

K PROBLÉMU PŮSOBNOSTI TRESTNÍHO PRÁVA NA INTERNETU

RADIM POLČÁK

Katedra právní teorie Právnické fakulty Masarykovy Univerzity

Pracovní skupina pro právo a informační technologie Právnické fakulty

Masarykovy Univerzity

1. ONTOLOGIE PRÁVA VE VZTAHU K INTERNETU

Odpověď na otázku, zda právo na internetu existuje či nikoli, se zdá být na první pohled jasná. Podivnou a nepředpokládanou tezi, že na internetu právo neplatí, však nerazí jen rozevlátí vizionáři či anarchistické zájmové organizace, ale mohli jsme se již několikrát setkat s její realizací státními orgány, které právo autoritativně aplikují. V několika případech tak i orgány jako je například policie či soudy odmítly autoritativně uplatnit právo v situaci, kdy se někdo domáhal jeho dodržování v prostředí informačních sítí. Dále si pak představíme i jiné případy, kdy bylo právo sice autoritativně aplikováno, jeho vynucení však bylo z technických, ekonomických či sociálních důvodů nemožné – o materiální legitimitě a platnosti takto aplikovaného práva je pak důvod rovněž pochybovat.

V České republice například policie odložila případ trestného činu pomluvy s poukazem na to, že se uskutečnil na internetovém diskusním fóru a nelze tedy prokázat spáchání trestného činu. Vyšetřovatel se v tomto případě nezabýval zjištěním všech skutečností, které mohou být pro posouzení skutku rozhodné a k odložení případu si vystačil v podstatě jen s výslechem podezřelého. Rozhodnutí o odložení případu pak napadl ministr spravedlnosti stížností pro porušení zákona a Nejvyšší soud ČR této stížnosti vyhověl¹. Z rozhodnutí, v němž Nejvyšší soud ČR poskytl vyšetřovateli i obsáhlý návod, jak ve věci dále postupovat, vybíráme: „Podstata porušení zákona v daném případě spočívá v tom, že vyšetřovatel učinil rozhodnutí o zastavení trestního stíhání obviněného Ing. J. Z. z výše uvedeného důvodu, aniž náležitě zjistil skutkový stav a provedl veškeré dostupné důkazy, které se v této věci nabízely. (...) Dále bylo třeba vyžádat znalecký posudek z oboru výpočetní techniky se zaměřením na software a provést příslušné zkoumání zajištěných internetových stránek nalézajících se pod internetovou adresou, jakož i zřízené internetové schránky na jméno Z. S., s cílem získat údaje směřující k identifikaci osoby, která uvedené stránky a schránku zřídila, včetně údajů, jež by umožnily určit osobu, jež předmětný pomlouvačný text na tyto stránky umístila.“

¹ Viz rozhodnutí č. 4 Tz 265/2000, publikováno na adrese www.nsoud.cz.

Zajímavý případ s tragickým koncem se odehrál v Číně², kde se nejprve jednačtyřicetiletému hráči on-line hry „The Legend of Mir 3“ Qiu Chengweiovi podařilo společně s jeho přítelem Zhu Caoyuanem v této hře získat unikátní meč. Aniž by Zhu svému spoluhráči cokoli řekl, prodal tento virtuální meč na internetové aukci za 7200 juanů (cca 19 000,- Kč). Když šel Qui oznámit tento skutek na policii, bylo mu sděleno, že na virtuální vlastnictví se zákony nevztahují a policie tak tento skutek odmítla řešit. Qui byl pak natolik rozezlen, že Zhua napadl a několika bodnými ranami ho usmrtil.

Nejprve si představíme základní koncepte existence a legitimacy práva na internetu a budeme rovněž demonstrovat argumentaci, kterou lze k prosazení příslušných právních názorů použít. Výklad to není v žádném případě samoučelný – představené argumenty se totiž mohou velmi dobře hodit při řešení konkrétních právních problémů před úředními orgány, obecnými a ústavními soudy či před soudy nezávislých organizací. S tímto výkladem je pak v každém případě nutné začít v USA, kde se internet nejen zrodil, ale kde je díky místní právní kultuře³ možné nalézt i plodné středisko vývoje právních názorů na nejrůznější otázky související s realizací společenských vztahů v prostředí informační sítě.

USA jsou zemí, kde mají hluboké kořeny myšlenkové směry jako liberalismus či dokonce libertariánství. Jednou ze základních myšlenek liberalismu je přitom odstranění nejrůznějších forem regulace omezující jednotlivce v realizaci jejich záměrů a dosažení odpovídajícího prospěchu, ať už materiálního či jiného. Přesně v tomto duchu se nesou aktivity jednoho z nejvýznamnějších hnutí za tzv. svobodný internet, organizace Electronic Frontier Foundation, jejímž zakladatelem je známý rocker a pozdější úspěšný podnikatel John Perry Barlow. Již od počátku svého vzniku, tj. od roku 1990, se tato organizace významně angažuje v boji proti právnímu či jinému omezování svobody jedince na internetu, a to zejména formou veřejné osvěty a právní pomoci v soudních sporech. Jejím základním dokumentem je takzvaná Deklarace nezávislosti kyberprostoru⁴, jejímž ústředním motivem je problém právní regulace a činnost států a jejich orgánů autoritativně aplikujících právo. Z deklarace vybíráme následující pasáže (překlad autor):

„Vy, vlády všech průmyslových světů, Vy unavení obři z masa a oceli. Já, přicházející z Kyberprostoru, nového sídla Mysli, Vás v zájmu budoucnosti vyzývám: Nechte nás být! Nejste mezi námi vítáni. Nemáte žádnou moc nad místy, kde přebýváme.

Nemáme vládu ani po žádné netoužíme. Mluvím k Vám tedy z pozice autority nevětší, než jakou má sama Svoboda. Vyhláшуji, že globální společenství, jež budujeme, nezávisí na tyranii a zákazech, kterými jste nás svázali. Nemáte morální právo nás řídit a nemáte ani nástroje, kterých bychom se museli bát.

² O případu informoval server The Register, viz Haines, L. Onliner gamer stabbed over 'stolen' cybersword. TheRegister.com, 30. 3. 2005, u nás pak případ komentoval například server Lupa.cz – viz Vyletál, M. Online hry hýbou internetem, psychikou a peněženkami hráčů. Lupa.cz, 12. 8. 2005.

³ Narozdíl od kontinentální Evropy, kde je souzené se zpravidla výrazem nedostatečné schopnosti člověka dohodnout se a řešit problémy pokojnou cestou, je v USA soudní řešení konfliktů naprosto běžné a velmi populární. Není tedy divu, že čeština ani neobsahuje ekvivalent k anglickému výrazu 'litigious' označujícím hádavého člověka chtivého podávat soudní žaloby.

⁴ Plný text deklarace viz homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html.

Moc vlád je odvozena ze souhlasu těch, kterým vládnou. Náš souhlas jste však nežádali a nikdy jej neobdržíte. Nechceme Vás. Neznáte nás jako neznáte náš svět. Kyberprostor leží mimo hranice Vašeho poznání. Nemyslete si, že jej můžete tvořit a dovtvářet jako by se jednalo o nějakou další Vaši veřejnou zakázku. Nemůžete. Vznikl přirozeným vývojem a roste díky našemu společnému úsilí.

Dovoláváte se problémů okolo nás, a říkáte, je potřeba je řešit. Používáte je k ospravedlnění svých výpadů vůči nám. Mnoho z nich však neexistuje. Když se objeví skutečný konflikt nebo jiná špatnost, poznáme to a vypořádáme se s nimi vlastními prostředky. Máme novou společenskou smlouvu. Takové vládnutí se nezakládá na podmínkách Vašeho světa, ale toho našeho a náš svět je jiný.

Pojmy Vašeho práva jako vlastnictví, vyjadřování, subjektivita, pohyb nebo okolnosti, se na nás nevztahují. Všechny jsou založeny na hmotné podstatě a zde žádná hmotná podstata není.

Nemáme těla a na rozdíl od Vás se řád mezi námi nevytváří prostřednictvím násilí. Věříme v nastolení pořádku díky etice, osvícenému individualismu a smyslu pro všeobecné blaho. Můžeme se volně přemísťovat mezi Vašimi jurisdikcemi a tak jediné pravidlo, které skutečně ustavuje naše občanství, je zlaté pravidlo morálky. Na tomto základě chceme řešit všechny problémy a nepřijímáme způsoby, které se nám snažíte vnutit.

Vaše rostoucí nepřátelské a koloniální snahy nás staví to stejné role, jakou měli i v minulosti ti, kteří toužili po svobodě, sebeurčení a kteří se rozhodli odmítnout formální autority. Nedáváte nám jinou možnost než vyhlásit naše virtuální identity nezávislými na Vaší vládě i přes to, že naše těla jí i nadále podléhají. Naše myšlenky však nikdo omezovat nebude, neboť je rozprostřeme po celé planetě.

Založíme v kyberprostoru novou civilizaci Mysli. Snad bude humánnější a spravedlivější než svět, který Vaše vlády doposud vytvořily.“

Z uvedených pasáží deklarace, která se s postupem času stala všeobecně přijímaným manifestem svobody internetu, lze vyčíst hned několik momentů zásadních pro otázku působnosti práva. Především je to argument neexistence společenské smlouvy mezi adresáty právních norem a jejich tvůrcem, tj. státem.⁵ Tento argument je postaven na premise, že na internetu vzniká zcela nové občanství, jehož zřízení, pokud má disponovat autoritou, musí být založeno na nové společenské smlouvě, prostřednictvím které se adresáti právních norem vzdají části vlastní svobody ve prospěch suveréna. Deklarace přitom hovoří o neexistenci společenské smlouvy, jakož i o neexistenci vůle internetového občanství takovou smlouvu uzavřít.

V návaznosti na nezájem internetové komunity o autoritu státu se pak objevuje další argument nepotřebnosti právní či jiné autoritativní regulace internetu. V deklaraci je doslova uvedeno, že řada problémů zmiňovaných jako důvod k realizaci státní moci na internetu neexistuje a pokud už nějaké problémy jsou, má internetové občanství dostatečné nástroje i snahu k tomu je řešit. Právo a státní donucení jsou pak v tomto smyslu zbytečné.

⁵ Za původce teorie občanské smlouvy v právním myšlení je považován Thomas Hobbes. Dílem, které tuto teorii definovalo a posloužilo za základ jejího pozdějšího masivního rozvoje, je spis Leviathan – viz Hobbes, T. Leviathan. Project Gutenberg. Kniha je volně ke stažení na adrese <http://www.gutenberg.org/dirs/etext02/1vthn10.txt>.

Poslední ze závažných a co do legitimacy práva a státu relevantních argumentů je zaměřen na neschopnost států, uzavřených v tradičních prostorových hranicích jurisdikce, efektivně právo vynucovat. Deklarace hovoří o tom, že státy, přestože by se o to mohly pokoušet, nemají nástroje, jak své právo efektivně v prostředí informační sítě vynutit, tzn. jak (fyzicky) donutit adresáty norem, aby se podle nich chovali⁶. Doslova je pak zmíněn moment plošného rozprostření myšlenek (dat) nejen přes všechny jurisdikce ale též přes místa, která žádné jurisdikci nepodléhají a tím k zamezení možnosti jejich postihu.

Na uvedené argumenty, jež si s postupem času získaly značnou publicitu a oblibu mezi uživateli služeb celosvětové informační sítě, nelze přitom odpovědět prostě tak, že právo platí, protože je to napsáno v zákoně. Není totiž pravda, že právem je to, co říká zákon.⁷ Obsah či smysl zákona sice může být považován za základní kámen platného práva, často se však setkáme se situací, kdy obsah práva zjišťujeme i jinak než ze zákona nebo naopak, kdy zákon sice nějaké normy obsahuje, ty však nejsou platným právem.⁸ Výše uvedené argumenty jsou tedy pro samotnou existenci práva na internetu důležité a chceme-li s právem na internetu pracovat, je třeba se s nimi odpovídajícím způsobem vypořádat.

Předně je třeba zdůraznit, že autoritativně vynucované právo má smysl (je legitimní) tam, kde společnost není sama o sobě dostatečně organizována, což brání její reprodukci nebo dalšímu rozvoji. Prostřednictvím autoritativní organizace neboli regulace tedy může dojít k odstranění společenských problémů, dosažení pokojného stavu a nastartování dalšího rozvoje. Právo by tedy na internetu nemělo smysl tehdy, pokud by v síťovém společenství buďto neexistovaly konflikty nebo pokud by případné konflikty byly řešeny samoorganizačními mechanismy k všeobecnému užitku.

Jak můžeme vidět na celé řadě příkladů jako jsou šíření dětské pornografie, podvody v elektronickém bankovníctví, spekulace s doménovými jmény apod., nejsou přirozené samoorganizační mechanismy již zjevně s to zvládat veškeré problematické či entropické momenty ve vývoji celosvětové informační sítě.⁹ Přirozená schopnost společnosti organizovat se na podkladě tradičních sociálních norem či ekonomických pravidel, jakkoli v mnoha případech fungují, tedy v konkrétních oblastech nestačí a prostředí jako celek si tedy žádá autoritativní zásah zvenčí.

Právě uvedené však neznamená, že by právo v prostředí informačních sítí disponovalo nějakou paušální či všeobjímající legitimitou. Nelze tedy prostým poukazem na jednotlivé problematické momenty síťového společenství prostě odmítnout Barlowovy argumenty a jednoduše konstatovat, že právo má na internetu stejný důvod

⁶ Obzvláště problematickým se tento moment jeví být v rovině trestního práva, které je tradičně založeno na individuálním násilném postihu pachatele – k problému srov. Thomas, D. *Criminality on the Electronic Frontier*. In: *Cybercrime*, London: Routledge, 2003, str. 17 a násl.

⁷ Základní ontologickou otázkou po tom, co je platným právem, nelze spolehlivě zodpovědět jen na základě nahlédnutí do Sbírký zákonů – k problému viz např. Holländer, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, str. 17 a násl.

⁸ K tomu srov. např. Radbruch, G. *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, ročník 26, č. 1, str. 1 a násl.

⁹ K tomu srov. např. Kerr, O. S. *Virtual Crime, Virtual Deterrence: A Skeptical View of Self-Help, Architecture, and Civil Liability*. *Journal of Law, Economics & Policy*, 2005, č. 1, str. 1 a násl.

k existenci jako v off-line prostředí. Naopak je třeba hovořit o legitimní existenci práva jen tam, kde si etická, sociální, ekonomická či technická pravidla nedokáží poradit s výskytem problematických či chaotických elementů. V tomto směru lze tedy citovat vedoucího současného teoretika práva informačních sítí, profesora Lawrence Lessiga, který v závěru své zásadní monografie *Free Culture* doslova říká (překlad autor)¹⁰:

„Právo by jistě mělo regulovat určité oblasti naší kultury, ale mělo by regulovat kulturu pouze tam, kde je taková regulace dobrá. Právníci však stále jen zřídka konfrontují svou moc, respektive moc, kterou šíří, s jednoduchou pragmatickou otázkou: ‚Bude to tak dobré?‘ Kdykoli má právo dále rozšiřovat svoji působnost, slyšíme je namísto toho říkat spíše ‚Proč ne?‘

My bychom se však měli ptát, ‚Proč?‘ Ukažte mi, že je Vaše regulace kultury potřebná. Ukažte mi, jak je dobrá. A pokud mi nejste schopní ukázat obojí, držte své právníky stranou.“

Výše uvedené otázky legitimacy práva nás s praktickou nutností vedou k postupnému přehodnocování tradičních mechanismů právní regulace a jejich přetváření na mechanismy, které by se daly nazvat synergickými formami organizace nikoli pod příomou vládou ale za užití práva.¹¹ Různé typy autorit – zejména pak autority státní, technické a ekonomické – tak v zájmu reprodukce a rozvoje informační sítě k sobě postupně hledají cestu¹² a namísto ignorace či vzájemné konkurence se snaží své působení koordinovat.¹³ Význam tohoto sice pomalého¹⁴ přesto však nezadržitelného vývoje přitom není zásadní jen pro samotné prostředí celosvětové informační sítě, ale může naznačit cesty, kterými se bude právo v budoucnosti obecně ubírat. Kritické i konstruktivní studium ekonomických, technických, etických či sociální souvislostí působení práva tak v současné době začíná pro právníky na všech úrovních znamenat nikoli jen užitečnou možnost ale doslova nutnost. Stejně tak státy a jejich orgány autoritativně aplikující právo se již nemohou spoléhat na luxus formální platnosti, obecné působnosti a faktické vynutitelnosti práva bez ohledu na uvedené souvislosti.¹⁵

¹⁰ Viz Lessig, L. *Free Culture*. New York: The Penguin Press, 2004, str. 305. Kniha je k volnému stažení pod licencí Creative Commons na adrese <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>.

¹¹ K tomu srov. např. Galindo, F. A. *Code of Practice for the Globalisation of Electronic Commerce and Government*, *Journal of Information, Law and Technology*, 2002, č. 1, z český psaných pramenů pak viz Polčák, R., Škop, M., Macek, M. *Normativní systémy v kyberprostoru (úvod do studia)*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2005, str. 92 a násl.

¹² Běžná je již například spolupráce státu s dodavateli informační infrastruktury v oboru potírání kriminality – nejrůznější technické prostředky tak mohou být vybaveny relativně jednoduchými a nenákladnými mechanismy, které buďto zcela znemožní páčání trestné činnosti nebo významně usnadní její vyšetřování – k tomu srov. např. Katyal, K. *Digital Architecture as Crime Control*. *Yale Law Journal*, 2003, č. 112, str. 2261 a násl.

¹³ K tomu srov. např. Kleinwächter, W. *From Self-Governance to Public-Private Partnership: The changing Role of governments in the Management of the Internet's Core Resources*. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2003, č. 36, str. 1103 a násl.

¹⁴ Možná zde není zcela na místě hovořit o pomalém vývoji v situaci, kdy se právo ICT teprve pozvolna dostává do třetí dekády své existence. Je přeci řada právních institutů, jejichž vývoj postupně probíhá po stovky či dokonce tisíce let.

¹⁵ Viz Samuelson, P. *Five Challenges for Regulating the Global Information Society*. In: *Regulating the Global Information Society*, London: Routledge, 2000.

2. OTÁZKA ROZHODNÉHO PRÁVA A JURISDIKCE

Spíš než právně teoretický problém důvodu existence a legitimacy práva na internetu je v aktuální praxi častěji diskutována otázka konkrétního rozsahu působnosti právních řádů jednotlivých států.¹⁶ Chceme-li tedy *de iure* posoudit určitou situaci, je třeba mít předně jasno v otázce, které právo (právo kterého státu) bude pro řešení příslušného právního problému rozhodné, dále který státní orgán (nejčastěji který soud) je oprávněn vydat o něm pravomocné rozhodnutí a konečně pak, který orgán může takové rozhodnutí vymoci či přímo vykonat.

Právní řady určující práva a povinnosti jednotlivým subjektům jsou v současnosti až na malé výjimky stále pod výhradní kontrolou jednotlivých států. Za dobu své existence si tak právo muselo vybudovat mechanismy, jak rozhodovat právní problémy, které mají nějakou vazbu k více než jednomu státu. Hovoříme tak o takzvaných právních vztazích s mezinárodním prvkem, přičemž takovým prvkem může být například rozdílná státní příslušnost účastníků, umístění věci, o kterou ve vztahu jde, místo, kde má být splněn závazek, místo, kde došlo k porušení práva, atd.

Uvedené mechanismy rozdělení působnosti práva mezi jednotlivé státy a jurisdikce jednotlivých státních orgánů (většinou soudů) jsou sice intenzivně budovány již stovky let, i v dnešní době se však můžeme setkat se situacemi, kde určení rozhodného práva nebo příslušného soudu představuje obtížný právní problém. Pořád lze však spoléhat na více či méně stabilní kritéria pevně daných hranic státního území, fyzického umístění jednotlivých věcí, místa pobytu osob apod. Internet nám však valnou většinu těchto solidních kritérií bere, neboť se jedná o prostředí bez zjevných vnitřních hranic.¹⁷ Je sice pravda, že lze v každý konkrétní okamžik vystopovat fyzické umístění určité informace – příslušná lokace je však mnohdy nahodilá, velmi krátkodobá a pro informaci jako takovou a její právní efekt zpravidla naprosto irelevantní. Z hlediska příslušného právního vztahu je tedy obvykle lhostejné, kde se informace fyzicky nachází – urazí-li nás tak například něčí *www* stránka, na kterou se může jednoduše připojit kterýkoli náš známý, je nám vzhledem k ochraně našich subjektivních práv jedno, zda jsou příslušná data fyzicky umístěna v České republice, v Německu či v některém státě rovníkové Afriky anebo na všech uvedených místech zároveň.

O tom, zda má smysl činit z hlediska práva a jeho působnosti rozdíl mezi off-line a on-line právními problémy, se vedla a stále ještě vede zanícená debata. Zatímco zastánci konzervativního proudu argumentují tím, že je vždy v určité formě možné zjistit vztah informací a subjektů k území nějakého státu a není tedy důvod hledat speciální řešení, představitelé v současnosti dominantní teorie zastávají názor, že je třeba při řešení otázek působnosti práva a jurisdikce státních orgánů postupovat diferencovaně a hledat jiná a specifická kritéria rozdělení působnosti a jurisdikce než na základě vazby ke státnímu území. Na úrovni špiček právní vědy se tato debata rozhořela nejprve

¹⁶ K podrobnému vymezení problému viz např. Wilske, S., Schiller, T. International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet? *Federal Communications Law Journal*, 1997–1998, ročník 50, č. 1, str. 117 a násl.

¹⁷ K tomu viz např. Post, D. Governing Cyberspace. *The Wayne Law Review*, 1996, č. 43, str. 155.

v USA, a to mezi profesory Postem a Goldsmithem. Druhý z nich, zastávající konzervativního přístupu, k tomu uvádí (překlad autor)¹⁸:

„Mezinárodní transakce v kyberprostoru se nijak neliší od těch, které známe z ‚reálného‘ prostředí. Zahrnují jednotlivce umístěné v určitém prostoru pod jurisdikcí nějakého státu, kteří komunikují, ať už s dobrým nebo špatným efektem, s jinými jednotlivci rovněž umístěnými v reálném prostoru pod jurisdikcemi jiných států. Nenacházíme žádné normativní argumenty, které by podporovaly imunizaci kyberprostoru od klasické teritoriální regulace. A máme všechny důvody se domnívat, že státy mohou vykonávat svou autoritu na klasické teritoriální bázi a dostatečně tak regulovat transakce v kyberprostoru.“

Na tyto argumenty pak reagoval Post replikou, kde na příkladu jednoho z prvních sporů o tzv. internetovou jurisdikci, případu známém jako „digitalbooks.com“, ilustroval neudržitelnost tradičního přístupu k řešení problému rozhodného práva a působnosti soudů. Svoji repliku uzavřel následovně (překlad autor)¹⁹:

„Myslím si, že opravdu záleží na tom, že Digitalbooks.com je ‚v kyberprostoru‘. Domnívám se, že otázky založené jeho činností jsou rozdílné a složitější než jaké by byly v situaci, pokud by se podobný případ objevil mimo kyberprostor. Nemyslím si pak, že bychom mohli otázky rozhodného práva a jurisdikce v tomto případě vyřešit prostou aplikací ‚tradičních právních nástrojů,‘ které používáme v reálném světě. (...) Tradiční právo a zavedené principy si sice zaslouží respekt, ale čas od času musí být přehodnoceny. Podle mého ten čas právě nastal.“

Postův přístup s větší či menší ochotou postupně přejímala doktrína i soudy nejprve ve Spojených Státech a posléze i v Evropě.²⁰ To však neznamená, že by tím byl problém stanovení rozhodného práva a jurisdikce soudů vyřešen. Můžeme sice argumentovat, že pro stanovení takzvané internetové jurisdikce potřebujeme diferencovaný přístup, jiné metody a specifická základní kriteria, není však jednoduché obecně odpovědět na otázku, jaká kriteria to pro konkrétní případy jsou. Americké i evropské soudy se tak musejí i nadále relativně složitě potýkat s otázkou stanovení vlastní jurisdikce a následného určení rozhodného práva.

Ačkoli v současné době není a v dohledné době ani nebude možné spolehlivě odpovědět na otázku, jak v konkrétních případech řešit problém tzv. internetové jurisdikce, pokusíme se dále alespoň ukázat jednotlivé možnosti a přiblížit způsoby, jak se s tímto problémem doposud vypořádávaly soudy v Evropě i v zámoří.

¹⁸ Viz Goldsmith, J. L. Against Cyberanarchy. Chicago Law Review, 1998, č. 65, str. 1250.

¹⁹ Viz Post, D.G. Against Against Cyberanarchy. Berkeley Technology Law Journal, 2002, ročník 17, č. 1, str. 23.

²⁰ Srov. např. Reed, C. Internet Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, str. 218 a násl. nebo z francouzských publikací Cosson, J.-B. Standard Private International Law Tested by the Networks. In: Internet International Law, Bruxelles: Bruylant, 2005, str. 53 a násl.

3. PROBLÉM DELIMITACE TRESTNÍCH JURISDIKČÍ

Trestní právo chrání především vitální zájmy státu a společnosti. Z tohoto důvodu platí princip neoddělitelnosti otázky jurisdikce a rozhodného práva – jinými slovy, trestní soud, je-li příslušný k rozhodnutí ve věci, rozhoduje vždy podle práva svého státu. Uvedené platí i naopak – vztahuje-li se tedy trestní právo hmotné určitého státu na nějaký skutek, znamená to, že o skutku může rozhodnout i soud tohoto státu.²¹

Trestní legislativa má hranice působnosti i jurisdikce orgánů činných v trestním řízení nastaveny relativně široce. Typicky tak lze stíhat v určité zemi trestné činy, které byly na území příslušného státu nejen přímo spáchány, ale i takové, jejichž následky se na tomto území projeví a v určitých případech i činy, které s tímto územím mají jen nepřímou souvislost. I v české republice tak existuje celá řada trestných činů, které lze orgány činnými v trestním řízení stíhat i v případech, nacházel-li se jejich pachatel v době jejich spáchání mimo naše území – zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů, řeší tyto otázky v § 17 – § 21. Obdobným způsobem je působnost trestního práva hmotného upravena i v nově připravovaném trestním zákoně, který je v době, kdy vznikala tato publikace, ještě ve stadiu vládního návrhu paragrafového znění. Lze však optimisticky očekávat, že případné politické debaty nebudou mít vliv na znění ustanovení § 4 – § 9 upravujících jeho působnost.

Vzhledem k tomu, že působnost trestní legislativy vyspělých států je vymezena obdobně jako v případě českého trestního zákona, setkáváme se často u tzv. mezinárodních internetových trestných činů se situací, kdy lze trestný čin stíhat zaráz na území více států. Z internetové trestné činnosti jsou přitom nejhojnější případy, kdy se samotný skutek odehraje na území jednoho státu, jeho účinky však nastanou na území státu jiného – např. skupina hackerů provede útok na server fyzicky umístěný v jiném státě.

V uvedených případech je zpravidla možné stíhat pachatele v obou resp. ve všech dotčených zemích. Tato situace je však namísto pro orgány činné v trestním řízení spíše příznivá pro samotného pachatele, neboť vyšetření trestného činu a následné provedení příslušných úkonů je nezdědka otázkou komplikované, zdlouhavé a často i prakticky neefektivní mezinárodní spolupráce.²² Ačkoli se policejní a soudní orgány snaží při vyšetřování a usvědčování pachatelů internetových trestných činů vzájemně spolupracovat, často jim v tom kromě rozdílné legislativy brání i složité procesní postupy.²³ V častých případech, kdy klíčovou roli při zjišťování pachatelů a zajištění důkazů hraje čas, je tedy prakticky nemožné pachatele odhalit a usvědčit.

²¹ K tomuto základnímu principu trestního práva viz např. Akehurst, M. Jurisdiction in International Law. In: British Yearbook of International Law. London: Oxford University Press, 1972–73, str. 179 a násl.

²² Znám je například případ, kdy český policejní vyšetřovatel dožádal šetření o počítačovém trestném činu v Bulharsku. Tamní orgány nejprve informovaly podezřelého o tom, že je na jeho činnost vedeno vyšetřování a požádaly jej o stanovisko. Podezřelý samozřejmě v reakci na to zastavil své aktivity, zlikvidoval veškeré důkazy, které se nacházely v paměti jeho systému, a vyšetřovatelům pak přišel oznámit, že o žádné trestné činnosti neví.

²³ Praktické problémy přeshraniční internetové kriminality trefně popsal francouzský soudce Jean-Wilfrid Noël in Noël, J.-W. Internet and Judicial Investigation. In: Internet International Law. Bruxelles: Bruylant, 2005, str. 233 a násl.

Vedle případů, kdy mají orgány činné v trestním řízení na území více států snahu spolupracovat, se však můžeme setkat i s takovým pozitivním konfliktem působnosti trestního práva, který může vést až ke sporu mezi státy o to, či orgány jsou příslušné ve věci rozhodnout.

Prvním z moderních konfliktů tohoto typu řešeným na úrovni mezinárodního práva veřejného byl případ známý pod označením Lotus.²⁴ Jednalo se o spor mezi Francií a Tureckem o trestní jurisdikci nad posádkou francouzského parníku Lotus. Ten se v roce 1927 v tureckých teritoriálních vodách srazil s tureckým parníkem, v důsledku čehož přišlo o život několik tureckých námořníků. Otázka trestní odpovědnosti francouzské posádky, která srážku zavinila, pak byla předmětem sporu francouzské a turecké vlády právě na základě pozitivního konfliktu působnosti jejich trestních legislativ. I přes to, že v době spáchání trestného činu byli francouzští námořníci pod teritoriální působností francouzského práva, dal stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti nakonec zapravdu Turecku, když ve svém rozhodnutí konstatoval, že „...trestné činy, jejichž pachatel se v době jejich spáchání vyskytoval na území jiného státu, je třeba považovat za spáchané tam, kde se vyskytl jeden z jejich základních elementů, konkrétně jejich účinek.“

Uvedenou koncepci nikoli fyzické, ale efektivní přítomnosti pachatele na území určitého státu lze velmi dobře aplikovat i na případy mezinárodní internetové kriminality.²⁵ Orgány činné v trestním řízení tak toto řízení obvykle vedou i v případech, kdy se na území jejich jurisdikce pachatel v době spáchání trestného činu nenacházel ani zde přímo ke spáchání trestného činu nedošlo, ale kde se projevil nebo mohl projevit efekt trestného jednání. Tato extenzivní interpretace se tak uplatňuje i v případech, kdy v místě fyzického pobytu pachatele není skutek trestný, naopak je však trestný tam, kde se projevil jeho účinky.²⁶

V jednom z prvních případů přeshraniční internetové kriminality posuzoval Nejvyšší soud státu New York otázku, zda při provozování portálu s hazardními hrami umístěném ve státě Antigua, jehož zákazníci jsou však obyvatelé státu New York, může dojít k založení trestněprávní odpovědnosti. Při diskusi otázky jurisdikce a působnosti trestního práva státu New York soud doslova uvedl²⁷ (překlad autor): „Pokud by tento soud přisvědčil argumentaci žalovaných, že aktivity zaměřené na obyvatele státu New York spadají pod jinou jurisdikci, vyvolalo by to jistě řadu nežádoucích dopadů. Takový přístup by totiž nejen hrubě poškodil soustavný a odhodlaný postup tohoto státu proti nepovolenému hazardu, ale obecně by zbavil odpovědnosti kohokoli,

²⁴ Rozhodnutí PCIJ, Ser. A., No. 10, 1927, plný text rozhodnutí včetně disentů viz např. http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/ Podrobnou analýzu sporu viz v Berge, G. W. The Case of the S. S. Lotus. Michigan Law Review, 1928, ročník 26, č. 4, str. 361 a násl.

²⁵ K tomu viz např. Kohl, U. Eggs, Jurisdiction and the Internet. International and Comparative Law Quarterly, 2000, č. 52, str. 577 a násl.

²⁶ Podrobný výklad k problematice založení jurisdikce na základě analýzy efektu viz např. Brenner, S. W., Koops, B.-J. Approaches to Cybercrime Jurisdiction. Journal of High Technology Law, 2004, ročník 4, č. 1, str. 19 a násl.

²⁷ Příklad je znám jako People v. Interactive Gaming Corp., referenční číslo QDS:22310325, 1999 N.Y. Misc. Lexis 425 (Sup. Ct. N.Y.Co., 24. července, 1999), plný text je možné nalézt např. na adrese http://www.loundy.com/CASES/People_v_WIGC.html.

kdo by páchal na internetu skutky, které jsou v tomto státě jinak trestné. Počítačový server nemůže přitom sloužit jako nějaký štít proti odpovědnosti, o to méně pak v tomto případě, kdy obžalovaní přímo zaměřili svou pozornost do státu New York, kde provozovali řadu protiprávních aktivit.“

Vzhledem ke shora popsáným problémům je však v praxi internetové kriminality spíše běžné, že hlavní slovo mají orgány činné v trestním řízení na území, kde se pachatel aktuálně zdržuje. Vzájemnou delimitaci pravomocí, spíše však vzájemné procesní závazky tak v mezinárodním respektive celosvětovém měřítku upravují většinou jen smlouvy o spolupráci v trestním řízení, které však mají případ od případu rozdílnou kvalitu i procedury.

Určitou výjimku z uvedené právní praxe představuje Úmluva Rady Evropy o kyberkriminalitě, která byla otevřena k podpisu 23. 11. 2001 v Budapešti.²⁸ Základním momentem Úmluvy jsou především definice jednotlivých skutkových podstat trestných činů,²⁹ jež se členské státy zavazují ve svých jurisdikčních stíhat.³⁰ Jedná se o následující typy trestných činů:

- nedovolené získání přístupu k systému
- nedovolené narušování komunikace
- poškozování dat
- narušování běhu informačních systémů
- zneužití technických prostředků k výše uvedeným činům (včetně jejich držení)
- padělání za užití počítače
- počítačový podvod
- výroba, distribuce, získávání a držení dětské pornografie na datových nosičích
- porušování autorských práv a práv souvisejících
- pomáhání nebo návod k uvedeným činům

K uvedenému katalogu je však třeba dodat, že v mnohých případech mají jednotlivé státy možnost uplatnit výhradu a nestíhat určité typy uvedených jednání – je tedy například možné na základě výhrady nezahrnout do národní trestní legislativy například skutkové podstaty vyhledávání a držení dětské pornografie na datových nosičích.

Členské státy se v Úmluvě rovněž zavázaly provést taková legislativní opatření, která jejich orgánům umožní tyto trestné činy vyšetřovat a zajišťovat k tomu odpovídající důkazy.³¹ Obě skupiny závazků, tj. závazek zavést do národní trestní legislativy příslušné skutkové podstaty trestných činů a závazek uzákonit odpovídající procesní pravomoci orgánů činných v trestním řízení pak mají jednoznačný cíl zabránit situaci, kdy by některý z nově definovaných tzv. kyberkriminálních činů postrádal v některém členském státě trestnost nebo by zdejší orgány činné v trestním řízení nedisponovaly

²⁸ Plný text Úmluvy v anglickém jazyce viz na adrese <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm>.

²⁹ Precizní definice jednotlivých skutkových podstat internetové trestné činnosti představuje přitom jeden z hlavních problémů omezujících působnost trestního práva v kyberprostoru. K tomu srov. Plays, J. *Internet and Judicial Investigation: Difficulties in Judicial Practice*. In: *Internet International Law*, Bruxelles: Bruylant, 2005, str. 245 a násl.

³⁰ Specifikace skutkových podstat jsou provedeny v čl. 2–11 Úmluvy.

³¹ Závazek zavést do právního řádu příslušná opatření najdeme v čl. 14–21 Úmluvy.

procesními oprávněními nutnými k tomu čin vyšetřit a prokázat. Dodrží-li tedy státy tyto své základní závazky, měl by zde odpadnout problém existence tzv. bezpečných přístavů pro pachatele internetové trestné činnosti.

Co do závazků týkajících se delimitace jurisdikcí nebo vzájemné spolupráce je již však Úmluva o kyberkriminalitě mnohem zdrženlivější. Obsahuje sice celou hlavu věnovanou otázkám jurisdikce a vzájemné spolupráce orgánů členských států, nejedná se však o skutečnou delimitaci jurisdikcí nebo o založení povinnosti provádět na dožádání úkony v trestním řízení jako například zajištění důkazů, zajištění podezřelých apod.

Jak vyplývá zejména ze znění článku 5, neřeší úmluva pozitivní konflikt působnosti orgánů více států v trestním řízení, což je možné považovat v souvislosti s provedeným výkladem za podstatný problém. Otázka delimitace jurisdikce by však v opačném případě zřejmě narazila na limity diskrece jednotlivých států a ústavněprávní limity zejména v otázkách vydávání vlastních občanů k trestnímu stíhání do zahraničí.³²

Podstatným přínosem Úmluvy je naopak zavedení mechanismů, které z procesního hlediska usnadňují vyšetřování trestných činů a shromažďování důkazů. Články 23–34 tak upravují postupy a vzájemnou asistenci v procesech vydávání pachatelů kyberkriminalitních činů a spolupráci při vyšetřování a získávání důkazního materiálu. Článek 35 pak zavádí institut kontaktních center s nepřetržitým provozem, jejichž úkolem je formou agenturní činnosti koordinovat vzájemnou spolupráci orgánů činných v trestním řízení.

Úmluva Rady Evropy o kyberkriminalitě představuje jednu z prvních iniciativ založených s cílem minimalizovat negativní dopad delokalizace internetových aktivit na efektivitu práva.³³ Přestože je dosah Úmluvy v některých směrech omezený (zejména co do delimitace jurisdikcí a místní působnosti norem trestního práva hmotného), představuje její koncepce nesporný a relativně významný krok kupředu. Skutečnému naplnění cílů Úmluvy³⁴ však stále brání relativně nízký počet stran, které ji ratifikovaly³⁵ a recipovaly do vnitrostátního práva. Opatrně optimisticky však lze hodnotit skutečnost, že Úmluva byla již podepsána většinou evropských států včetně ČR³⁶ a její ratifikace je tak mnohdy spíše otázkou času³⁷. Za velice významný pokrok při budování mezinárodní trestní jurisdikce nad kyberprostorem pak lze považovat skutečnost, že Úmluvu po-

³² K problému viz. De Vel, G. The Convention on Cybercrime. In: Internet International Law, Bruxelles: Bruylant, 2005, str. 225 a násl.

³³ Důležitost mezinárodní harmonizace národních trestních legislativ a praxe trestního řízení byla opakovaně zdůrazňována i v rámci ženevského jednání Mezinárodní telekomunikační unie zaměřeného na problematiku kyberkriminality. Jednotlivé poznatky shrnuje článek Schjolberg, S., Hubbard, A. M. Harmonizing National Legal Approaches on Cybercrime. Geneva: ITU (publikace č. CYB/04). 2005. Volně ke stažení na adrese http://www.itu.int/osg/spu/cybersecurity//docs/Background_Paper_Harmonizing_National_and_Legal_Approaches_on_Cybercrime.pdf.

³⁴ Viz text preambule Úmluvy.

³⁵ K vývoji Úmluvy viz zpráva z jednání Komise Rady Evropy pro Kyberkriminalitu č. T-CY (2006) 11 – relativně vysoký počet států, které k úmluvě nepřistoupily, ale účastní se jednání Komise, však napovídá o zvyšujícím se zájmu států o tuto problematiku.

³⁶ Do českého trestního zákonodárství se příslušné závazky z Úmluvy měly recipovat především prostřednictvím nového trestního zákoníku, který však z politických důvodů nebyl doposud schválen.

³⁷ Celkový počet států, které úmluvu ratifikovaly, je prozatím 19. Na ratifikaci se dále čeká ve 24 státech včetně ČR.

depsaly a ratifikovaly USA – lze tedy očekávat, že ostatní státy budou tento příklad v zápětí následovat. Architekti Úmluvy přitom předpokládají, že další rozvoj internetové trestní jurisdikce bude probíhat prostřednictvím dodatkových protokolů k Úmluvě, které postupně postihnou další konkrétní typy trestné činnosti či dokonce přestupků.

4. KRÁTCE K PROBLÉMU SPRÁVNÍ A FINANČNÍ JURISDIKCE

Zatímco trestní i soukromé právo se mají možnost při vyrovnávání se s nově nastolenými problémy internetové jurisdikce opřít o více či méně tradiční mechanismy a principy, správní právo bylo s příchodem společenských vztahů nové kvality zastíženo, obrazně řečeno, s kalhotama napůl staženými. Normy správního práva či též jednoduchého práva státního si tak neměly až na výjimky možnost postupně zvykat na existenci vztahů, jejichž aspekty nutí státní orgány uvažovat v mezinárodním měřítku, neboť jednoduchá konstrukce takových vztahů, tj. adresát-orgán, takový postup nikdy přímo nevyžadovala. S rozvojem přeshraničních on-line vztahů se tedy musí správní právo včetně práva finančního potýkat s již popsanou krizí efektivity a legitimity prakticky bez předchozích zkušeností s řešením přeshraničních otázek.³⁸

V oboru finančního práva představují aktuálně problém především kriteria místa zdanitelného plnění a domicilu subjektů internetových transakcí. Hrozí přitom riziko, že podobně, jako mohou pachatelé trestné činnosti unikat postihu plynulým přesouváním mezi jurisdikcemi nebo svým umístěním mimo jurisdikce, lze se analogicky vyhnout i zdanění či působnosti jiného.³⁹

Kritérium místa zdanitelného plnění lze přímo srovnat s určovatelem *loci solutionis*. U čistě internetových transakcí, tj. nikoli tam, kde internet slouží pouze ke komunikaci projevů vůle, je pak *locus solutionis* značně problematickým určovatelem⁴⁰ umožňujícím navíc rozsáhlé spekulace. I přes snahu správních orgánů se přitom tento problém doposud nedaří uspokojivě řešit.⁴¹

Problém určení místa plnění je v současné době aktuální mimo jiné i v loterijním právu. Jako zásadní se příkladně jeví být otázka, kde nastává místo plnění v případě kursové sázky internetové sázkové kanceláře usazené pod jurisdikcí cizího státu, tzn. zda je takovou sázku třeba posuzovat jako podanou na území cizího státu (tj. v místě domicilu kanceláře) nebo zda je nutné ji řešit jako by byla poskytnuta pobočkou kanceláře na území sázejícího. Obě možnosti mají pak dalekosáhlé dopady nejen na vztah mezi kancelářmi a sázejícím ale též na otázky administrativní regulace činnosti kancelářů, jejich zdanění apod.

³⁸ Výjimkou je v tomto směru snad jen problematika cel a dalších administrativních překážek mezinárodního obchodu a koordinace preventivních opatření k zamezení dvojího zdanění.

³⁹ K tomu srov. Brunori, D. The Politics of State Taxation: Saving the Internet from the Taxman. State Tax Notes, 2003, ročník 29, č. 6, str. 1 a násl.

⁴⁰ K diskusi charakteru tohoto hraničního určovatele a problémům při jeho aplikaci na soukromoprávní vztahy viz Polčák, R. Právo na internetu – spam a odpovědnost ISP. Brno: Computer Press, 2007, str. 15 a násl.

⁴¹ Srov. např. poziční dokument Komise publikovaný pod číslem COM(1998) 374 (Communication from the Commission on Electronic commerce and indirect taxation) a reakci ECOSOC pod č. OJ C 407 ze dne 28. 12. 1998.

Spory o správní jurisdikci nad sázkovými kanceláři jsou v současné Evropě velmi časté a lze si je představit i jako jakýsi předvoj dalších přeshraničních administrativně-právních konfliktů. Problém zde spočívá především ve spojení principu svobody pohybu služeb a rozdílné kvality národních správních legislativ umocněném delokalizací celosvětové informační sítě. V řadě států jako například ve Francii nebo v Maďarsku je tak například loterijní a sázková činnost v určitých oblastech předmětem státního monopolu, jinde se jedná o koncesovanou, vázanou či dokonce volnou činnost. Usadí-li se pak sázková kancelář na území některého ze států s mírnější administrativní regulací a začne-li nabízet své služby po internetu, má v porovnání s konkurenty z ostatních států mnohem výhodnější tržní pozici, přičemž díky internetu může obsáhnout i zákazníky v mnohem rigoróznějších jurisdikcích nebo i tam, kde je tato činnost předmětem státního monopolu. Státy se proti takovému jednání brání různě – české Ministerstvo financí se tak vydalo před časem cestou soudní a podobné řešení přijaly k ochraně loterijních a sázkových zákonů i jiné státy jako například Francie. V Maďarsku došlo dokonce k legislativnímu řešení tohoto problému formou prostého zákazu poskytování příslušných služeb prostřednictvím internetu bez ohledu na domicil poskytovatele. Toto legislativní řešení však ještě, než mohl příslušný zákon nabýt platnosti, bude muset projít přes maďarský Ústavní soud a je velmi pravděpodobné, že jeho aktuální podoba bude shledána protiústavní a v rozporu s mezinárodními závazky Maďarska plynoucími z členství v ES.⁴² Soudní řešení problému internetového sázení však, jak je možné vidět na příkladu několika již pravomocně rozhodnutých sporů, nemusí vést ke kýženému úspěchu – problémem je zde vykonatelnost příslušných soudních rozhodnutí.

Jeden z nejznámějších případů kolize správních legislativ v otázce internetového sázení byl pravomocně rozhodnut ve Francii a týkal se dostihových sázek. Na ty má na francouzském území monopol společnost Pari Mutuel Urbain. Sázkový průmysl na francouzské dostihy však začala po internetu nabízet i společnost Zeturf usazená na Maltě.⁴³ Francouzské soudy sice pravomocně zakázaly společnosti Zeturf provozovat on-line sázky na francouzské dostihy,⁴⁴ rozhodnutí však nebylo na Maltě uznáno a vykonáno pro rozpor s maltskými zákony.⁴⁵ Společnost Zeturf tedy nadále poskytuje uvedené služby, a to podle maltských zákonů.⁴⁶

⁴² O ústavní stížnosti, která čeká na rozhodnutí u maďarského Ústavního soudu, podrobně referoval na konferenci Kyberprostor 2006 vedoucí Centra pro ICT právo Právnické fakulty Univerzity v Pécsi, Dr. Zsolt Balogh.

⁴³ Relativně benevolentní správní úprava pro poskytování on-line sázek na Maltě způsobila, že většina evropských on-line sázkových kanceláří je usazena právě zde. Sázkový průmysl je tak jedním z významných zdrojů maltské ekonomiky.

⁴⁴ Rozhodnutí Odvolacího soudu v Paříži ze dne 4. 1. 2006 č.j. 05/15773, rozhodnutí lze ve formě scanu nalézt na adrese http://www.droit-technologie.org/jurisprudences/CA_paris_%20-040106.zeturf.pdf.

⁴⁵ Sporu se věnovala řada francouzských odborných i laických médií – viz např. Devillard, A. Zeturf.com contre PMU, les paris judiciaires sont ouverts. 01net.com, 13. 7. 2005, publ. on-line na adr. <http://www.01net.com/article/284722.html>, faktická rekapitulace sporu viz Marchand, M.-J. Quand Zeturf se moque des monopoles. Droit-NTIC.com, 3. 7. 2006, publ. on-line na adr. <http://www.droit-ntic.com/news/affiche.php?id=366>.

⁴⁶ Není přitom příliš pravděpodobné, že by Francie v této věci podala žalobu proti Maltě u Evropského soudního dvora – argumenty proti principu volného pohybu služeb by se v tomto případě hledaly jen těžko. Rozhodnutí francouzského soudu sice diskutuje i otázku proporcionality, není však pravděpodobné, že by se Evropský soudní dvůr k této argumentaci přihlásil.

Zatímco *locus solutionis* je typickým hraničním určovatelem v oblasti administrativní regulace poskytování služeb a finančněprávní úpravy nepřímých daní, je domicil či *patria* důležitým kritériem zejména pro obor přímých daní. Můžeme sice v této věci odkázat na diskusi možností uplatnění tohoto kritéria v oboru soukromého práva,⁴⁷ je však třeba poukázat na zásadní odlišnost v otázce hraničního určovatele místa tzv. jiné provozovny (other establishment). K úvaze o odlišné a mnohem restriktivnější interpretaci pojmu jiné provozovny pro potřeby finančního či správního práva nás přitom vede především diametrálně odlišná teleologie příslušných norem. Zatímco dominantním cílem kolizních norem soukromého práva je rozumné uspořádání vztahů rovných subjektů, můžeme v případě práva správního hovořit spíše o relevanci principů právní jistoty, ochrany adresáta nebo o zákazu svévole. Kritérium provozovny či jiné provozovny je tedy nutné posuzovat odlišně, hovoříme-li o něm v souvislosti se soukromoprávním závazkem nebo se správní povinností. Adekvátní správní interpretací tak bude taková, která vyjde z *a priori* jasných kritérií a v jejímž důsledku dojde jen k minimálnímu omezení autonomie příslušného subjektu. Je tedy třeba prozatím odmítnout, na rozdíl od mezinárodního práva soukromého, možnost založení správní jurisdikce například na základě registrace doménového jména s určitou národní doménou první úrovně.⁴⁸ Případná nová či nestandardní kritéria pro určení domicilu tak budou muset mít zřejmě oporu nikoli jako v případě soukromého práva v extenzivní interpretaci ale přímo v *expressis verbis* projevené vůli státu, ať už ve formě zákona nebo mezinárodní úmluvy.⁴⁹

5. NĚKOLIK ZÁVĚREČNÝCH POZNÁMEK K TZV. INTERNETOVÉ JURISDIKCI

Při hledání odpovědí na obtížné otázky související s tzv. internetovou jurisdikcí je třeba připravit se na paradox klasického příkladu hard case, tj. věšení Picassova obrazu. Můžeme si tak představit učebnicovou situaci, kdy paní domu zakoupí za pár korun ve vetešnictví reprodukcí Picassova obrazu a zavěsí ji na volné místo na zdi na chodbě hned vedle dveří na WC. Když ji pak přijde navštívit známý kunsthistorik, náhodou obraz na zdi objeví a sdělí majitelce, že šťastně nezakoupila reprodukcí ale originál. Paní tedy vezme obraz a přemístí jej do obývacího pokoje na nejčestnější místo hned nad televizí.

Poslední řešení, tedy umístění obrazu v obývacím pokoji, je možné objektivně považovat za rozumné. To však neznamená, že bychom o předchozím řešení, tj. zeď ved-

⁴⁷ Viz Polčák, R. Právo na internetu – spam a odpovědnost ISP. Brno: Computer Press, 2007, str. 32 a násl.

⁴⁸ Shodně viz Reed, C. Internet Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, str. 238. Stejně stanovisko je možné nalézt i v čl. 42–42.10 Komentáře k Modelové úmluvě o daních OECD. Text úmluvy viz <http://www.oecd.org/dataoecd/52/34/1914467.pdf>, text komentáře viz <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM159000.htm>.

⁴⁹ Detailní analýzu problematiky zdanění příjmů z internetového podnikání a návrh alternativních kritérií k delimitaci správní jurisdikce obsahuje materiál OECD nazvaný Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for e-Commerce?, který je volně ke stažení na adrese <http://www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf>.

le dveří na WC, mohli prohlásit, že bylo zvoleno chybně. Stejně tak nemáme jistotu, že nepřijde ještě vzdělanější odborník, který obraz později opět neprohlásí za padělek, v důsledku čehož bude opět dobrý důvod pověsit jej jinam (třeba ne hned vedle WC, ale například do kuchyně) a obývací dekorovat něčím hodnotnějším. Zbývá ale dodat, že tato nejistota však rozhodně není důvodem k tomu umístit obraz do sklepa a počkat, jak se situace vyvine.

Vztáhneme-li na aktuální situaci okolo jurisdikce či obecně působnosti práva na internetu uvedený příklad, můžeme konstatovat, že problém již zde visí a opatrně s ním začínáme manipulovat. Důležité však je uvědomit si, že k tomu, abychom našli jeho alespoň částečně stabilní (správné) řešení, budeme především potřebovat mnohem více empirických informací, ať už se bude jednat o informace právní, sociologické, technické či ekonomické. Diskutujeme-li tedy nyní právní otázky související s působností práva na internetu, nemělo by být naše úsilí posuzováno jako snaha s ambicí permanence či dokonce objektivní a absolutní správnosti, ale spíše jako hledání co nejlepších řešení za daných okolností. Hodí se tedy v tomto kontextu uzavřít konstatováním, že právo je sice objektivně uměním dobrého a spravedlivého, subjektivně se však často jedná spíše o umění možného.⁵⁰

THE PROBLEM OF PENAL JURISDICTION OVER THE INTERNET

Summary

When assessing the applicability of law in cyberspace, it is not possible to simply follow the traditional criteria and to state that the law universally applies. As demonstrated on multiple examples, there are new emerging factors that affect not just the ways of assessment of particular elements of territorial or subject-matter applicability of law but its applicability over artificially created environments in general. Even the state itself often hesitates to enter the cyberspace with its imperative laws and enforcement agencies.

However, there are at the moment solid grounds for the law to reason its existence and regulative powers in social environments that emerge in virtual spaces. The empirical data show growing presence of chaotic elements such as various forms of destructive hacking, dissemination of child pornography, privacy infringements etc. that are unable to be countered by self-organizing mechanisms. Up to that, various relevant interests now present and active in cyberspace, out of which we should stress namely those of commercial nature, are not *ex definitione* capable to protect the basic principles and core values of the society.

Despite of the fact that the penal law aims to protect the aforementioned basic values and core interests of the states, its particular applicability in cyberspace remains more than questionable. The reason for that we find namely in still remaining problem of passive and active territorial conflict of penal jurisdictions over cyberspace. This conflict causes that on-line criminals might either find safe harbours or that they might rely on technical and namely formal complexity of the processes of cross border investigation, extradition, etc.

The Council of Europe was constantly showing during the last couple of years remarkable efforts in countering cybercrime. These efforts finally led to relatively successful adoption of International Conven-

⁵⁰ Nosnou je tato teze především pro pragmatickou právní metodologii a není případná jen pro otázky internetové jurisdikce ale prakticky pro všechny oblasti oboru práva informačních technologií. K pojmu a vývoji pragmatické metody viz např. Dickstein, M. Pragmatism Then and Now. In: Revival of Pragmatism. London: Duke University Press, 1998, str. 1 a násl.

tion on Cybercrime. Unfortunately (but not surprisingly), this convention addresses namely the removal of safe harbours for cybercriminals by harmonizing the general list of typical criminal activities in cyberspace. As to the jurisdictional issues, it only adopts a system of exchange of information and motivates the member states to closely cooperate on investigation and prosecution of cybercrime. Consequently, we still have to work with more or less traditional interpretational patterns using the criteria of locus conducti, locus delicti, locus damni etc. With this respect, it is to be said that more precise or more suitable criteria for delimitating penal jurisdictions are not likely to be developed and adopted in foreseeable future. The reason is, besides high sensitivity of the issue of limiting the state jurisdictions in their vital area of interest, also constitutional grounds that in many times protect individuals from penal jurisdictions of foreign states.

Therefore, we might conclude that the issue of penal territorial internet jurisdiction does not have any firm, fixed or stable solutions and it is very unlikely that such solutions will be developed and implemented in foreseeable future. Consequently, we have to work with pragmatic method when dealing with investigation and prosecution of cybercrime. In other words, we focus on particular situations and try to develop for them particular ad hoc solutions without having an ambition for objectivity or permanence of such solutions. Only that kind of approach might sooner or later lead into the establishment of more solid and stable grounds for penal jurisdiction over the internet.

Key words: cyberspace; cyberlaw; cybercrime; jurisdiction; applicability of law

Klíčová slova: kyberprostor; kyberkriminalita; počítačová kriminalita; jurisdikce; působnost práva