

Elektronická komunikácia a jej bezpečnosť

Pezinok, 10. 9. 2018

Radim Polčák

Informační teorie důkazu a virtualizace důkazu
Uložená data a jejich přeshraniční zajištění
Elektronický dokument jako důkaz

„Yün-men řekl mnichům: ‚Opravdová pravda vypadá jako bidlo nad záchodem. Opravdová lež vypadá jako bidlo nad záchodem. Ano, pravda je stejně nedůležitá jako lež. Více záleží na tom, co je mezi nimi. Nevěříte? Tak mi sem někdo přineste záchodové bidlo.‘ A když mu ten klacek podali, pravil: ‚Řekněme, že jeden z konců, dejme tomu tento, je opravdová pravda, v tom případě ovšem druhý, opačný konec je opravdová lež. A nyní pohleďte, co je mezi konci. Vidíte? Mezi konci je to, oč nutno se opřít, pakliže nechceme spadnout do hoven.‘ “

virtualizace důkazu

Praktická jistota

Opomenutý důkaz

virtualizace důkazu

Nové typy běžně dostupných dat – pohyb, životní funkce, nervová aktivita, ...

Nové zdroje dat – IoT, roboti (autonomní důkaz)

Datová kapacita, trvalost záznamu

Zprostředkovanost a úloha ISP

Obecně nižší míra spolehlivosti a větší potřeba širší koherence

Větší potřeba technické kompetence k praktické jistotě

X Menší potřeba technické kompetence

Uložená data

Odposlech – záznam v reálném čase
Provozní a lokalizační údaje – povinný záznam dle ZEK

Uložená data – fakticky uložena na infrastruktuře ISP

Přístup k datům
Zmrazení dat (quick freeze)
Zákonný transfer (důkaz)

https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-2_1824.pdf

Předpoklady:

CLOUD Act

Povětšinou ISP třetího typu

ISP má data legálně/nelegálně

ISP má/nemá souhlas s jejich dalším užitím

Osobní údaje (identifikovatelnost)

Místo uložení dat (relevantní?) – případ **Microsoft Ireland**

Uložená data - ? – NARIADENIE EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY o európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach - 2018/0108(COD)

Německý model – zajišťovací příkazy (production order)

Preamble 7: Sieťové služby je v zásade možné poskytovať odkiaľkoľvek a nevyžadujú si fyzickú infraštruktúru, priestory ani zamestnancov v príslušnej krajine. V dôsledku toho sú relevantné dôkazy často uložené mimo vyšetrovacieho štátu alebo ich uchováva poskytovateľ služieb usadený mimo tohto štátu. Často neexistuje žiadne iné prepojenie medzi prípadom, ktorý sa vyšetruje v dotknutom štáte, a štátom, v ktorom sú údaje uložené alebo v ktorom sa nachádza hlavná prevádzkareň poskytovateľa služieb.

2018/0108(COD) – osobní působnost (caveat: ZEK, NIS, ECD)

2(3):

„poskytovatel služeb“ je akákoľvek fyzická alebo právnická osoba, ktorá poskytuje jednu alebo viacero z týchto kategórií služieb:

a) **elektronické komunikačné služby** vymedzené v článku 2 ods. 4 [smernice, ktorou sa stanovuje európsky kódex elektronickej komunikácie];

b) **služby informačnej spoločnosti** vymedzené v článku 1 ods. 1 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/1535 44 , pri ktorých je ukladanie údajov kľúčovým prvkom služby poskytovanej používateľovi, vrátane sociálnych sietí, online trhov umožňujúcich transakcie medzi svojimi používateľmi a iných poskytovateľov hostingových služieb;

c) **služby týkajúce sa názvov internetových domén a čísel IP**, napríklad poskytovatelia adries IP, registre názvov domén, registrátori názvov domén a príslušné služby na ochranu súkromia a služby proxy;

2018/0108(COD) – osobní působnost

2(4):

„ponúkanie služieb v Únii“ je:

a) umožnenie právnickým a fyzickým osobám v jednom členskom štáte alebo vo viacerých členských štátoch **využívať služby** uvedené v bode 3 a

b) existencia **podstatnej väzby** s členským(-i) štátom(-mi) uvedeným(-i) v bode a);

Production order – provozní údaje

4(1)

Európsky príkaz na predloženie dôkazov týkajúci sa údajov o predplatiteľoch a údajov o prístupe môže vydať:

a) sudca, súd, vyšetrojúci sudca alebo prokurátor príslušný konať v dotknutej veci alebo

b) akýkoľvek iný príslušný orgán určený vydávajúcim štátom, ktorý v príslušnej veci plní funkciu **vyšetrovacieho orgánu v trestnom konaní** a má **v súlade s vnútroštátnym právom právomoc nariadiť zhromaždenie dôkazov**. Takýto príkaz na predloženie dôkazov, po preskúmaní jeho súladu s podmienkami na vydanie príkazu na predloženie dôkazov podľa tohto nariadenia, overí sudca, súd, vyšetrojúci sudca alebo prokurátor vo vydávajúcom štáte.

Production order – obsahová data (uložená užívateľská data)

4(2):

Európsky príkaz na predloženie dôkazov týkajúci sa údajov o transakciách a obsahových údajov môže vydať len:

a) sudca, súd, alebo vyšetrojúci sudca príslušný konať v dotknutej veci alebo

b) akýkoľvek iný príslušný orgán určený vydávajúcim štátom, ktorý v príslušnej veci plní funkciu vyšetrovacieho orgánu v trestnom konaní a **má v súlade s vnútroštátnym právom právomoc nariadiť zhromaždenie dôkazov**. Takýto príkaz na predloženie dôkazov, po preskúmaní jeho súladu s podmienkami na vydanie príkazu na predloženie dôkazov podľa tohto nariadenia, overí sudca, súd alebo vyšetrojúci sudca vo vydávajúcom štáte.

Quick freeze – obsahová data

4(3):

Európsky príkaz na uchovanie dôkazov môže vydať:

a) sudca, súd, vyšetrojúci sudca alebo prokurátor príslušný konať v dotknutej veci alebo

b) **akýkoľvek iný príslušný orgán** určený vydávajúcim štátom, ktorý v príslušnej veci plní funkciu vyšetrovacieho orgánu v trestnom konaní a **má v súlade s vnútroštátnym právom právomoc nariadiť zhromaždenie dôkazov**. Takýto príkaz na uchovanie dôkazov, po preskúmaní jeho súladu s podmienkami na vydanie príkazu na uchovanie dôkazov podľa tohto nariadenia, **overí** sudca, súd, vyšetrojúci sudca alebo prokurátor vo vydávajúcom štáte.

Production order – podmínky vydání

5(2):

Európsky príkaz na predloženie dôkazov musí byť nevyhnutný a primeraný na účely konaní uvedených v článku 3 ods. 2 a môže sa vydať iba vtedy, keď je vo vydávajúcom štáte dostupný **podobné opatrenie** týkajúce sa toho istého trestného činu v porovnateľnej vnútroštátnej situácii.

EPOC, EPOC-PR

EPOC, EPOC-PR

Obsahuje príkaz

Vystavuje vydávající orgán

Překlad do jazyka dle požadavku ISP

Doručuje se zástupci (směrnice)

Posvátne krávy

18:

Ak sú údaje o transakciách alebo obsahové údaje získané prostredníctvom európskeho príkazu na predloženie dôkazov chránené **imunitami alebo výsadami udelenými podľa práva členského štátu adresáta**, alebo ak má ich získanie vplyv na **základné záujmy daného členského štátu**, ako sú národná bezpečnosť a obrana, súd vo vydávajúcom štáte zabezpečí počas trestného konania, v súvislosti s ktorým bol príkaz vydaný, aby sa pri posudzovaní relevantnosti a prípustnosti dotknutých dôkazov tieto dôvody **zobrali do úvahy takým istým spôsobom, ako keby boli stanovené podľa jeho vnútroštátneho práva**. Súd môže uskutočniť konzultácie s orgánmi príslušného členského štátu, Európskou justičnou sieťou v trestných veciach alebo Eurojustom.

Vydání dat s dopadem mimo EU - Čl. 15, čl. 16

Caveat: povinnost námitky povinného nebo zástupce

15(3):

Vydávající orgán preskúma európsky príkaz na predloženie dôkazov na základe odôvodnenej námietky. Ak vydávající orgán má v úmysle potvrdiť európsky príkaz na predloženie dôkazov, požiada o preskúmanie príslušným **súdom vo svojom členskom štáte**. Vykonanie príkazu bude pozastavené až do ukončenia postupu preskúmania. Príslušný súd najskôr posúdi, či existuje konflikt na základe preskúmania toho, či

- a) sa právne predpisy tretej krajiny vzťahujú na konkrétne okolnosti predmetného prípadu a ak áno, či
- b) právne predpisy tretej krajiny pri uplatňovaní na konkrétne okolnosti predmetného prípadu **zakazujú zverejnenie** dotknutých údajov.

Vydání dat s dopadem mimo EU - Čl. 15, čl. 16

Caveat: povinnost námitky povinného nebo zástupce

15(4):

Pri vykonávaní tohto posúdenia by súd mal zohľadniť, či právo tretej krajiny nie je namiesto ochrany základných práv alebo základných záujmov tretej krajiny týkajúcich sa národnej bezpečnosti alebo obrany zjavne zamerané na ochranu iných záujmov alebo či jeho cieľom nie je chrániť nezákonné činnosti pred žiadosťami týkajúcimi sa presadzovania práva v kontexte vyšetrovania trestných činov.

**Uložená data - SMERNICA EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY,
ktorou sa stanovujú harmonizované pravidlá určovania právnych zástupcov na
účely zhromažďovania dôkazov v trestnom konaní - 2018/0107(COD)**

Preambule (1):

Sieťové služby je v zásade možné poskytovať odkiaľkoľvek a nevyžadujú si fyzickú infraštruktúru, prítomnosť podniku alebo zamestnancov v krajine, kde sa ponúkajú služby, ani na samotnom vnútornom trhu. V dôsledku toho môže byť zložité uplatňovať a presadzovať povinnosti stanovené vo vnútroštátnom práve a práve Únie, ktoré sa uplatňujú na dotknutých poskytovateľov služieb, a to najmä povinnosť dodržiavať príkaz alebo rozhodnutie súdneho orgánu. Toto sa týka najmä trestného práva, kde orgány členských štátov čelia problémom s doručovaním, zabezpečením súladu a presadzovaním svojich rozhodnutí, najmä ak sa príslušné služby poskytujú mimo ich územia.

2018/0107(COD): úplná harmonizace, omezení (kabetáž)

1(2): Členské štáty nemôžu uložiť ďalšie povinnosti okrem tých, ktoré vyplývajú z tejto smernice o poskytovateľoch služieb, na ktorých sa vzťahuje táto smernica na účely stanovené v odseku 1.

1(4): Táto smernica sa uplatňuje na poskytovateľov služieb vymedzených v článku 2 ods. 2, ktorí ponúkajú svoje služby v Únii. Neuplatňuje sa na prípady, keď sú uvedení poskytovatelia služieb usadení na území jediného členského štátu a ponúkajú služby výlučne na území daného členského štátu.

Povinnosť stanoviť zástupcu

3(1): Členské štáty, v ktorých **je usadený** poskytovateľ služieb, ktorý ponúka služby v Únii, by mali zabezpečiť, aby poskytovateľ služieb určil aspoň jedného právneho zástupcu v Únii na prijímanie, dodržiavanie a presadzovanie rozhodnutí a príkazov vydaných príslušnými orgánmi v členských štátoch na účely zhromažďovania dôkazov v trestnom konaní. Právny zástupca musí mať pobyt alebo byť usadený v jednom z členských štátov, v ktorom je usadený alebo ponúka služby poskytovateľ služieb.

3(2): V prípade, ak poskytovateľ služieb **nie je usadený** v Únii, členské štáty zabezpečia, aby takýto poskytovateľ služieb ponúkajúci služby na ich území určil aspoň jedného právneho zástupcu v Únii na prijímanie, dodržiavanie a presadzovanie rozhodnutí a príkazov vydaných príslušnými orgánmi v členských štátoch na účely zhromažďovania dôkazov v trestnom konaní. Právny zástupca musí mať pobyt alebo byť usadený v jednom z členských štátov, v ktorom ponúka služby poskytovateľ služieb.

?

Způsobilost národní úpravy pro evropské zajišťovací příkazy

Konečná podoba zajištění a quick-freeze

Ústavnost data retention

Proporcionalita dat získaných ze zajištěné věci

Zákonnost (přípustnost) dat zajištěných aktivními protipatřeními

web - praxe

Notářský zápis (chybí funkcionalita)
(chybí služba notářské archivace webů)

Znalecký posudek (vč. funkcionality)

Webarchivy – Národní knihovna, ...

14 Kse 1/2017 – 126: Archive.is (důkaz archivovaným webem)

Důkaz el. dokumentem

Dokument

Písemnost

Listina – papír (caveat – český OZ)

Písemné právní jednání

(+ textová forma – v ČR ztraceno v překladu)

30 Cdo 1230/2007: Písemná forma právního úkonu předpokládá existenci dvou náležitostí, a to písemnosti a podpisu. Písemnost spočívá v tom, že projev vůle (právní úkon) jednajícího subjektu zahrnuje všechny podstatné náležitosti zachycené v písemném textu listiny. Písemný projev musí být zároveň podepsán, tj. je platný až po podpisu jednající osoby.

Zákaz diskriminace – el. dokument

eIDAS, čl. 46: Elektronickému dokumentu nesmějí být upírány právní účinky a nesmí být odmítán jako důkaz v soudním a správním řízení pouze z toho důvodu, že má elektronickou podobu.

eIDAS, čl. 3(10): „elektronickým podpisem“ [se pro účely tohoto nařízení rozumí] data v elektronické podobě, která jsou připojena k jiným datům v elektronické podobě nebo jsou s nimi logicky spojena a která podepisující osoba používá k podepsání

eIDAS, čl. 25(1): Elektronickému podpisu nesmějí být upírány právní účinky a nesmí být odmítán jako důkaz v soudním a správním řízení pouze z toho důvodu, že má elektronickou podobu nebo že nespĺňuje požadavky na kvalifikované elektronické podpisy.

33 Cdo 3210/2007: Pouze na základě takového návrhu podepsaného jednající osobou, popř. návrhu předkládaného prostřednictvím elektronických prostředků, opatřeného zaručeným elektronickým podpisem [§ 2 písm. b) zákona č. 227/2000 Sb.], který bude stejným způsobem akceptován, může být završen kontraktační proces dojde k uzavření smlouvy (ať již platné nebo neplatné pro nedostatek formy).

Kompozitní dokumentace – el. dokument

Kliknutí na tlačítko

+ autentizace eID (kvalifikovaný poskytovatel)

Kliknutí na tlačítko

+ důvěryhodný systém (bez ohledu na eIDAS)

Naskenovaný podpis

+ důvěryhodný systém

Naskenovaný podpis

+ situační koherence (v praxi nezákonně podceňovaná)

e-mail – jako publikace

Tpjn 300/2012 (obdobně civil – ochrana osobnosti)

- I. **Rozesílání** pornografických děl **prostřednictvím elektronické pošty** mezi tzv. e-mailovými schránkami, chráněnými individuálními přístupovými hesly, **nenaplnuje znak veřejně přístupná počítačová síť** ve smyslu § 191 odst. 3 písm. b) a § 192 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku.
- II. V případě rozesílání pornografických děl na větší počet e-mailových adres, je-li význam tohoto jednání pro šíření díla právě s ohledem na počet oslovených adresátů srovnatelný se spácháním trestného činu tiskem, filmem, rozhlasem, televizí nebo veřejně přístupnou počítačovou sítí, naplňuje znak jiným obdobně účinným způsobem ve smyslu § 191 odst. 3 písm. b) a § 192 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku. Rozeslání pornografických děl např. 163 adresátům splňuje tuto podmínku.

e-mail – dopravovaná a dopravená zpráva

11 Tdo 349/2009 (Caveat – před novými skutkovými podstatami dle Budapeštské úmluvy): Ve světle výše popsání je pak třeba logicky dospět k závěru, že obviněný svým jednáním objektivní stránku trestného činu porušování tajemství dopravovaných zpráv podle § 239 odst. 1 písm. b) tr. zák. nenaplnil, **neboť si zprávu přečetl až po jejím doručení do emailové schránky příjemce**. Nejvyšší soud jej však nemohl zprostit obžaloby, neboť vyvstává otázka, zda by jednání obviněného nemělo být kvalifikováno jako jiný trestný čin, konkrétně trestný čin poškození a zneužití záznamu na nosiči informací podle § 257a odst. 1 písm. a) tr. zák. V řízení nebylo dosud objasněno, s jakým úmyslem si obviněný zjednal přístup do emailové schránky poškozeného a zda z tohoto jednání chtěl mít, resp. měl on nebo jiná osoba prospěch, případně zda měl úmysl poškozenému způsobit škodu. Tuto otázku je tedy třeba v dalším řízení objasnit.

e-mail – dopravená zpráva a sledování podle § 158d TŘ

Analogie nástrojů obdobně 8 Tdo 109/2014 – odlišně BHG (caveat: zvláštní instituty TPP)

III. ÚS 3812/2012: Sledováním osob a věcí se dle citovaného ustanovení (§ 158d trestního řádu) rozumí získávání poznatků o osobách a věcech prováděné utajovaným způsobem nebo jinými prostředky. **Z dikce zákona jasně vyplývá, že v rámci tohoto úkonu lze pořizovat záznamy nejrůznějšího druhu a se souhlasem soudce může být v přiměřené míře zasahováno do práva na soukromí dotčených osob.** Z hlediska ústavněprávní kontroly je podstatné, že soud ve svém povolení dostatečně jasně specifikoval okruh počítačů, které mají být sledovány. V rámci sledování elektronických zařízení z povahy věci plyne, že předmětem sledování budou právě data na těchto zařízeních uložená, jejichž otisk lze pořídit za využití utajené operativně pátrací techniky. Pořízení otisku elektronických dat lze povolit postupem dle § 158d odst. 3 tr. řádu, pokud jde o data na sledovaných počítačích již uložená, nikoli o data telekomunikačního provozu.

e-mail – odeslání/doručení

1 As 90/2008–189: Jedná se totiž v zásadě o nepřímý důkaz, který lze s jistou mírou zjednodušení připodobnit důkazu svědčícímu o tom, že dopravní přešupek byl spáchán při jízdě určitým konkrétním dopravním prostředkem. V takovém případě také nelze majitele daného dopravního prostředku bez dalšího považovat za pachatele přešupku, avšak důkaz o tom, že přešupek byl spáchán např. jeho vozidlem, jistě představuje významné vodítko, které může za pomoci dalších nepřímých důkazů vyústit v to, že je uznán vinným.

cloudy - problémy

Delokalizace

Zákonnost přístupu prostřednictvím zajištěného přístupového údaje (certifikát v zařízení, klíčenky, otisky prstů)

Služby informační společnosti – právo poskytnout data 3. osobám (vč. OČTŘ) v. obecná povinnost ISP spolupracovat s OČTŘ

cloudy - facebook

Facebook: III. ÚS 3844/13: Povaha sociální sítě Facebook není dle názoru Ústavního soudu jednoznačně soukromá či veřejná. Vždy záleží na konkrétních uživateli, jakým způsobem si míru soukromí na svém profilu, případně přímo u jednotlivých příspěvků, nastaví. Teoreticky může uživatel prostřednictvím této sítě komunikovat pouze s jediným dalším uživatelem, a to aniž by tuto komunikaci mohli vidět, či do ní zasahovat, ostatní uživatelé. Taková komunikace by pak jistě mohla být považována za ryze soukromou, byť uskutečněnou prostřednictvím sociální sítě využívané miliardou uživatelů.

Relevantní z hlediska subjektivní odpovědnosti (objektivně může jít o publikaci)

Imunita (drobnost): 3 Tcu 33/2014-26