13. 10. 2016, ve kterém Ústavní soud opakovaně zdůrazňuje, že negativně hodnocené nedostatky písemného odůvodnění příkazu k prohlídce nemusí nutně představovat ústavněprávní pochybení, kvůli kterým by musel zrušit napadený příkaz a zamezit tak použití důkazů získaných během prohlídky. K ústavněprávnímu pochybení nedochází v případě, že ze všech okolností případu, seznatelných z příkazu k prohlídce nebo z trestního spisu, přesvědčivě vyplývá, že podmínky pro její nařízení - navíc v podobě neodkladného a neopakovatelného úkonu - jsou skutečně dány.

7 Zhodnocení a závěr

Výše uvedená rozhodnutí, ačkoliv se povětšinou týkají neodkladnosti a neopakovatelnosti úkonů, obsahují cenné vnímání formalistického nahlížení na současnou právní úpravu a jako taková je lze argumentačně aplikovat i u jiných typů příkazů, zejména příkazů k odposlechu. Tato rozhodnutí nám mohou rovněž napovědět, jak finálně odpovédět na otázku položenou v úvodu této práce. Ano, Kikazaru je v českém trestním řízení dle mého názoru přítomna. Soud, a přeneseně také společnost, je v rámci rozhodování o vině či nevině obžalovaného nucen si *zakrýt uši*, a nahrávky usvědčující obžalovaného ignorovat a neslyšet za předpokladu, kdy tyto byly vyhodnoceny jako nezákonné, resp. nezákonně pořízené. V jistých případech je příčinou tohoto následku, který lze považovat za fatální sankci, pouze pochybení některého z OČTŘ, které je nadto ryze formálního charakteru. Takto nastavený systém nelze přijmout zejména v situacích, kdy se jedná o zcela evidentní usvědčující důkaz, neboť si lze jen stěží představit společnost, která by měla zájem na nepotrestání pachatelů trestných činů. Ačkoliv jsou Kikazaru a *zakryté uši* v právním systému přítomny, existuje naděje, že zájem společnosti na potrestání pachatele způsobí, kdy materiální stránka případů bude v budoucnu převažovat a soud či společnosti si *uši* již nadále *zakrývat* nebude.

³⁰ Obdobně i usnesení Ústavního soud ze dne 21.5.2014, sp. zn. III. ÚS 761/14, [Výběr ÚS 3291/2014].

Předložená práce může navozovat dojem, kdy OČTŘ konstantně chybují, zejména při užívání odposlechu, v důsledku čehož jsou skuteční pachatelé trestných činů osvobozeni. Takto naznačený závěr bez bližších vstupních dat nelze vůbec dovodit, přičemž osobně jsem právě opačného názoru. Na základě čeho se tedy společnost může domnívat, že současný trestní systém a rozhodování soudů je nastaveno v případech odposlechů až příliš ve prospěch obviněných, a mnohdy tedy i pachatelů trestných činů? Za částečnou příčinu tohoto stavu lze považovat jistě právní úpravu, jakkoliv umožňující vyřadit usvědčující, avšak nezákonný, důkaz z hodnocení soudu. Nicméně rovněž nelze odhlížet od jiných faktorů, mezi kterými budou z hlediska ovlivnitelnosti veřejného mínění na prvním místě sdělovací prostředky. Nutno však dodat, že právě na několika, médií vybraných, kauzách lze stále identifikovat slabá místa právní úpravy. Úpravy, která má směřovat k nalezení a spravedlivému potrestání pachatelů trestných činů.