

Univerzita Palackého v Olomouci

Právnická fakulta

David Mařádek

**Základ teorie nezákonného důkazu v civilním
soudním řízení**

Disertační práce

Olomouc 2021

Prohlašuji, že jsem disertační práci s názvem Základ teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení vypracoval samostatně a že jsem citoval všechny použité zdroje.

V Ostravě dne 15. 5. 2021

Mgr. David Mařádek

Srdečně děkuji svému školiteli, prof. JUDr. Marku Števčekovi, PhD., za jeho podnětné připomínky, profesionální spolupráci a také za trpělivost a pochopení pro dlouhý čas, který si tato práce vyžádala. Děkuji i své partnerce Dorotce za obětavou pomoc při technické kompletaci textu a pochopení pro čas strávený samostudiem. Můj největší vděk však patří oběma milovaným rodičům za jejich lásku, bez níž bych neměl šanci na disertační práci ani pomyslet. Nejvíce myslím na svého tatínka, který nečekaně odešel z tohoto světa před třemi lety a který mne již během magisterského studia mimořádně podporoval.

Já, níže podepsaný David Mařádek, autor disertační práce na téma *Základ teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení*, která je literárním dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorského zákona), dávám tímto jako subjekt údajů svůj souhlas ve smyslu § 43 odst. 3 první věty zákona č. 110/2019 Sb., zákona o zpracování osobních údajů ve znění pozdějších předpisů, správci údajů, kterým je

Univerzita Palackého v Olomouci, Křížkovského 511/8, 779 00 Olomouc,

ke zpracování mých osobních údajů v rozsahu: jméno a příjmení v informačním systému, a to včetně zařazení do katalogů, a dále ke zpřístupnění jména a příjmení v katalogích a informačních systémech UP, a to včetně neadresného zpřístupnění pomocí metod dálkového přístupu. Údaje mohou být takto zpřístupněny uživatelům služeb Univerzity Palackého. Realizaci zpřístupnění zajišťuje ke dni tohoto prohlášení vnitřní složka UP, která se nazývá Knihovna UP.

Souhlas poskytuji na dobu ochrany autorského díla podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorského zákona).

Prohlašuji, že mé osobní údaje jsou pravdivé.

V Ostravě dne 15. 5. 2021

Mgr. David Mařádek

Obsah

Seznam zkratk	9
1. Úvod do problému.....	11
1.1. Výzkumné hypotézy a použité metody.....	11
1.2. Struktura a základní východiska.....	12
1.3. Stav poznání v české procesualistice.....	13
1.4. Proč je problém nezákonného důkazu důležitý?.....	14
1.4.1. Úvod	14
1.4.2. Kritika teze o irelevanci nezákonného opatření důkazního prostředku	15
1.4.3. Shrnutí	24
2. Problém nezákonného důkazu v širších souvislostech <i>legis lata</i>	26
2.1. Úvod	26
2.2. Základní pojmy aneb důkazní prostředek a důkaz	26
2.3. Funkce důkazu a budování skutkového stavu.....	29
2.4. Námitky proti právní relevanci otázky zákonnosti důkazu	31
2.4.1. Námitka úplného objasnění skutkového stavu.....	32
2.4.2. Námitka rychlosti a hospodárnosti řízení aneb dokazování o důkazech?.....	32
2.5. Zákonnost důkazu jako právně relevantní moment civilního soudního řízení ...	33
2.6. Procesní, anebo hmotněprávní problém?	34
2.7. Zákonnost jako jeden ze zorných úhlů hodnocení důkazu.....	35
2.7.1. Obecně	35
2.7.2. Věrohodnost a pravdivost	35
2.7.3. Závažnost.....	37
2.7.4. Srovnání se zákonností důkazu.....	38
2.8. Nezákonnost důkazu jako samostatný problém	39
2.8.1. Negativní vymezení nezákonného důkazu.....	39
2.8.2. Nezákonný důkaz jako součást <i>legis lata</i>	40
2.9. Shrnutí	45

3.	Zahraniční přístupy	46
3.1.	Úvod	46
3.2.	Terminologie	47
3.3.	Teorie založené na objektivním právu.....	50
3.3.1.	Trennungsdogma	50
3.3.2.	Teorie trestněprávní relevance	53
3.3.3.	Teorie ochranného účelu	55
3.4.	Teorie subjektivních práv	56
3.4.1.	Lidskoprávně orientované teorie	56
3.5.	Teorie založené na podústavním právu.....	59
3.5.1.	Teorie náhrady škody	59
3.5.2.	Teorie záporního nároku.....	60
3.5.3.	Teorie poctivosti (objektivní dobré víry).....	62
3.6.	Teorie poměrování	62
3.7.	Shrnutí	67
4.	Obecný normativní základ české teorie	68
4.1.	Ústavní, anebo podústavní problém?	68
4.2.	Aplikace práva na spravedlivý proces?	69
4.3.	Právo na důkaz.....	70
4.4.	Krajní nouze a nutná obrana.....	74
4.5.	Princip legality	75
4.5.1.	Obecně	75
4.5.2.	Generální a individuální prevence	76
4.5.3.	Podústavní konkretizace principu legality	77
4.6.	Zákaz svémoci a upozadění svépomoci	78
4.6.1.	Obecně	78
4.6.2.	Problém efektivity.....	80
4.6.3.	Shrnutí a souvislost s principem legality.....	80

4.7.	Idea materiálního právního státu.....	81
4.8.	Povolení nezákonného důkazu?	82
4.9.	Sumarizace	84
4.10.	O krok zpět aneb princip proporcionality	85
4.11.	Problém zákonem předvídaného poměrování	87
4.12.	Právní kvalifikace důkazu	90
4.13.	Shrnutí	92
5.	Základní pravidla teorie nezákonného důkazu	93
5.1.	Formy nezákonného důkazu.....	93
5.1.1.	Materiálně protiprávně opatřený důkazní prostředek.....	93
5.1.2.	Materiálně protiprávně předložený důkazní prostředek.....	97
5.1.3.	Provedení (zajištění) důkazu, zakázané procesní normou	97
5.1.4.	Nezákonně provedený (zajištěný) důkaz	98
5.2.	Právní následek nezákonnosti důkazu	98
5.2.1.	Obecně	98
5.2.2.	K jednotlivým formám.....	99
5.2.3.	Odpadnutí právního následku nezákonnosti?	101
5.3.	Hodnocení zákonnosti důkazu v průběhu soudního řízení	103
5.3.1.	Obecně	103
5.3.2.	Česká judikatura	103
5.3.3.	Judikatura ESLP	114
5.3.4.	Zákonnost jako problém předběžného hodnocení důkazu.....	117
5.3.5.	Zákonnost jako problém dodatečného hodnocení důkazu	122
5.3.6.	Rozsudek odpovídající životní situaci i hmotněprávním poměrům, leč založený na nezákonném důkazu	124
5.3.7.	Problém jedinečnosti nezákonného důkazního prostředku	126
5.4.	Shrnutí	129
6.	Závěry	130

7. Seznam použitých zdrojů	133
7.1. Monografie.....	133
7.2. Komentáře	135
7.3. Příspěvky ve sborníku	136
7.4. Časopisecké články	136
7.5. Internetové články	137
7.6. Judikatura	138
7.6.1. Česká.....	138
7.6.2. Německá.....	139
7.6.3. ESLP	140
7.7. Právní předpisy.....	140
8. Shrnutí (Abstrakt).....	142
Summary (Abstract)	143
9. Seznam klíčových slov.....	144
List of keywords	144

Seznam zkratk

EÚLP – sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb. o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Protokolů na tuto Úmluvu navazujících ve znění pozdějších předpisů

Ústava – ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů

LZPS - usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky ve znění pozdějších předpisů; samotná LZPS se stala součástí právního řádu České a Slovenské federativní republiky již prostřednictvím ústavního zákona č. 23/1991 Sb., kterým se uvozuje LZPS jako ústavní zákon Federálního shromáždění ČSFR (dále u. u. z.).

o. s. ř. - zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

z. ř. s. - zákon č. 292/2013 Sb. o zvláštních řízeních soudních ve znění pozdějších předpisů

t. ř. - zákon č. 141/1961 Sb. o trestním řízení soudním (trestní řád) ve znění pozdějších předpisů

s. ř. - zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

d. ř. - zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů

z. s. s. - zákon č. 6/2002 Sb. o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů

t. z. – zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

z. a. - zákon č. 85/1996 Sb. o advokacii ve znění pozdějších předpisů

z. m. j. s. - zákon č. 104/2013 Sb. o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních ve znění pozdějších předpisů

o. z. - zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

obč. zák. - zákon č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů, ve znění pozdějších předpisů

z. p. a. - zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorského zákona), ve znění pozdějších předpisů

ÚS - Ústavní soud

NS - Nejvyšší soud

ESLP - Evropský soud pro lidská práva

GG - Grundgesetz, německá ústava, zákon č. BGBl. I S. 2347

ZPO - Zivilprozessordnung, německý civilní procesní řád, zákon č. BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781

StPO - Strafprozessordnung, německý trestní procesní řád, zákon č. BGBl. I S. 1074, 1319

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch, německý občanský zákoník, zákon č. BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738

BVerfG - Bundesverfassungsgericht, německý Spolkový ústavní soud

BGH - Bundesgerichtshof, německý Spolkový soudní dvůr

BAG - Bundesarbeitsgericht, německý Spolkový pracovní soud

1. Úvod do problému

1.1. Výzkumné hypotézy a použité metody

Cílem této kvalifikační práce je vytvořit obecný základ české teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení *de lege lata*. V rámci onoho tématu budeme zkoumat tři hypotézy. Zaprvé, že v České republice neexistuje žádná ucelená teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení. Zadruhé, že žádná ze základních teorií nezákonného důkazu představených ve Spolkové republice Německo není sama o sobě optimálním inspiračním zdrojem pro základ teorie české, že však odsud můžeme čerpat cenné dílčí závěry. A zatřetí, že kdyby již česká teorie existovala, měly by jejím základem být zákaz použití nezákonného důkazu a příkaz nápravy nezákonně provedeného (zajištěného) důkazu, které pramení v ústavním principu právního státu. Zákaz použití nezákonného důkazu by přitom měl být obecným pravidlem, jež připouští výjimky. Druhým základním východiskem teorie by mělo být komplexní poměrování kolidujících práv, zájmů a hodnot. To však jen v případech, kdy zákon poměrování explicitně kodifikuje.

Výzkum hypotéz bude mít formu několika vědeckých metod; abstrakce, analýzy, syntézy, dedukce, indukce a systémové metody. V právní vědě je samozřejmé, že na sebe právní myšlení často bere podobu abstrakce; vždyť každý obecný právní pojem není ničím jiným, než určitou abstrakcí. Analýzy dílčích právních problémů a teoretických hypotéz se vinou celou prací. Charakter syntézy mají pasáže obsahující shrnutí dílčích poznatků a následné zaujetí obecnějšího závěru. Vyvrcholením analýzy určitého právního problému většinou níže bývají deduktivní úvahy. Indukce je charakteristická spíše pro metodu, fázi syntézy, kdy přichází v zájmu formulace obecně použitelného postupu aplikace práva na řadu jisté zobecnění. Nezbytnost použití systémové metody je dána povahou práva jako pohyblivého, dynamického systému, který má normativní funkci. Tento systém můžeme stratifikovat na několik subsystémů, jež budeme zkoumat; právo ústavní a podústavní, právo hmotné a procesní. V určitém smyslu představuje ústavní právo řídicí systém k právu podústavnímu jako systému řízenému. V podobné relaci se nachází hmotné právo k právu procesnímu.

Ve zvoleném tématu se snoubí teoretická závažnost s praktickým významem. Zatímco první aspekt před námi bude vyvstávat postupně, druhý lze jednoduše demonstrovat již nyní. V našich zeměpisných šířkách s sebou většina populace nosí mobilní telefon s kamerou a diktafonem, případně se záznamníkem hovorů. Tyto aplikace jí umožňují dokumentovat okolní život. A právě tak dnes často vznikají multimediální soubory, jež se mohou stát důkazními prostředky v civilním soudním řízení. Autorova empirická zkušenost z jednacích síní to potvrzuje. Nezákonnost těchto důkazních prostředků bývá často uplatňována jako důkazní námitka, s níž se soud musí vypořádat. Již proto je užitečné položit základ teorie nezákonného důkazu.

1.2. Struktura a základní východiska

Problém nezákonného důkazu nejprve pojmenujeme jako právně relevantní otázku v nejobecnějším smyslu, kterou budeme čím dál konkrétněji zasazovat do současného českého právního řádu. Po jeho obecném zakotvení bude třeba najít silnou inspiraci pro českou teorii nezákonného důkazu. Za tímto účelem zmapujeme hlavní teoretické přístupy k problému v moderní německé procesualistice. Německo bylo zvoleno kvůli jeho geografické blízkosti, z ní plynoucímu vlivu na tuzemskou právní kulturu a především díky vysoké úrovni tamější právní vědy a aplikační praxe. Jednotlivé teorie budeme analyzovat ze dvou úhlů pohledu:

1. teoretické obhajitelnosti,

2. praktické využitelnosti v reálných podmínkách dnešního českého civilního procesu.

Obojí pod zorným úhlem souladu daných teorií s tuzemským *legis lata*. Dílčí postřehy z německé procesualistiky nicméně budeme čerpat v celém textu. Ve stěžejní části disertační práce vytvoříme základ české teorie nezákonného důkazu charakteristikou klíčových normativních právních idejí, z nich plynoucích fundamentálních pravidel, forem nezákonného důkazu, jejich právních následků a hlavních metod a aplikačních modelů teorie.

Snad čtenář pochopí občasnou detailnost autorových úvah, které jako by tu a tam odbíhaly od určeného leitmotivu. Je však způsobena tím, že v České republice chybí řešení mnohých zásadních procesněprávních problémů a i jasná představa o vzájemném vztahu práva hmotného a procesního, na níž by mohla být postavena fundovaná metodologie práce s oběma odvětvími v případech, kdy mezi nimi vznikají třetí plochy. Proto se vždy znova, u každého dílčího problému, vyhneme nadměrné izolaci, ale i nivelizaci obou oborů a vzhledem k jejich hluboké souvztažnosti budeme naopak harmonizovat jejich východiska s vědomím jejich odlišností, aby teprve na tomto základě mohly být podány odpovědi.

Autor je přitom zastáncem Kleinovy sociální koncepce civilního procesu, protože zaprvé alespoň v obecné rovině odpovídá české právní úpravě *de lege lata*, zadruhé je mu blízký její sociální rozměr, který civilnímu procesu dává hloubku. V sociálním pojetí je civilní proces celospolečenským výdobytkem, který neslouží jen k prosazování soukromých práv občanů ani jen k vrchnostenskému rozhodování o právech a povinnostech, nýbrž ke spoluudržení právního míru ve společnosti. Soud přitom není jen pasivním pozorovatelem soupeření stran, nýbrž v zákonných mezích aktivním strůjcem a moderátorem celého procesu.

Působí-li snad místy disertační práce s četnými odkazy na *lex lata* a s úvahami nad praktickou využitelností toho kterého právního názoru příliš kasuisticky, není to v žádném případě proto, že by se měla stát jakousi „praktickou příručkou“ pro právní profesionály. Její zaměření je jednoznačně obecné, doktrinální. Zmíněné charakteristiky však nejsou náhodné; vychází

z autorova hlubokého přesvědčení, že právě kvůli naprosté nezbytnosti ustavičné konfrontace právní teorie s právní praxí a s všedním životem by neměla teorie, jež by ponechala bez povšimnutí účinnou legislativu s jejím hodnotovým pozadím a podcenila empirickou znalost prostředí orgánů vymáhajících právo, jako neaplikovatelná ani příslovečnou cenu papíru, na němž by byla vytištěna.

Autorovou ambicí nejsou žádné návrhy *de lege ferenda*. Zaprvé považuje výzkumné otázky za příliš závažné na to, aby mohly v určité chvíli ustoupit úvaze *de lege ferenda*. Zadruhé každý podnět *de lege ferenda* vychází z předpokladu nebo přinejmenším naznačuje, že kýženým řešením daného problému je změna *legis lata*. Tato představa je nebezpečnou iluzí. Český právní řád potřebuje v prvé řadě stabilitu. Zběsilá produkce nových předpisů, které jsme takřka denodenně svědky, ji znemožňuje. Nesrovnatelně potřebnější, než nové kvalitní zákony, je podpora kultury práva v celé společnosti, v odborné komunitě pak výrazné zkvalitnění aplikační praxe pramenící ve zvýšení důrazu na kvalitní teorii a zejména pochopení, že právo je sice teoretická disciplína, leč určená k řešení konkrétních praktických problémů, pročež se neobejde bez stálého a maximálního důrazu na skloubení teorie s praxí. Proto hledáme pouze teorii a praxi v mezích účinné legislativy. Zatřetí návrhy *de lege ferenda* nemohou nikdy zajít do hloubky. Týkají se hlavně žádoucí podoby zákonného textu, nikoli doktríny, poněvadž ta je ostatně do jisté míry závislá na budoucí podobě zákona, který ještě neexistuje. Proto každé zamyšlení *de lege ferenda* po chvíli nutně končí konstatováním, že nezbyvá než vyčkat aktivity zákonodárce a aplikační praxe. Jeho přínos je proto nevalný.

V disertaci čtenář nenajde ani žádnou historickou exkurzi. Zvolené téma je spíše moderní, spjaté převážně jednak s technologickým rozvojem informační společnosti, druhak v určitém ohledu s „kodifikací humanity“ v podobě katalogů lidských práv a jejich teorie coby jevu, majícího mnohdy téměř formativní vliv na právní řády a právní metodologii evropských zemí po druhé světové válce.¹

1.3. Stav poznání v české procesualistice

V současných učebnicích civilního procesního práva se zpravidla jen heslovitě hovoří o nezákonnosti získání či provedení důkazu, bez pokusu o předestření teoretického základu celé problematiky.² Časopisecké a internetové články obvykle obsahují pouze analýzu malé části české judikatury, stručnou reakci na justiční kasuistiku, zabývající se specifickými, dílčími problémy.³

¹ Srov. KODEK, Georg E. *Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess. Eine Untersuchung der österreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1987, s. 12.

² Viz např. ZAHRADNÍKOVÁ, Radka a kol. *Civilní právo procesní*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 228. ŠTAJGR, František a kol. *Občanské právo procesní*. Druhé, částečně přepracované vydání. Praha: Orbis, 1968, s. 202. SVOBODA, Karel, a kol. *Civilní proces. Obecná část a sporné řízení*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 283.

³ Viz např. NOVOTNÝ, Bořivoj. *SMS jako důkazní prostředek* [online]. epravo.cz, 23. 5. 2001, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/sms-jakodukazni-prostredok-7855.html>>; HANUŠ, Libor. Ústavněprávní vady důkazního procesu z pohledu judikatury Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, 2006, roč. 14, č. 18, s. 647 – 653; TELEČEK, Ivo. Svolení, nebo zákonné licence v právu osobnostním. *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 24, s.

Nemají vědecký, doktrinální ráz. Obvykle jsou spíše jakýmsi případovými studii, analyzujícími jednotlivé soudní případy v těsné návaznosti na skutkové zvláštnosti té které kauzy. Proto z nich dále nevycházíme. Současní přední procesualisté se věnují jiným tématům. Nejvíce poznatků o zkoumaném problému se objevuje v judikatuře. Ta se však týká již velmi specifických právních otázek, pročež bude analyzována níže.⁴

1.4. Proč je problém nezákonného důkazu důležitý?

1.4.1. Úvod

Výzkumné otázky mají slibný potenciál, poněvadž na ně v české procesualistice posud neexistuje ani náznak fundované odpovědi. Otázka zákonnosti a nezákonnosti důkazu je již na první pohled právním problémem. Je to však problém natolik závažný, že vyžaduje komplexní teorii a z ní vycházející metodu?

K odpovědi dospějeme kritikou názoru z české odborné literatury, který se přiklání k jedné konkrétní teorii. A jako takový může mít v tuzemsku vliv, který si nicméně nezasluhuje. Kritizovaný

879 – 883; VÁVRA, David. Zvukový záznam testovací situace jako důkazní prostředek v případech diskriminace. *Právní rozhledy*, 2008, roč. 16, č. 3, s. 108 – 110; BRUTHANS, Martin. *Možnost použití nahrávky hovoru s klientem jako důkazu* [online]. epravo.cz, 26. 3. 2009, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/moznost-pouziti-nahravky-hovoru-sklientem-jako-dukazu-55619.html>>; KÜHN, Zdeněk. *K přípustnosti důkazu utajenou audiovizuální nahrávkou v civilním řízení* [online]. jinepravo.blogspot.com, 12. 12. 2009, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://jinepravo.blogspot.cz/2009/12/k-pripustnosti-dukazu-audiovizualni.html>>; POTMĚŠIL, Jan. *Přípustnost audio a video nahrávek jako důkazu* [online]. jinepravo.blogspot.com, 16. 12. 2009 [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2009/12/jan-potmesil-pripustnost-audio-video.html>>; ŠEBESTA, Patrik. *Použitelnost audio a video nahrávek jako důkazu II. aneb je to horší než jsme si mysleli* [online]. jinepravo.blogspot.com, 26. 1. 2010, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2010/01/patrik-sebesta-pripustnost-audio-video.html>>; VOŠMIKOVÁ, Helena; KRABEC, Martin. *K použití zvukového záznamu v civilním soudním řízení* [online]. elaw.cz, 7. 5. 2010, [cit. 15.2.2017]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/clanek/k-pouziti-zvukoveho-zaznamu-jako-dukazu-v-civilnim-soudnim-rizeni>>; SEIDEL, Jan. Protiprávně získané nebo použité důkazy v civilním soudním řízení. *Právní fórum*, 2010, roč. 7, č. 8, s. 381 – 394; VAŠUTOVÁ, Vendula. Specifika dokazování v odlišných právních procesech. *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 22, s. 795 – 803; MORÁVEK, Jakub. Kdy lze jako důkazní prostředek připustit záznam z kamerového systému? *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 13, s. 457 – 463; SÝKORA, Jan. Přípustnost důkazu zvukovými a obrazovými záznamy v civilním dokazování. *Právní fórum*, 2012, roč. 9, č. 12, s. 532 – 539; ŠEBESTA, Kamil; BOUČKOVÁ, Jana. *Využívání kamerového systému z pohledu zákona o ochraně osobních údajů* [online]. epravo.cz, 6. 10. 2010, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/vyuzivani-kamerovehosystemu-z-pohledu-zakona-o-ochrane-osobnich-udaju-66983.html>>; JIRSA, Jaromír. *Důkaz tajným zvukovým záznamem* [online]. pravni prostor.cz, 30. 1. 2015 [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://www.pravni prostor.cz/judikatura/ustavni-pravo/dukaz-tajnym-zvukovym-zaznamem>>; MARADEK, David. Pořízení zvukového záznamu soukromou osobou a obecné možnosti jeho použití jako důkazního prostředku v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 13 – 14, s. 481 – 487; ZEMAN, Milan. *Důkaz nahrávkou pořízenou soukromou osobou nebo projevem na sociálních sítích* [online]. epravo.cz, 5. 8. 2015, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/dukaz-nahravkou-porizenou-soukromou-osobou-nebo-projevem-na-socialnich-sitich-98326.html>>; SIVÁK, Jakub. *Nové důkazní prostředky a ochrana osobnosti v právu ICT* [online]. pravni prostor.cz, 19. 10. 2015 [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.pravni prostor.cz/clanky/procesni-pravo/nove-dukazni-prostredky-a-ochrana-osobnosti-v-pravu-ict>>; MARADEK, David. Soukromě pořízený zvukový a zvukově obrazový záznam jako důkazní prostředek a důkaz v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 20, s. 705 – 710; JIRSA, Jaromír. *Zásah Ústavního soudu do dokazování* [online]. pravni prostor.cz, 23. 11. 2015. [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.pravni prostor.cz/judikatura/ustavni-pravo/zasah-ustavnihosoudu-do-dokazovani>>; KRAMPERA, Jan; MACHÁČOVÁ, Paulína. *Přípustnost nezákonně získaných důkazů v civilním řízení okem Nejvyššího a Ústavního soudu* [online]. epravo.cz, 11. 6. 2019. [cit. 31. 3. 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/pripustnost-nezakonne-ziskanych-dukazu-v-civilnim-rizeni-okem-nejvyssiho-a-ustavniho-soudu-109476.html>>

⁴ Viz 5.3.2.

názor se sice vztahuje pouze ke specifickým důkazním prostředkům, jejichž opatřením byla porušena všeobecná osobnostní práva. Tedy k relativně úzké výseči řešeného problému. Předmětné důkazní prostředky totiž tvoří jen jeden z mnoha případů nezákonného důkazu. Tento případ však nastává nejčastěji, což jej činí prakticky významným. Co je však důležitější; dopad zmíněné teorie je potenciálně velmi široký. Z níže předložené kritické reflexe nadto vysvítanou některé dílčí otázky, jež výmluvně ilustrují zásadní váhu zkoumaného právního problému.

1.4.2. Kritika teze o irelevanci nezákonného opatření důkazního prostředku

Knap a Švestka ve své monografii pojednávající o problematice ochrany osobnosti podle obč. zák. představují dva názory na použitelnost neprávem získaných podobizen a obrazových snímků jako důkazů v občanském soudním řízení. Podle prvního je použit nelze právě kvůli nezákonnosti jejich opatření. Podle druhého musíme rozlišovat protiprávní zásah do osobnostního práva v podobě protiprávního obstarání důkazu (hmotněprávní aspekt) a použití takto získaného důkazu k dokazování v občanském soudním řízení (aspekt procesní). Úkolem soudu je odhalit skutkový stav. Ke splnění tohoto cíle musí soud provést všechny důkazy, které má k dispozici. Autoři se posléze přiklánějí ke druhému názoru a s poukazem na procesní pravidlo, podle nějž může být důkazem vše, čím lze zjistit skutkový stav (§ 125 o. s. ř. či § 89 odst. 2 t. ř.), uzavírají svou úvahu takto: „*pro úvahu soudu, zda má být důkaz těmito prostředky proveden či nikoli, nemůže být rozhodující, zda byly podobizny či obrazové snímky pořizeny nebo nabyty zákonným či nezákonným způsobem. Rozhodující může být jediné to, zda jde o prostředky, které mohou sloužit k objasnění věci. Otázka jejich pořizení nebo nabytí je zcela samostatnou otázkou občanskoprávní, popřípadě i trestněprávní odpovědnosti toho, kdo je nezákonně pořídil či nabyl. Neoprávněnost takového zásahu není ovšem použitím v soudním řízení legalizována.*“ Nakonec autoři tvrdí, že použití podobizen a snímků jako důkazů v občanském soudním řízení je případem zákonné úřední licence podle § 12 odst. 2 obč. zák. v širší, v jaké se neprávem opatřený důkaz týká předmětu řízení.⁵ Dospívají tedy k závěru, že ustanovení typu § 125 o. s. ř., § 89 odst. 2 t. ř. jsou případem zákonné úřední licence ve smyslu § 12 odst. 2 obč. zák., což znamená, že i neprávem získaný důkaz lze použít v občanském soudním řízení již proto a v té míře, v níž může přispět k odhalení skutkového stavu.

⁵ KNAP, Karel, ŠVESTKA, Jiří. *Ochrana osobnosti podle československého občanského práva*. 2. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Panorama, 1989, s. 228 – 229. Stejně tuto otázku autoři zodpověděli v dalších dvou vydáních téže monografie. Viz KNAP, Karel a kol. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 3. přepracované a doplněné vydání k 1. 9. 1996. Praha: Linde Praha, a. s., 1996, s. 258 – 259. KNAP, Karel a kol. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 4. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, a. s., 2004, s. 305 – 306. Švestka pak tento názor zopakoval v komentáři k obč. zák., naposledy v roce 2009. Viz ŠVESTKA, Jiří. In ŠVESTKA, Jiří (ed.). *Občanský zákoník I, II*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, s. 175 – 176 (§ 12 obč. zák.).

Citovaný závěr je neobhajitelný především proto, že v konečném důsledku odporuje samotnému systémovému charakteru práva. S autory sice můžeme být zajedno v tom, že zákonnost opatření a zákonnost použití důkazu v soudním řízení jsou dvě samostatné otázky - již proto, že jde o dvě různé události.⁶ V žádném případě však není pravdou, že první otázka nemůže druhou ovlivnit, že jde o dva momenty nezávislé, protože v podstatě nesouvisející. Má-li právní řád⁷ efektivně plnit úlohu normativního systému, musí být rozumný a spravedlivý. Aby takovým byl, také jeho jednotlivé části by na sebe měly navazovat dvěma základními způsoby: logicky⁸ a hodnotově.⁹

Tak například pravidla fanatické náboženské sekty, jejíž členové jsou ke své komunitě bezvýhradně loajální, mohou právě díky své jednoduché vnitřní logice spolupůsobit poslušnost členů takového společenství. Stěží bychom však takový systém označili za spravedlivý, je-li založen na sofistikované duševní manipulaci či jiných druzích násilí. Z toho je zřejmé, že rozumnost a spravedlivost jsou dvě různé vlastnosti, které neznamenají totéž, ale musí koexistovat a doplňovat se, má-li být právní řád sám o sobě kvalitní.¹⁰ Protože je objektivní právo normativním systémem zaměřeným na to, co *má být*, jsou i tyto jeho dva fundamentální atributy kýženým cílovým stavem, jenž *by měl* v každém jednotlivém případě nastat. Jinými slovy, jsou to strukturální normativní principy, vzásadě nezávislé na skutečné podobě konkrétního právního řádu, avšak působící tím naléhavěji, čím více je daný právní řád potlačuje.

Tuto nezbytnou vnitřní koherenci právního řádu ve vztahu mezi občanským právem hmotným a procesním v tuzemské procesualistice popsali Macur a Lavický jako tzv. funkční vazby. Účel civilního procesu musí být nutně mimoprocením.¹¹ Jinak by byl celý proces samoučelný. Tímto účelem podle autorů není nic jiného, než ochrana soukromých subjektivních práv a právem

⁶ Týž názor se ustálil v německé procesualistice. Viz REICHENBACH, Sandy Berndt. *§ 1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten. Zur Verwertbarkeit persönlichkeitsrecht-beinträchtigender Beweismittel im Zivilprozess*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2004, s. 106-107. Dále viz ZEISS, Walter. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. *Zeitschrift für Zivilprozess*. Köln: 1976, 89. Band, Heft 4, s. 377; WERNER, Olaf. Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. *Beiträge zum Zivil- und Zivilprozessrecht*. 1988, s. 350 – 351; MUTHORST, Olaf. *Das Beweisverbot. Grundlegung und Konkretisierung rechtlicher Grenzen der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009, s. 93.

⁷ právní řád v objektivním a vrchnostenském smyslu jakožto systém uměle vytvořený mocenským suverénem za účelem autoritativní regulace společenských vztahů

⁸ tedy rozumnými a smysluplnými v nejširším smyslu

⁹ tedy spravedlnostními, jež odpovídají spontánním morálním a etickým pravidlům toho kterého lidského společenství v daném čase a místě

¹⁰ Pozitivistický názor, že rozum je vnitřně dobrý, takže sám od sebe směřuje ke spravedlivým řešením, je naivní iluzí. Ze světových politických dějin i z běžného života totiž známe mnoho událostí, kdy chladný rozum oproštěný od morálně etických ohledů vedl ke strašlivým zvěrstvům. Jedním z klíčových rysů postmoderní současnosti je *postoptimismus*, kdy čím dál větší část lidstva především pod dojmem nevýslovných tragédií 20. století a postupujícího ničění přírody, jež lidstvo přivedlo na pokraj sebeodstroukání, odkládá naivní důvěru v pokrok vědy a rozumu vstříc „světlym zítřkům.“

¹¹ MACUR, Josef. *Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1993, s. 53.

chráněných zájmů osob.¹² Ono účelové pojetí procesu, jež nejlépe odpovídá současné společenské realitě, je ovšem výsledkem staletí trvajících vývoje společnosti a právního řádu. Z práva hmotného a procesního se staly dva ucelené, složité subsystémy právního řádu, nezávisle existující, leč zároveň úzce propojené způsobem, jež oba autoři pojmenovali funkčními vazbami.¹³ Ty vznikají již z toho prostého důvodu, že soud v procesu poznává a chrání skutečná soukromá subjektivní práva a oprávněné zájmy účastníků řízení. Ochrana těchto práv a zájmů se tak na první pohled zdá být vlastním smyslem civilního procesu.¹⁴

Macur v tomto ohledu výstižně napsal, že civilní proces je od počátku do konce podložen veřejným zájmem na ochraně zájmů soukromých.¹⁵ Soud ve veřejném zájmu upevní objektivní právo tím, že v konkrétním řízení ochrání subjektivní právo určitého účastníka.¹⁶ Právě v tom však tkví skutečná podstata civilního procesu. Rozmanité procesní záruky, vtělené do všeobecného práva na spravedlivý proces, jsou pouze nezbytným průvodním jevem, sloužícím teprve jako nástroj k dosažení skutečného cíle. Z pohledu účastníka řízení je bezpochyby cílem ochrana jeho skutečných hmotných práv a zájmů. I tu nicméně můžeme vnímat jen jako nástroj. Civilní proces totiž zavedl stát. A prvořadým smyslem civilního soudního řízení z pohledu státu není ochrana soukromého subjektivního práva toho kterého účastníka řízení. Ve skutečnosti jím je upevnění objektivního práva a právního míru ve společnosti.¹⁷

Weichbrodt tento formativní rys přibližuje tak, že zatímco nastolení právního míru je odpovědí na otázku *proč*, ochrana skutečných práv a zájmů na otázku *jak*.¹⁸ Také Reichenbach

¹² MACUR, Josef. *Dokazování a procesní odpovědnost v občanském soudním řízení*. Brno: Univerzita J. E. Purkyně v Brně, 1984, s. 9; MACUR, Josef. *Právo procesní a právo hmotné*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1993, s. 112-113. MACUR, Josef. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2001, s. 153. LAVICKÝ, Petr. *Funkční vazby občanského práva hmotného a procesního*. Disertační práce. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2007, s. 146.

¹³ Srov. též ŠTAJGR, František. *Některé teoretické otázky civilního práva procesního*. Praha: Universita Karlova, 1969, s. 18 – 19. Též ŠTAJGR: *Občanské právo...*, s. 11. Funkcionální vztah mezi oběma odvětvími je již drahnou dobu všeobecně uznán i v německojazyčném prostředí. Viz např. *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess. Zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung zivilrechtliche Ansprüche*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, s. 146; BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*. Festschrift für Ulrich Klug. Band II, Köln, 1983, s. 478.

¹⁴ MACUR: *Problémy...*, s. 31, 33. Viz též OTT, Emil. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního*. I. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 254 (reprint původního vydání). Opět jde o všeobecně uznávané východisko. Ve švýcarské procesualistice viz např. BERTI, Stephen V. *Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, s. 10.

¹⁵ MACUR: *Problémy...*, s. 56 – 58.

¹⁶ Viz HORA, Václav. *Československé civilní právo procesní*. I. – III. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010, s. 7 (reprint původního vydání). Dále HORA, Václav. *Učebnice civilního práva procesního*. Praha: Spolek československých právníků Všehrd v Praze, 1947, s. 9.

¹⁷ Srov. WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess. Zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung zivilrechtliche Ansprüche*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, s. 225 – 226. Viz též ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 17., neu bearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 2010, s. 3.

¹⁸ WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 239.

správně říká, že účelem procesu není odhalení pravdy, nýbrž právní mír.¹⁹ Český zákonodárce tuto myšlenku vyjádřil již v § 1 o. s. ř., do nějž napsal, že procesní postupy mají zajistit nejen „*spravedlivou ochranu soukromých práv a oprávněných zájmů účastníků*“ (individuální prevenci), ale i *výchovu k dodržování smluv a zákonů, k čestnému plnění povinností a k úctě k právům jiných osob*“ (generální prevenci). Vposledku tedy jde o odlišení generální a individuální prevence. Ona „výchova“ představuje jakýsi nadosobní prvek občanského procesu; soudní řízení by mělo svou spravedlivostí dát všem zúčastněným dobrý příklad a nepřímo je vést k tomu, aby se nejen v jeho průběhu, ale pokud možno i ve svém osobním životě chovali k ostatním lidem tak férově a kultivovaně, jak soud vedl řízení.

Ustanovení § 3 první věty o. s. ř. je ještě názornější; „*občanské soudní řízení je jednou ze záruk spravedlnosti a práva, slouží upevňování a rozvíjení zásad soukromého práva.*“ Spravedlností a právem nemůže být myšlena pouze individuální spravedlnost, protože občanské soudní řízení je celospolečenským výdobytkem odrážejícím úroveň právní kultury jako společenského, celé komunity společného fenoménu. I v chování jednotlivců se navíc projevují různé sociální jevy, což znamená, že individuální spravedlnost nelze izolovat od právní kultury daného společenství.

Příklad 1: *nebankovní instituce s portfoliem desetitisíců pohledávek poskytla nízký krátkodobý neúčelový úvěr s vysokým úrokem a přísnými sankcemi za prodlení. Úvěrovaný sice přísnou, avšak platnou smlouvu, podepsal dobrovolně, aniž by ji přečetl, neboť z určitého důvodu chtěl peníze okamžitě. Věřil, že úvěr splatí, poněvadž měl stálý příjem. Později byl propuštěn z práce a navíc se musel postarat o svého otce, který nečekaně vážně onemocněl. Brzy se ocitl v prodlení, dluh se rapidně zvýšil o přísné sankce a úvěrující jej upomněl, aby splnil celý dluh. Úvěrovanému začala věc přerůstat přes hlavu, takže zvolil taktiku pasivní rezistence a s věřitelem nekomunikoval, až se problém dostal do exekučního řízení. Teprve tehdy plně dlužník pochopil vážnost situace a zmocnil advokáta, který navrhl zastavení exekuce podložené výše zmíněnými problémy. Pokud bychom případ nablíželi jako zcela jedinečnou situaci, velmi snadno bychom mohli dojít k názoru, že věřitel nesplnění dluhu téměř nepocítí, zatímco dlužníka může zachránit před pádem na sociální dno. Tím bychom však mohli přehlédnout zjevný fakt, že smlouvu uzavřel dobrovolně, aniž by si ji přečetl a zamyslel se nad důsledky, a obecný princip závažnosti smluv včetně pravidla, že pouhé ztížení splnění nepůsobí zánik závazku. V chování dlužníka se do jisté míry projevil celospolečenský jev bezmyšlenkovitého zadlužování, nezodpovědnosti a lhostejnosti k dodržování pravidel. Pro spravedlivé rozhodnutí o návrhu na zastavení exekuce je třeba zohlednit i tyto nadosobní aspekty.*

Uvědomíme-li si nadosobní i osobní aspekt civilního procesu, vystoupí do popředí nejen jeho služební funkce, ale i mimořádná důležitost pro udržení právního státu. O to podstatnější je ovšem jeho funkční vazba na ostatní právní subsystémy, zejména na soukromé právo. Aby byla soudní ochrana práv a zájmů efektivní, musí se právní úprava civilního procesu a samozřejmě i

¹⁹ REICHENBACH: *Grundlage von Beweisverboten...*, s. 72-73, 103-104. Viz též BAUMGÄRTEL: *Die Verwertbarkeit...*, s. 483; KAISSIS, Athanasios. *Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH, 1978, s. 29.

aplikační praxe přizpůsobit hmotněprávnímu řádu.²⁰ Ustanovení § 3 první věty o. s. ř. to vyjadřuje větou, že občanské soudní řízení „*slouží upevňování a rozvíjení zásad soukromého práva.*“

Funkční vazby se promítají ve mnoha procesních institutech jako je účastenství, předmět řízení, právní moc rozhodnutí, poučovací povinnost soudu, účastníková povinnost pravdivosti, případně i v korelaci mezi soukromoprávními principy a procesními zásadami (např. princip autonomie vůle – zásada dispoziční). Nejzřetelnější jsou právě na příkladu obecného vztahu obou odvětví jako celků, kdy procesní řád nemá vlastní nezávislou funkci, ale je pouhým nástrojem k utvrzení objektivního hmotněprávního řádu cestou ochrany práv a zájmů v subjektivním smyslu.

Ustanovení § 1 odst. 1 druhé věty o. z., podle něž je „*uplatňování soukromého práva nezávislé na uplatňování práva veřejného,*“ přitom není překážkou existence funkčních vazeb. Jeho smyslem totiž není závazně stanovit, že veřejné (např. procesní) právo v právu soukromém (a naopak) vůbec nepůsobí. V návaznosti na první větu téhož ustanovení, zachycující jeden z charakteristických rysů soukromého práva, druhá věta informuje svého adresáta o tom, že existuje i jiné - veřejné - právo. V prvé řadě tak jde o kodifikaci dualismu veřejného a soukromého práva. Tato právní věta by přirozeně zůstala prázdnou floskulí, kdyby byl např. vznik soukromých subjektivních práv podmíněn podmínkami typu povinného úředního přivolení. Jde tak jen o potřebu odlišovat soukromoprávní a veřejnoprávní rovinu právního případu, které působí do značné míry nezávisle (§ § 5 odst. 2, 20 odst. 2, 1013 odst. 2 první věta či § 2236 odst. 2 o. z.), avšak mnohdy se vzájemně ovlivňují (§ § 1013 odst. 2 druhá věta, 1027 o. z.). V relaci mezi občanským právem hmotným a procesním musíme ony souvislosti vnímat právě ve světle funkčních vazeb. Co z toho plyne pro kritiku výše citovaného názoru? Poznotek, že v prostředí funkčních vazeb vyznívá představa právní irelevance otázky zákonnosti získání důkazu v občanském soudním řízení již z obecného pohledu velmi nepřesvědčivě.

Další rozbor problému pak jednoznačně ilustruje neobhajitelnost kritizované teze. Je totiž v příkrém rozporu s oběma výše vysvětlenými strukturálními principy. V čem se příčí principu rozumnosti? Knap se Švestkou tvrdí, že právnímu režimu úřední licence důkaz podřizuje jeho potenciál k objasnění skutkového stavu. To však nic nemění na faktu, že nezákonným opatřením důkazu dotyčný spáchal civilní delikt. Nedůslednost této úvahy spočívá v tom, že úřední licence má legalizovat pouze použití důkazu²¹ a že protiprávnost jeho získání nehraje v řízení, v němž je důkaz použit, žádnou roli, protože úkolem soudu je zjistit skutkový stav bez ohledu na to, zda tak učiní legálně obstaranými prostředky. Zároveň je však možné následně soudně vymoci újmu, způsobenou právě nezákonným obstaráním daného důkazu. Tento náhled od sebe, ve své podstatě

²⁰ MACUR: *Postmodernismus...*, s. 153. LAVICKÝ: *Funkční vazby...*, s. 263 – 264.

²¹ Jinak by škůdce jejím opatřením nemohl spáchat delikt.

na základě paušálního přesvědčení o vzájemné nezávislosti hmotného a procesního práva jako dvou izolovaných systémů, zcela nepřírozeně odtrhuje dvě životní situace, které ovšem velmi úzce souvisejí přinejmenším v tom smyslu, že neprávem získaný důkaz byl využit proti osobě poškozené jeho neoprávněným opatřením.

Příklad 2: *dvě po sobě následující soudní řízení. První, v němž žalobce předloží neprávem získaný důkaz, který mu zajistí procesní úspěch. A druhé, které žalobou zabývá původní žalovaný, domáhaje se náhrady újmy způsobené protiprávním opatřením onoho důkazu. Zatímco v prvním případě neměly okolnosti obstarání důkazu pro výsledek řízení žádný význam, ve druhém se naopak stávají ústředním tématem dokazování, jelikož právě na nich je vznesený nárok založen.*

Takové řešení se může při letném pohledu jevit jako důsledná diferenciacie hmotného a procesního práva a prevence zbytečného prodlužování prvního soudního řízení dokazováním skutkových okolností opatření důkazu. Ve skutečnosti je ovšem krátkozraké a bizarní ve své nelogičnosti. Jednu a tutéž životní situaci totiž poprvé hodnotí jako právně irelevantní, podruhé jako rozhodující. A *de facto* poškozeného uměle nutí k tomu, aby vyvolal další soudní spor (v němž soud inkriminovaný důkaz samozřejmě znova provede), k němuž by bývalo nemuselo vůbec dojít, kdyby soud okolnosti opatření důkazu býval důsledně zohlednil již v prvním řízení.²² Systém by tak svým uživatelům vyslal, eufemisticky řečeno, poněkud zmatený signál. Autoři přitom ve skutečnosti nenabízejí jediný doopravdy pádný důvod, proč je jejich názor správný. V tomto ohledu je uvedený názor *systémově* nelogický. Nerozumný z pohledu nezbytnosti logických vazeb mezi občanským hmotným a procesním právem jako dvěma subsystémy právního řádu. Poruší-li někdo práva jiné osoby s určitým cílem, je přece nejlepší a prvořadou (byť ne nutně jedinou) odpovědí na takové bezpráví, znemožnit mu dosažení onoho cíle. Představíme-li si sebe samotné v postavení takto postiženého účastníka řízení, jistě by nás mnohem více uspokojilo, kdyby soud nezákonný důkaz vůbec neprovedl, čímž by druhému účastníkovi zabránil čerpat výhodu z protiprávního aktu, než kdyby nám dotyčný po několika letech soudních tahanic nahradil újmu za to, že nás někdy, v čím dál mlhavější minulosti, vyfotografoval či natočil na kameru

Takový přístup ostatně odpovídá náležitostem moderního civilního procesu. Macur v rozboru procesní povinnosti pravdivosti a procesních břemen došel k cennému závěru, že přímé sankce typu povinnosti k náhradě škody či úhradě pořádkové pokuty by se v civilním procesu neměly používat nadměrně často, protože neodpovídají jeho charakteru. Soudní řízení je velmi komplikované, poněvadž sestává z mnoha jednotlivých, na sebe navazujících úkonů soudu i účastníků a přitom je třeba jej ukončit v přiměřené době. Ukládání a vymáhání přímých sankcí,

²² Podobný názor viz BRINKMANN, Moritz. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus der Perspektive des Schadenrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. Köln: Mohr Siebeck, 2006, s. 763 – 764.

běžných v oblasti hmotného práva, by tento složitý mechanismus dále tříštilo a prodlužovalo.²³ To by mohlo potenciální účastníky soudního řízení nakonec odradit od soudního vymáhání jejich práv. Právě v zájmu vyloučení tohoto nežádoucího jevu vznikl např. institut procesního břemene, jehož základní funkcí je z teoretického hlediska právě adaptovat právní sankci²⁴ na charakter civilního procesu. Neunesení břemene pak zhoršuje vyhlídky příslušného účastníka na dosažení jím sledovaného procesního cíle.²⁵ Macur má jistě pravdu i v názoru, že pokud účastník řízení poruší svou povinnost pravdivosti, je neefektivnější sankcí za tento prohřešek vyhodnotit jeho tvrzení jako nepravdivé, neboť mu to ztíží či přímo znemožní dosažení jeho procesního cíle.²⁶

Právě díky funkčním vazbám mezi hmotným a procesním právem by sankce za předložení neprávem získaného důkazu měla být také především procesní, a to z týchž důvodů, jako v případě porušení povinnosti pravdivosti či nesplnění povinnosti tvrzení či důkazní. Sankcí by tedy mělo být v první řadě neprovedení takového důkazu, respektive jeho vyloučení z budování skutkového stavu. Česká teorie trestního práva tuto procesní sankci ostatně výstižně zohledňuje v samotném názvu nezákonného důkazu, který označuje za *neúčinný*.²⁷ To znamená, že onen důkaz nelze použít k jeho vlastní funkci. Pročež nemá žádný vliv na skutkový závěr soudu.

Proč kritizovaná teze neodpovídá ani principu spravedlivosti? Již bylo vysvětleno, že princip rozumnosti i spravedlivosti, případně efektivity, jsou systémovými požadavky, základními potřebnými parametry každého právního řádu. Adresovány jsou tak spíše jeho tvůrci, než adresátům. Avšak existuje nějaká všeobecná právní povinnost, která by z obecného pohledu zakazovala účastníkovi občanského soudního řízení předložení neprávem získaného důkazu? Analyzovaný názor tím, že v určité procesní fázi záměrně ignoruje otázku zákonnosti opatření důkazu, v konečném důsledku odporuje obecnému principu, že každý má povinnost jednat v právním styku poctivě a že nikdo nesmí těžit ze svého nepoctivého nebo protiprávního činu (§ 6 odst. 1, odst. 2 první věta o. z.). Tedy principu poctivosti a z něj plynoucímu zákazu zneužití práva (§ 8 o. z.).²⁸ Jistou procesní obdobou tohoto ustanovení jsou § 1, 2 část věty za středníkem, 3 první věta a § 6 o. s. ř.²⁹ Ta soudu ukládají povinnost, aby účastníky řízení vedl k poctivému výkonu jejich práv, čímž samozřejmě poctivé jednání nepřímo přikazují též účastníkům samotným. Povinnost poctivosti totiž může v určitém společenství dávat smysl jedině tehdy, mají-li ji všichni jeho

²³ tamtéž, s. 85. Viz též LAVICKÝ, Petr, STAVINHOVÁ, Jaruška. Sankce v civilním právu procesním. *Právní fórum*, 2008, roč. 5, č. 9, s. 369.

²⁴ Například prohu ve sporu kvůli neunesení subjektivního důkazního břemene nebo dokonce břemene tvrzení

²⁵ Srov. MACUR, Josef. *Povinnost a odpovědnost v občanském právu procesním*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1991, s. 103.

²⁶ MACUR: *Postmodernismus ...*, s. 80 – 81.

²⁷ Viz např. ŠÁMAL, Pavel. In ŠÁMAL, Pavel (ed.). *Trestní právo procesní*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 367 - 368.

²⁸ Právní princip chápeme jako hodnotu, jež působí normativně bez ohledu na to, jestli ji zákonodárce kodifikoval.

²⁹ a pochopitelně i mnohá jiná ustanovení, např. § 138 odst. 1 první věta, § 143 o. s. ř. či § 24 z. ř. s.

členové. To znamená, že každý je na jedné straně povinen počínat si poctivě, na straně druhé má právo očekávat totéž od druhých.

Něco podobného se dá říci o právním řádu jako celku. Svůj účel může splnit jen za předpokladu, bude-li obsahovat povinnost poctivosti všech svých adresátů a že i její porušení bude mít právní relevanci. I kdyby tudíž žádné z výše uvedených ustanovení neexistovalo, stále by existovala všeobecná právní povinnost poctivosti. A právě té kritizovaný názor a jím předvídaný postup očividně odporuje. Poctivost (objektivní dobrá víra) je jedním z nejobecnějších právních principů. Úzce souvisí se svobodou, kterou chrání právní řád demokratického státu. Svoboda zde nemá animální význam svévole, možnosti činit cokoli. Jde o možnost rozhodovat o vlastním životě sice nezávisle, ale zároveň odpovědně. Rubem každé svobody je tedy odpovědnost - svoboda je hodnotově podbarvena. O. z. to v § 3 odst. 1 vyjadřuje slovy, že právní řád chrání „*svobodu člověka i jeho přirozené právo brát se o vlastní štěstí a štěstí jeho rodiny nebo lidí jemu blízkých takovým způsobem, jenž nepůsobí bezdůvodně újmu druhým.*“ Tuto odpovědnost nejlépe manifestuje právní princip poctivosti ve smyslu § 6 o. z., neboť je nejobecnější. Jde o významný princip, jehož aplikační prostor se rozhodně neomezuje na soukromoprávní vztahy, nýbrž prostupuje celý právní řád. V této souvislosti je nutno si uvědomit, že soukromé právo neupravuje jen určitou zvláštní výseč lidského života. Reguluje všechny základní aspekty běžného života (§ 1 odst. 1 první věta o. z.). Jde o skutečně všeobecné právní odvětví, jehož fundamentální zásady „prozařují“ celým právním řádem. Princip poctivosti by proto mohl hrát určitou roli i v teorii nezákonného důkazu

Účastník, který neprávem získal důkaz, jež posléze použije k naplnění svého procesního cíle, by se přitom proti principu poctivosti prohřešil bez ohledu na to, které konkrétní právo odpůrce by opatřením důkazu narušil. A to přinejmenším v případě, v němž by důkaz již na počátku opatřil s cílem použít jej před soudem. Princip poctivosti je totiž právě tou všeobecnou právní povinností, po níž jsme se ptali. Povinností konat dobro nebo alespoň neškodit, která musí být skutečně všeobecná a normativně působící, nemá-li se z právního řádu v jednotlivém případě stát *nástroj odcižení a absurdity*, o němž hovoří ÚS.³⁰

Existuje obecná povinnost předkládat výhradně právem získané důkazy? Problém můžeme ukázat na procesní povinnosti pravdivosti. To je povinnost účastníka řízení, v šíři subjektivního břemene tvrzení jednak tvrdit pravdivě vše, co je mu známo kromě toho, co sám pokládá jen za možné a toho, čím by si mohl přivodit trestní stíhání či difamaci, druhak úmyslně nelhat.³¹ Lavický přílehlavě podotýká, že procesní povinnost pravdivosti pramení v soukromoprávní povinnosti

³⁰ poprvé viz náleží ÚS ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 (N 163/9 SbNU 399).

³¹ Viz LAVICKÝ, Petr, a kol. *Moderní civilní proces*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2014, s. 55. Srov. též MACUR: *Povinnost a odpovědnost ...*, s.83 – 87.

poctivosti.³² Podle Macura nelze stranám sporu předepsat určitý postup k naplnění cíle civilního soudního řízení a zároveň jim dopřát výhodu z jimi uplatněné nepravdivé či neúplné skutečnosti, protože jinak by požadavek dodržování zákona nemohl být myšlen vážně.³³ Povinnost poctivosti však v civilním procesu neaktivuje pouze povinnost pravdivosti a úplnosti. Ty jsou pouhou složkou všeobecné procesní povinnosti řádného vedení sporu.³⁴ Už jen úvaha, že tvrzení a důkaz jsou přibližně stejně důležité, poněvadž představují základní materiál, který musí žalobce do řízení vnést, aby uspěl, vede k závěru, že předložení neprávem získaného důkazu může být v konkrétním případě porušením principu poctivosti úplně stejně jako lživé skutkové tvrzení. Situace, v níž by účastník na jedné straně mohl legálně a s klidným svědomím použít neprávem opatřený důkaz k dosažení svého cíle v souladu s právním řádem, na straně druhé by však za pořízení takového důkazu byl povinen nahradit újmu, by byla skutečně schizofrenní. Dokonce můžeme říci, že pokud si inkriminovaný dokument opatřil právě za účelem jeho použití jako důkazu, pak by takové použití mělo být zapovězeno ještě spíše, než vlastní získání, jelikož bez svého uplatnění coby důkazního prostředku by dokument pro dotýčeného pozbyl praktický význam.

Pod zorným úhlem právní zásady, že z bezpráví nemůže vzniknout právo, sotva můžeme tvrdit, že pro účely soudního řízení byl důkaz kryt úřední licencí podle § 12 odst. 2 obč. zák. Dovětek výše citovaných autorů, že ani úřední licence, zastřešující použití dokumentu jako důkazu, nemá vliv na nezákonnost jeho opatření, v rozvedeném kontextu působí jako nechtěná ironie. Výše předestřený výklad a použití ustanovení § 125 o. s. ř. odporuje § 2 části věty za středníkem a § 6 druhé větě o. s. ř., neboť minimálně nepřímo vybízí či alespoň umožňuje porušování a zneužívání práv. V tomto smyslu jedná účastník, který soudu předkládá neprávem získaný důkaz, vzásadě stejně nepoctivě i tehdy, je-li důkaz plně věrohodný a dotýčenému účastníkovi slouží k prokázání nároku, který vůči svému procesnímu soupeři skutečně má. Proč? Protože účel nesvětí prostředky.

Opatření důkazu, jeho následné použití v procesu a existence nároku důkazem podloženého jsou totiž vesměs samostatné problémy, takže řešení jednoho nemůže být bez dalšího řešením ostatních dvou. Jinak by totiž byl princip poctivosti relativizován a museli bychom

³² LAVICKÝ: *Moderní...*, s. 54. K povinnosti pravdivosti v občanském soudním řízení proběhla v souvislosti s jejím legislativním odstraněním z o. s. ř. svého času určitá diskuse, v níž ovšem nezazněl jediný doopravdy přesvědčivý argument, proč by tato povinnost neměla nadále existovat. Diskuse skončila a jejím výsledkem nemohlo být nic jiného, než konstatování, že bez ní by civilní proces nebyl zaručeně spravedlivý. Viz např. MACUR, Josef. *Důkazní břemeno v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995, s. 121 – 128. MACUR, Josef. Povinnost pravdivosti a její legislativní úprava v civilním soudním řádu. *Právní rozhledy*, 1999, roč. 7, č. 4, s. 172. MACUR: *Postmodernismus...*, s. 205. STAVINOHOVÁ, Jaruška. Povinnosti účastníků civilního soudního řízení ve světle díla prof. Josefa Macura. In LAVICKÝ, Petr, SPÁČIL, Jiří (ed.). *Macurův jubilejní památník: k nedožitým osmdesátinám prof. Josefa Macura*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 65 – 70. V Německu viz např. FINK, Andreas. *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*. Aachen: Fotodruck J. Mainz GmbH, 1994, s. 158.

³³ Srov. MACUR: *Povinnost a odpovědnost...*, s. 27 – 28.

³⁴ O existenci této právní povinnosti není v německé procesualistice pochyb. Viz např. GEMMEKE, Thomas. *Beweisverwertungsverbote im Arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH, 2003, s. 23 – 24.

klopotně hledat hranici, za kterou již účastník získal důkaz natolik protiprávně, že jej nelze provést. Nebo by snad autoři bez dalšího připustili důkaz obstaraný loupeží? Macur v této souvislosti poznamenává, že pokud soud odmítne založit své rozhodnutí na neprávem získaném důkazu, pročez nastane stav *non liquet*, který soud překlene postupem podle pravidel o objektivním důkazním břemeni, pak rozhodne správně, i kdyby jeho rozhodnutí odporovalo skutečným hmotněprávním poměrům.³⁵ Tento názor vyjadřuje myšlenku, že na neprávem získaný důkaz je optimální reagovat již v řízení, v němž byl poprvé uplatněn. To vše samozřejmě neznamená, že neprávem obstaraný důkaz nelze provést nikdy. Otázku zákonnosti opatření důkazu však nelze programově vypouštět.

1.4.3. Shrnutí

V této polemice vyšlo najevo, že se princip poctivosti díky funkčním vazbám mezi civilním hmotným a procesním právem přenáší do procesněprávních vztahů. Zde přebírá podobu povinnosti poctivého vedení sporu jako základní procesní povinnosti účastníka soudního řízení.³⁶ Zákon ji nekodifikuje, pouze naznačuje.³⁷ Z obecného pohledu může být tedy právní princip poctivosti uchopen i jako zdroj právní povinnosti předkládat soudu zásadně jen důkazy získané zákonným způsobem.³⁸ Porušení oné povinnosti lze sankcionovat primárně neprovedením důkazu.

V této kapitole jsme tak na kritice názoru z odborné literatury v obecné rovině demonstrovali, že otázka zákonnosti opatření důkazu musí mít v právním řádu civilizované země značnou relevanci³⁹ již díky systémové povaze práva. A že civilní právo procesní stěží naplní svůj smysl a účel, bude-li ji systematicky ignorovat jako *samostatnou (procesně irelevantní) otázku odpovědnosti toho, kdo důkaz pořídil*. Kritizovaný názor je tedy nelogický a nespravedlivý zároveň. Ostatně, můžeme jej kritizovat též s optikou efektivity práva, která je opět jakýmsi systémovým apelem. Aby právo ve společnosti opravdu působilo a bylo v tomto ohledu „skutečné,“ musí být splněny přinejmenším dvě související podmínky:

1. Společnost musí mít právní pravidla alespoň do určité míry zažitá, akceptovat je a
2. Pravidla musí být reálně proveditelná v praktickém životě.

Efektivita právního pravidla o poctivém jednání je v situaci, kdy soud zcela ignoruje nezákonnost získání důkazu, pochopitelně nulová. Funkční vazby mezi hmotným a procesním právem, jež zkoumal Macur a především Lavický, jsou však jen jednou z mnoha ukázek

³⁵ MACUR: *Právo procesní...*, s. 113.

³⁶ REICHENBACH: *§ 1004 BGB als Grundlage...*, s. 32, 33, 39-42 a 224.

³⁷ Např. v § 101 odst. 1 písm. c), § 126 odst. 3 třetí věť či § 131 odst. 2 druhé věť.

³⁸ Srov. ROSENBERG: *Zivilprozessrecht...*, s. 618.

³⁹ K tomuto obecnému názoru srov. FINK: *Die Verwertbarkeit...*, s. 84.

nevyhnutelné systémovosti právního řádu v obou výše analyzovaných významech. Taková spojitost totiž musí existovat přinejmenším mezi všemi jednotkami právního řádu, jež regulují související životní situace, protože musí být propojeny i v normativní rovině. V teorii právní argumentace se objevuje v podobě *principu jednoty a bezrozpornosti právního řádu*.⁴⁰ Z něj pak plynou různá interpretační pravidla, jako např. restriktivní výklad nesystémových ustanovení.⁴¹ A tento princip je v jistém smyslu protikladem teorie o principiální samostatnosti hmotného a procesního práva, v německojazyčném prostředí známé jako *Trennungsdogma*, na níž je kritizovaná teze založena. Tuto teorii přibližuji níže.⁴² Zde uzavřeme, že zodpovězení výzkumných otázek je smyslupné, protože fenomén zákonnosti důkazu je v civilizovaném právním státě nepominutelný.

⁴⁰ REICHENBACH: § 1004 BGB als Grundlage..., s. 106.

⁴¹ MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha : C. H. Beck, 2011, s. 185.

⁴² Viz 3.3.1.

2. Problém nezákonného důkazu v širších souvislostech *legis lata*

2.1. Úvod

Abychom mohli vymezit formy nezákonného důkazu a uvažovat o jejich právních následcích, musíme problém nejprve přesně zasadit do širšího kontextu současného českého právního řádu. Tedy problém pojmenovat v širokých souvislostech, přes které vede cesta k podstatě problému.

2.2. Základní pojmy aneb důkazní prostředek a důkaz

Jurisprudence vždy obnáší práci s pojmy. Zaměřme se tedy na klíčové termíny, jež budeme nejčastěji používat. Netřeba je přeceňovat; současná procesualistika jistě není ryzí pojmovou jurisprudencí. Terminologie má spíše stylistický význam, čemuž odpovídá i fakt, že ji autor v dalším textu nepoužívá zcela důsledně; není totiž rozhodující. Sémantický obsah ústředních pojmů nicméně vypovídá mnohé o jejich podstatě a tedy i o vlastním problému.

V české legislativě, judikatuře a literatuře se většinou setkáme s pojmem důkaz. Ustanovení § 125 o. s. ř. je nadepsáno jako *důkazní prostředek* a říká, že „*jako důkaz mohou sloužit všechny prostředky, jimiž lze zjistit stav věci, zejména výslech svědků, znalecký posudek, zprávy a vyjádření orgánů, fyzických a právnických osob, notářské nebo exekutorské zápisy a jiné listiny, ohledání a výslech účastníků. Pokud není způsob provedení důkazu předepsán, určí jej soud.*“ Důkazní prostředek se tu vyskytuje ve dvou významech; jednou jako způsob zjišťování informace (výslech svědka, ohledání; obojí koresponduje se zájmemem *jimiž* v první větě), jednou spíše jako pramen, zdroj informace o skutkovém stavu (znalecký posudek, zpráva a vyjádření; zde by byla vhodnější předložková vazba *z nichž*). V prvním případě popisuje činnost toho, kdo důkaz provádí, ve druhém spíše toho, kdo je zdrojem informací. První věta daného ustanovení je výrokem o potenciálu vyjmenovaných prostředků být důkazem, tedy vlastně posloužit k budování skutkového stavu. Zde vyjmenované důkazní prostředky se tak obecně vždy mohou stát prostředky konstrukce skutkového stavu – důkazy.

Pojem důkazní prostředek se nejčastěji vyskytuje v legálních definicích typu § 125 o. s. ř., téměř vždy ve významu pramene informací.⁴³ S ohledem na tyto legální definice lze důkazní prostředek primárně chápat jako prostředek, který může být pramenem informace o skutkovém stavu, nejobecněji jako nosič obsahující skutkovou informaci. Důkaz pak jako důkazní prostředek, který skutečně prokazuje relevantní skutkový stav. Z tohoto významu pojmu *důkaz* ostatně vychází i § 112 t. ř., podle nějž jsou důkazy ty předměty a listiny, jež prokazují či vyvracejí dokazovanou

⁴³ Srov. § 84 zákona č. 582/1991 Sb. o organizaci a provádění sociálního zabezpečení ve znění pozdějších předpisů, § 68a zákona č. 117/1995 Sb. o státní sociální podpoře ve znění pozdějších předpisů, § 73 zákona č. 111/2006 Sb. o pomoci v hmotné nouzi ve znění pozdějších předpisů, § 93 odst. 1 d. ř., § 180 odst. 2 zákona č. 361/2003 Sb. o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů ve znění pozdějších předpisů.

skutečnost a mohou být prostředkem k odhalení a zjištění trestného činu, jeho pachatele, jakož i stopy trestného činu. Důkaz je relativní koncept, protože se nakonec vždy hodnotí jeho vypovídací hodnota ve vztahu k určité konkrétní skutečnosti. Ustanovení § 125 o. s. ř. ostatně dává smysl a má nějaký normativní obsah jen tehdy, jestliže důkazní prostředek hodnotíme z hlediska použitelnosti k tomuto cíli. To znamená, že provádění důkazů jako proces čerpání informací z pramene se vztahuje k důkaznímu prostředku. Až po provádění zásadně následuje fáze hodnocení důkazních prostředků, na jehož konci je závěr, že to či ono bylo prokázáno tím či oním, že ten který důkazní prostředek skutečně posloužil jako důkaz. To znamená, že důkaz má i dynamický význam prokázání jisté skutečnosti jakožto výsledku procesu.

Podle Macura je důkazem zpráva či výrok získaný z důkazního prostředku. Důkazní prostředek je formou, v níž se daná zpráva objevuje, tedy např. obsah listiny, výpověď svědka nebo znalecký posudek. Nositelem důkazu je pramen této zprávy, např. svědek, znalec či listina.⁴⁴ Macur správně zohledňuje fakt, že slovo důkaz v sobě již obsahuje úsudek, že ta či ona skutečnost je prokázána. Zároveň však poněkud stírá rozdíl mezi důkazem a dokazovanou skutečností a důkaz oprostřuje od důkazního prostředku.

Příklad 3: *kamera zachytí osobu A na místě B v čase C. Z právního hlediska je důkazem o přítomnosti dotyčného kamerový záznam. Samozřejmě však jen v případě, plyne-li z něj (pravdivý) výrok, že se A v čase C pohyboval na místě B.*

Macur tak důkaz chápe jako výrok o skutečnosti, který je ve své podstatě výsledkem hodnocení důkazního prostředku. Avšak hodnocení přece nepodléhá pouze svědecká výpověď či obsah listiny (důkazní prostředek), nýbrž např. i svědkova paměť či kvalita fotokopie listiny (různé vlastnosti samotného nositele důkazu). Nedá se nicméně říci, že by Macurovo pojetí důkazu bylo chybné. Je naopak teoreticky důsledné. Vyjadřuje totiž výše naznačenou fázi, stav důkazního řízení, kdy je prokázána určitá skutečnost.⁴⁵ Macur pojímá důkaz dynamicky, jako fázi procesu. V tomto kontextu můžeme důkaz vnímat jako synonymum prokázání, což je z gramatického hlediska zpodstatnělé sloveso vyjadřující děj, pohyb a díky vidu dokonavému též určitý stav jako jejich výsledek. Nikoli jako věc či osobu, která skutečně podává zprávu o dokazované skutečnosti. V tomto smyslu důkaz chápe i Weichbrodt.⁴⁶

Uvedený význam má v jistém ohledu i důkazní prostředek, poněvadž i posudek, zpráva či vyjádření vyjadřují nejen nosič s informací, ale též činnost, která jej vytváří. Tato činnost se před soudem dokonce bezprostředně odehrává v případě ústních výpovědí. Vždyť kromě nosiče (člověka a jeho paměti) a informací je tu ještě výpověď samotná jako způsob reprodukce informací.

⁴⁴ MACUR: *Dokazování a procesní odpovědnost...*, s. 17.

⁴⁵ Žalovanému se podařil důkaz splnění dluhu v tom smyslu, že žalovaný prokázal splnění dluhu.

⁴⁶ WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 40.

Svědecká výpověď není jen nosičem se skutkovou informací, ale i přenosem dané informace. V tom případě dává smysl Macurova terminologie, podle níž je důkazním prostředkem např. *obsah listiny* či *znalecký posudek*.⁴⁷ V ustanovení § 125 o. s. ř. však zákonodárce chápe důkazní prostředek - jak dává tušit jeho druhá věta - především jako způsob provedení důkazu. To je pochopitelné, neboť z pohledu soudu, který důkazy provádí, je prakticky nejdůležitější otázkou právě postup při provádění. Můžeme namítnout, že pokud je důkazním prostředkem výslech svědka, musí jím být i čtení listiny. Na druhou stranu např. ohledání také vyjadřuje aktivitu soudu a přesto je jisté, že je důkazním prostředkem, protože v tomto případě není možné skutkovou informaci čerpat jinak, než jen aktivní prací subjektu, který důkaz provádí. Zde tudíž důkazní prostředek splývá se způsobem provedení důkazu. Tato analýza ukazuje, že není důvod odchytil se od Macurova pojetí.

V této práci se zabýváme pouze jednou skupinou důkazních prostředků, resp. - jednodušeji řečeno - důkazů. A to důkazy nezákonnými. Nebylo by však výstižnější nazývat je jinak, než nezákonné? Jako první připadá v úvahu termín *nepřípustnost*. Obecná kategorie nepřipustnosti je v procesním právu obvyklá, typicky jako atribut procesního úkonu účastníka (§ 41a odst. 3 či § 231 odst. 1 druhá věta o. s. ř.), popřípadě soudu (§ 268 odst. 1 písm. h) o. s. ř.). Vyjadřuje *ex ante* platící zákaz učinění úkonu, případně jeho určité modifikace.⁴⁸ Procesní právo nezná kategorie neplatnosti, nicotnosti ani nevymahatelnosti, typické pro hmotněprávní řád. O neplatnosti hovoří pouze v souvislosti se smírem. Nicméně jen proto, že smír, ač procesním úkonem účastníků, je v první řadě jejich právním jednáním. Právě proto soud zkoumá jeho soulad s právními předpisy, kterými je myšlen hmotněprávní řád (§ 99 odst. 2 první věta o. s. ř.). A proto je možno smír napadnout žalobou na neplatnost - pro jeho rozpor s hmotným právem (§ 99 odst. 3 druhá věta o. s. ř.). Nepřípustnost můžeme na první pohled vnímat jako nadřazený pojem ve vztahu k nezákonnosti, poněavdž důkaz může být nepřipustný i z jiného důvodu, než porušení zákona. Výraz nepřipustnost je ovšem právní pojem, který označuje právní zákaz a jako takový evokuje rozpor s právními pravidly. V tom případě se však tento pojem příliš nehodí k označení čtvrté formy nezákonnosti důkazu. Tyto důkazní prostředky jsou totiž plně přípustné, pouze jsou provedeny nebo zajištěny zákonu odporujícím způsobem. Kromě nepřipustnosti *de lege lata* možno hovořit i o neúčinnosti (§ § 47 odst. 3, 50d, 268 odst. 1 písm. d) o. s. ř.). Tento atribut znamená, že dané jednání nevyvolává kýžený právní účinek, následek. Zatímco nepřipustnost evokuje *ex ante* platný zákaz, neúčinnost je spíše vlastnost přiřazená úkonu *ex post*, po jeho učinění.

Nepřípustnost je úsudek, o němž není jisté, ve které procesní fázi vzniká. Důkaz, který je nepřipustný na začátku řízení, se může stát přípustným později (např. zaplacením zálohy na jeho

⁴⁷ Ten může být koneckonců i jen ústní.

⁴⁸ K úkonu doplněnému o podmínku nebo doložení času se nepřihlíží nikoli proto, že je nepřipustný sám o sobě, nýbrž proto, že nepřipustné jsou právě zmíněné dva vedlejší projevy vůle (§ 41a odst. 2 o. s. ř.).

náklad či souhlasem dotčeného účastníka řízení s jeho provedením). Neúčinnost je úsudek rodící se na konci řízení, jelikož teprve tehdy soud utváří svůj skutkový závěr a lze tudíž říci, zda jej ten který důkaz ovlivnil. Pojem přípustnosti vystihuje spíše aspekt zákonnosti, kdežto termín účinnosti relevanci důkazu pro výsledek soudního řízení. Proto ani pojem neúčinného důkazu nepokládám za vhodný. Výstižnější, než nezákonný, je výraz protiprávní důkaz, protože nemusí jít jen o porušení zákona v užším smyslu, nýbrž jakéhokoli právního předpisu. Zákon však můžeme vykládat v širokém smyslu jako kterýkoli obecně závazný právní předpis. A vzhledem k ustálenosti obratu *nezákonný důkaz* v judikatuře, evokujícího navíc ústavní pravidlo, že soud je vázán zákonem, jej pokládám za nejpřílehavější.

2.3. Funkce důkazu a budování skutkového stavu

Na explikaci významu základních pojmů navažme zajímavějším tématem - jejich funkcí. Kdyby byl každý před soudem aktivní a mluvil jen úplnou pravdu, důkazy by byly zbytečné.⁴⁹ Naneštěstí tomu často bývá právě naopak. Pročež ten, kdo chce soudně prosadit své právo, může uspět zásadně jen pomocí důkazů. Ty jsou potřebné právě kvůli rozporům mezi tvrzením a skutečností. A v tomto smyslu tvoří hlavní legitimizaci soudního rozhodnutí.⁵⁰ V disertaci se zaobíráme otázkou, jestli může být legitimní i to, co není legální. Přesněji řečeno, zda nezákonný důkaz tuto legitimizaci nepřerušuje. Nejprve však přikročíme k otázce, jakou má důkaz funkci. Řešení této otázky není tak křišťálově jasné, jakým se může zdát. A nelze bez něj doktrinárně uchopit otázku nezákonnosti důkazu.

Často se hovoří o tom, že soud odhaluje pravdu. Weichbrodt ovšem správně kontruje, že nelze odhalovat pravdu, pouze skutečnost. Skutečnost není pravdivá ani nepravdivá - prostě *je*. Skutečnost je tedy stav, který je v soudním řízení do jisté míry poznáván. Pravda je spíše vlastnost, náležející do oblasti hodnot.⁵¹ V realistickém smyslu je pravda synonymem situace, kdy se poznání, např. v podobě skutkového zjištění soudu, shoduje se skutečností - je pravdivé. Pravda je tedy jakýmsi stavem poznání skutečnosti.⁵² Četnost používání tohoto slova v soudním řízení je projevem základní úlohy soudu – vynášet rozhodnutí založená na pokud možno pravdivých výrocích – a z ní vyplývajícího stálého důrazu na pravdivé poznání. To je nakonec patrné i z názvu

⁴⁹ tamtéž s. 148.

⁵⁰ tamtéž, s. 14 – 15.

⁵¹ WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 14 – 15.

⁵² Filozofická definice pravdy je velmi nesnadná a lze ji uchopit mnoha způsoby. Zde traktovaný význam shody mezi úsudkem a skutečností je ovlivněn filozofickým realismem či dokonce pragmatismem a můžeme jej vnímat jako projev korespondenční teorie pravdy. S tímto pojetím pravdy zde vystačíme. Problematicnost možnosti pravdivého poznání však lze demonstrovat na tzv. Gettierově problému. Viz ICHIKAWA, Jonathan Jenkins, STEUP, Matthias. *The Analysis of Knowledge*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (*Summer 2018 Edition*), Edward N. Zalta (ed.) [online]. palto.stanford.edu, 7. 3. 2017, [cit. 28. 3. 2021]. Dostupné na <<https://plato.stanford.edu/entries/knowledge-analysis/#GettProb>>.

instituce, poněvadž *soud* je synonymem pro *úsudek*. Velice důležitý je Weichbrodtův poznatek, že v soudním řízení neprobíhá plná rekonstrukce v minulosti proběhlého skutkového děje. Jde pouze o selektivní zkoumání určité jeho výseče v podobě skutečností právně významných, a to ještě jen s určitou měrou pravděpodobnosti obsažené ve skutkovém závěru, který je základem rozsudku.⁵³ Tento základ se přitom obecně vytyčuje teprve v okamžiku aplikace právní normy, jejíž skutkové znaky soud a účastníci řízení hledají v prováděných důkazech.

Díky zmíněné selektivitě a omezenosti je výstižnější hovořit o *budování* či *konstrukci*, než o *re - konstrukci* skutkového stavu. Nepřesnost termínu *rekonstrukce* má ovšem ještě jiný důvod. Je samozřejmé, že kognitivní aktivita soudu se zaměřuje pouze na právně relevantní skutečnosti a že je provázena nejistotou pramenící z toho, že skutkový děj se již odehrál v jiném čase a místě.⁵⁴ Zúžíme-li svůj pohled na právně rozhodné skutečnosti a akceptujeme-li onu nejistotu, můžeme přece teoreticky pořád hovořit o rekonstrukci skutkového stavu. Nevhodnost výrazu je nicméně také důsledkem faktu, že dokazování obvykle nemá podobu fyzické simulace proběhlého děje ve stejných podmínkách, nýbrž postupného, do mnoha kroků rozděleného zkoumání různých pramenů informací o skutkovém ději. Ani český zákonodárce bezpochyby neměl ambici položit základ takové simulaci. Skutkový závěr soudu si nepředstavujeme jako snímek minulého děje, nýbrž spíše jako teprve v soudním procesu vystavěnou mozaiku ve smyslu Weichbrodtova časového určení tvorby skutkového základu. Ten je přitom výsledkem práce všech zúčastněných, nikoli jen soudu.⁵⁵ Za klíčový zde pokládám aspekt spolupráce, aktivní interakce mezi soudem a účastníky, od jejíž kvality se do značné míry odvíjí kvalita skutkového závěru a tedy v jistém ohledu i soudního řízení jako takového.⁵⁶

Důkaz spojuje skutek s právem; z tvrzení dělá pravdivý či nepravdivý výrok, z obžalovaného pachatele.⁵⁷ Podle Weichbrodta může mít 3 základní funkce:

1. umožnit poznání skutečnosti,
2. přesvědčit soud o pravdivosti skutkového tvrzení,
3. odkrýt skutečnosti, na nichž soud musí založit rozsudek.

⁵³ T. ř. to vyjadřuje tak, že orgán činný v trestním řízení zjišťuje skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro jeho rozhodnutí. Viz § 2 odst. 5 první věta ve spojení s § 89 odst. 1 či s § 169 odst. 1 t. ř.

⁵⁴ Snad jedině rekonstrukce ve smyslu § 104d t. ř. si do jisté míry zaslouží svůj název, protože spočívá v nejvěrnějším možném obnovení situace a okolností, za nichž byl trestný čin spáchán.

⁵⁵ WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 41.

⁵⁶ § 6 první věta o. s. ř. zmíněný element výmluvně demonstruje tím, že spolehlivost zjištění (pouze těch) sporných skutečností *de facto* závisí též na míře spolupráce ze strany účastníka. V německé procesualistice byl požadavek spolupráce povýšen dokonce na jakousi právní zásadu, nazývanou *Kooperationsgrundsatz* či *Beibringungsgrundsatz*.

⁵⁷ tamtéž, s. 38.

Weichbrodt výstižně uvádí, že zákaz použití určitého důkazu znamená narušení legitimizace mezi důkazem a rozsudkem. V tom případě se ale řízení, v němž se takový zákaz uplatňuje, nemůže orientovat na „materiální pravdu“ jako nejvyšší hodnotu ve smyslu prvního představeného pojetí důkazu, protože zakázaný důkaz nelze použít k vytvoření skutkového základu. Musí se koncentrovat na pravdu, kterou Weichbrodt trefně nazývá *forenzní*.⁵⁸ Chápeme-li důkaz jako nástroj vytváření *forenzní pravdy*, formující se až v řízení samotném, ztrácí zákaz použití důkazu negativní konotace překážky „odhalení pravdy.“ Naopak jej můžeme vnímat jako stavební kámen budování skutkového stavu.⁵⁹ Navíc můžeme říci, že tu není zakázáno dokázat určitou skutečnost vůbec; zakázáno je učinit tak nelegálními prostředky. Zákaz použití tedy důkaz neznemožňuje, nýbrž usměrňuje a konkretizuje⁶⁰ a je třeba jej chápat ve třetím výše uvedeném smyslu. V této souvislosti by bylo přesnější hovořit o nezákonném důkazním prostředku. Toto pojetí funkce důkazu je přesvědčivé.

Můžeme je prezentovat i na hojně užívaném pojmu *předmět dokazování*. Jako předmět dokazování obvykle chápeme to, co má být dokázáno. Jak se ovšem to, co má být dokázáno, určuje a kdo tak činí? Jde o předmět dokazování z pohledu účastníka soudního řízení, soudu, nebo zákonodárce? Pokud by byl rozhodující úhel pohledu účastníka, měl by důkaz nepochybně druhou ze jmenovaných funkcí. To je však utilitaristická koncepce, hodnotově indiferentní a teoreticky naprosto nezajímavá. Je evidentní, že dokazovat je třeba skutečnosti obsažené v hypotéze rozhodné právní normy. Tu nakonec určuje soud z pozice autority na základě zákona, od nějž se autorita soudu odvíjí, s konečnou platností až na konci procesu dokazování. Účastníci do řízení vnášejí samozřejmě i své vlastní představy, co a čím má být prokázáno. Dokazování má tudíž podobu soudem řízené debaty, jež se neustále pohybuje mezi třemi body: tvrzením, důkazem a právní normou zakotvující právně relevantní skutečnosti. V civilním procesu se všechny tři mohou postupně měnit buďto z iniciativy soudu, nebo účastníků řízení. Tomuto *konstruktivnímu pojetí* procesu dokazování nejvíce odpovídá třetí výše nabídnutá funkce důkazu. Z ní dále vycházejme.

2.4. Námitky proti právní relevanci otázky zákonnosti důkazu

Na základě předchozí analýzy můžeme již nyní vyvrátit nejčastější námitky, zpochybňující tezi o nutnosti vypořádat se s problémem nezákonného důkazu v občanském soudním řízení jeho nepoužitím.

⁵⁸ tamtéž, s. 41.

⁵⁹ Srov. k tomu podobně MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 129.

⁶⁰ tamtéž, s. 40, s. 203 – 204. Viz též REICHENBACH: *Grundlage von Beweisverboten...*, s. 127-128.

2.4.1. Námitka úplného objasnění skutkového stavu

Proti neprovedení nezákonného důkazu bývá namítáno, že brání objasnění skutkového stavu. Zopakujme výše obhájený závěr, že cílem dokazování není úplná rekonstrukce materiální pravdy za každou cenu.⁶¹ Problém demonstrujeme na povinnosti pravdivosti (a úplnosti). Tu bychom mohli vnímat jako důvod použitelnosti nezákonných důkazů, neboť jejich nepoužitelnost může bránit osvětlení skutečnosti. Podle tohoto názoru, stejně jako je účastník povinen k pravdivým a úplným skutkovým tvrzením, měl by strpět jakýkoli důkaz, který osvětluje skutkový stav. V tuto chvíli pominěme výše osvětlený názor, který s povinností pravdivosti pracuje jako s derivátem objektivní dobré víry a na tomto základě pro použitelnost nezákonných důkazů uvažuje s pravidlem právě opačným.⁶² Ani povinnost pravdivosti totiž není bezmezná. Kromě požadavku ochrany před trestním stíháním a difamací ji limituje i z principu rovnosti účastníků podle § 18 odst. 1 první a třetí věty o. s. ř. plynoucí pravidlo *nemo tenetur edere contra se*, tj. že účastník není povinen plnit při budování skutkového stavu úkol svého odpůrce a dávat mu do rukou zbraně proti sobě.⁶³ Dále je samozřejmé, že nezákonný důkaz nemusí být pravdivý či věrohodný, což se nicméně vyjasní teprve po jeho provedení. A také to, že lidé před soudem běžně lžou.

Je třeba zdůraznit, že povinnost pravdivosti neslouží v první řadě k pravdivému pojmenování skutečnosti. Je prostě jen přirozenou procesní reflexí všeobecné povinnosti poctivosti, která v procesu slouží k řádnému (poctivému) vedení sporu. Je hlavně mravním apelem na účastníky řízení. Budeme-li jí takto rozumět, začne se v jistém ohledu jevit naopak jako důvod nepoužití nezákonného důkazu.

2.4.2. Námitka rychlosti a hospodárnosti řízení aneb dokazování o důkazech?

Další námitka poukazuje na fakt, že zkoumání zákonnosti důkazu odporuje zásadě hospodárnosti a rychlosti soudního řízení. Skutečně nelze vyloučit, že soud bude muset provést dokazování, aby objasnil okolnosti pořízení důkazu a tím i jeho zákonnost. Tedy jakési dokazování o důkazech. To nicméně právní řád nezakazuje a ani to neznamena neúčelé zacyklení dokazování. Vždyť jeho předmětem mohou být i jen procesněprávně relevantní skutečnosti, jejichž vyjasnění je nutné pro vedení řízení nebo přímo pro navazující objasnění skutečností rozhodných podle

⁶¹ Viz 2.3. Srov. k tomu FINK: *Die Verwertbarkeit...*, s. 141 – 142.

⁶² Viz 1.4.2.

⁶³ Srov. WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 287.

hmotného práva.⁶⁴ Weichbrodt poukazuje např. na spor o právo odepřít svědectví,⁶⁵ Fink na projednávání změny žaloby,⁶⁶ Zeiss na přípustnost zpětvzetí či změny žaloby.⁶⁷

Důkazní návrh je pro účastníka ostatně prostředkem k ochraně jeho práv, jehož použití by mělo být obecně podmíněno poctivostí jeho získání. Argument rychlostí a efektivitou řízení je velmi krátkozraký. Nejenže rychlost není automaticky důležitější než spravedlivost - naopak nemůže ospravedlnit porušení zákonem zaručených práv,⁶⁸ ale použití zakázaného důkazu vytváří bezprávní a tím i možnost dalšího právního sporu, k němuž by při důsledném vyřešení otázky zákonnosti důkazu v původním řízení vůbec nemuselo dojít. Přehlížení této otázky tudíž může rychlosti a efektivitě soudního nalézání spravedlnosti v konečném důsledku uškodit. Smyslem požadavku rychlosti řízení je navíc v pozitivním smyslu efektivita soudní ochrany práv, v negativním smyslu úzce související prevence průtahů, obstrukcí a nedbalého způsobu vedení procesu.⁶⁹ Aplikaci zákona v duchu požadavku zákonnosti však sotva můžeme chápat jako procesní nedbalost či průtah.

2.5. Zákonnost důkazu jako právně relevantní moment civilního soudního řízení

Nyní začneme zkoumaný problém vřazovat do právního řádu. Práce s důkazem v podobě hodnocení jeho zákonnosti a vyvození důsledků z jeho případné nezákonnosti je bezesporu součástí dokazování. Dokazováním je výhradně procesní postup soudu, na němž obvykle v té či oné míře participují účastníci soudního řízení. Naopak jím zde není myšlen soukromý způsob narovnání sporů, jelikož ten právní řád vesměs nereguluje. Každé dokazování sestává v první řadě z fáze provádění a hodnocení.

Provádění je vlastním jádrem dokazování v tom smyslu, že spočívá ve veřejné prezentaci důkazního prostředku. Hodnocení důkazu je analýzou informací a jejich nosiče. Důkaz, který by se do okamžiku svého provedení v soudním řízení mohl ztratit, znehodnotit či zaniknout, lze takzvaně zajistit.⁷⁰ Zajištění znamená buďto pouhé fyzické zabezpečení důkazního prostředku proti ztrátě a poškození⁷¹ nebo předběžné provedení důkazu za účelem uchování v něm obsažené

⁶⁴ tamtéž, s. 24 – 27.

⁶⁵ tamtéž, s. 151.

⁶⁶ FINK: *Die Verwertbarkeit...*, s. 152.

⁶⁷ ZEISS: *Die Verwertung...*, s. 384.

⁶⁸ Srov. MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 94.

⁶⁹ Srov. REICHENBACH: *§ 1004 BGB als Grundlage...*, s. 126 – 127, a KODEK: *Rechtswidrig erlangte Beweismittel...*, s. 102.

⁷⁰ V trestním řízení bychom zajištění důkazu nazvali provedením neodkladného či neopakovatelného úkonu (§ 160 odst. 4 první a druhá věta t. ř.).

⁷¹ Tak je to v případě zajištění předmětu důkazního prostředku ve věcech týkajících se práv z duševního vlastnictví podle § 78b - § 78g (ve spojení s § 102 odst. 4) o. s. ř.

skutkové informace pro pozdější fázi řízení.⁷² Opatřuje-li důkaz soud, je právě opatření první fázi dokazování. Přihlásí-li se podezřívá manželka do mailové schránky svého muže a objeví-li v ní zprávu od jeho milenky, vyvstává otázka zákonnosti už ve fázi získání mailové zprávy jako důkazního prostředku. V civilním soudním řízení ovšem tato otázka nabývá největšího významu ve fázi hodnocení důkazů, neboť pojmenujeme-li důkaz jako nezákonný, evidentně jej určitým způsobem hodnotíme. Právě před soudem se práce s nezákonným důkazem završuje, následována vyhlášením rozhodnutí. Může tedy otázka (ne)zákonnosti důkazu tvořit součást důkazního práva v objektivním smyslu?

2.6. Procesní, anebo hmotněprávní problém?

Otázkou zákonnosti důkazu se v podstatě ptáme, existuje-li právní důvod znemožňující využití důkazního prostředku pro závěr o skutkovém stavu jako skutkový základ rozsudku. Avšak patří ona otázka do oblasti procesního, nebo spíše hmotného práva? Dokazování je čistě procesním jevem a otázka zákonnosti důkazu jeho součástí přinejmenším v tom smyslu, že kardinální problém procesní použitelnosti nezákonného důkazu je otázkou procesněprávního následku nezákonnosti. Tedy toho, zda a jak nezákonnost důkazu ovlivňuje soudní proces.

Nejužší možnou souvislost se hmotným právem vykazuje případ materiálně protiprávního opatření důkazu. I zde však otázka zůstává stejná; zda a jak se má ona hmotněprávní protiprávnost *projevit v soudním řízení*. Či přesněji; jaký vliv má mít materiální protiprávnost na procesní přípustnost. V oblasti procesního práva se totiž pohybujeme v kategoriích přípustnosti (§ 41a odst. 2 a 3), případně účinnosti (§ 28 odst. 2, § 41 odst. 3, § 96 odst. 3 první věta, odst. 5). Nepřípustnost důkazu je tudíž procesněprávní sankcí, což je vhodné i proto, že procesní pravidla tím pádem neobsahují žádnou pobídku k protiprávnímu opatrování důkazů.⁷³ Tak jako jsou pravidla subjektivního i objektivního důkazního břemene procesního rázu, třebaže o konkrétní dělbě subjektivního důkazního břemene mezi účastníky řízení podle teorie analýzy norem obvykle rozhoduje právo hmotné, i pravidla práce s nezákonným důkazem představují především procesněprávní problém, konkrétně problém objektivního důkazního práva.⁷⁴ Problém materiálně nezákonného obstarání důkazu je téměř výlučně hmotněprávní pouze na první pohled. Sám o sobě totiž v souvislosti s námi analyzovanou problematikou nedává smysl; konečnou je přece vždy otázka použitelnosti důkazu pro skutkový závěr. Navíc v případě, kdy byl důkaz získán za účelem pozdějšího využití před soudem, má daná životní situace jistou procesní konotaci od prvopočátku, přestože je soudní proces v onom okamžiku v nedohlednu. Odpovědi tedy hledejme v procesním právu.

⁷² zajištění důkazu podle § 78 (ve spojení s § 102 odst. 2) o. s. ř. či zmíněný neodkladný a neopakovatelný úkon podle t. ř.

⁷³ K tomu viz i MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 105.

⁷⁴ Shodně tamtéž, s. 245.

2.7. Zákonnost jako jeden ze zorných úhlů hodnocení důkazu

2.7.1. Obecně

Aspekt zákonnosti musíme odlišit od ostatních procesněprávně relevantních vlastností důkazu. Lavický⁷⁵ a Macur⁷⁶ chápou hodnocení důkazů primárně jako způsob ověřování pravdivosti skutkových tvrzení. Tedy v prvé řadě jako hodnocení věrohodnosti důkazů. V tomto užším smyslu o něm hovoří také ustanovení § 132n o. s. ř. S tím nelze nesouhlasit, protože jak správně zdůrazňuje Winterová,⁷⁷ volně ve smyslu § 132 o. s. ř. je možné hodnotit pouze *věrohodnost* důkazu a v konečném důsledku tak zodpovědět otázku, zda tvrzená skutečnost z důkazu opravdu plyne. Přesto se procesualisté přirozeně shodují na tom, že soud musí posoudit též *závažnost* a *zákonnost* důkazu.⁷⁸ Nemůže tak ovšem učinit „volně“, poněvadž tyto dvě kvality jsou právními atributy. Soud posuzující zákonnost a závažnost důkazu nepoznává skutkový stav jako při úvaze o věrohodnosti, nýbrž aplikuje právní pravidla. Soud tak důkazy analyzuje vždy ze tří základních úhlů pohledu:

1. Zda jsou věrohodné,
2. zda jsou závažné,
3. zda jsou zákonné.

2.7.2. Věrohodnost a pravdivost

Věrohodný je důkazní prostředek hodný důvěry; můžeme se spolehnout na to, že zpráva o skutečnosti, kterou nám podává, je pravdivá. Že tedy věrně zachycuje něco, co se doopravdy stalo. Má vypovídací potenciál vzhledem ke zkoumanému skutkovému stavu. Tento potenciál v konkrétním případě závisí na tom, nakolik zmíněná zpráva o skutečnosti odpovídá hlavně pravidlům logiky, přírodním zákonům a životní zkušenosti. Můžeme se setkat i s obratem *pravdivý důkaz*. Pravdivý je důkaz podávající zprávu, jež plně odpovídá realitě. V obou případech hodnotíme soulad podané zprávy se skutečností. Avšak zatímco věrohodnost je úsudek pravděpodobnostní,

⁷⁵ LAVICKÝ, Petr. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha: Leges, 2017, s. 22.

⁷⁶ MACUR, Josef. *Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1996, s. 105. MACUR: *Postmodernismus...*, s. 95 – 102.

⁷⁷ viz WINTEROVÁ, Alena, a kol. *Civilní právo procesní. 5. aktualizované vydání doplněné o předpisy evropského práva*. Praha: Linde Praha, a. s., 2008, s. 272 – 273.

⁷⁸ Tamtéž. Dále viz např. STAVINHOVÁ, Jaruška, HLAVSA, Petr. *Civilní proces a organizace soudnictví*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 384. SVOBODA: *Civilní proces...*, s. 33. ŠTAJGR: *Občanské právo ...*, s. 201. KINDL, Milan, ŠÍMA, Alexander, DAVID, Ondřej. *Občanské právo procesní*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 218.

pravdivost není úsudek, nýbrž konstatování jistoty.⁷⁹ Z věrohodného důkazu plynou výroky *pravdě podobné*, protože nevíme jistě, zda jsou pravdivé. Z pravdivého důkazu vyplývají fakta.⁸⁰ Tento rozdíl mezi oběma atributy nevyklučuje možnost částečné věrohodnosti, resp. částečné pravdivosti důkazu. Plně pravdivé je např. potvrzení o platbě, která proběhla právě za podmínek tam uvedených. Plně věrohodné je to, co podle všech pravidel správného uvažování s ohledem na ostatní důkazy vyplývá. Částečně pravdivým pak můžeme nazvat potvrzení zachycující fakta i smyšlenky; A skutečně zaplatil B na místě C částku D za účelem splnění dluhu E. Stalo se tak ovšem v den F, nikoli G. Pokaždé nás tudíž zajímá korelace mezi informacemi plynoucími z důkazu a dokazovanou skutečností. Pravdivost ani věrohodnost naopak nezahrnují otázku důvodu a širších souvislostí vzniku životní situace, kterou důkaz zachycuje.

Příklad 4: *Istivá manželka vyprovokuje svého vznětlivého a jadrného, leč brachiálně neškodného muže zákeřným útokem na jeho příslovečné citlivé místo, aby teprve jeho následnou slovní či fyzickou reakci tajně zaznamenala na kameru a získala tím důkaz o domácím násilí. Nebo totéž provede matka, která svou dceru předává jejímu otci na víkend, aby soudu dokázala mužovu agresivitu a bezohlednost ke dítěti a domohla se zákeřně styku mezi otcem a dcerou.*

Takové důkazy zachycují uměle navozenou životní situaci, takže obsahují určité zkreslení. Ovšem jen v tom smyslu, že ten, kdo důkaz vytvořil, situaci vyvolal ze zjištěných důvodů a posléze jej předložil jako běžný obraz vzájemných vztahů. Nemůžeme ovšem říci, že se daný děj neodehrál. Proto i takový důkaz je pravdivý. Narozdíl od důkazů podávajících nepravdivou informaci.

Příklad 5: *pomstychtivý vlastník pozemku chtěl ukázat, že mu jeho soused na zadržku tajně vynáší stavební suť a s tímto záměrem požádal svého přítele, aby se za souseda vydával, že jej zdálky natočí, kterék nenápadně přebazuje cihly přes plot.*

V tomto případě jde o zinscenovanou událost, neboť člověk v dále byl nastrčený figurant, nikoli žalovaný soused. Pravdivost i věrohodnost jsou tudíž vlastnosti důkazu spočívající v jeho shodě s dokazovanou skutečností. Je-li tato shoda jistá, skutečná, hovoříme o pravdivosti. Je-li pravděpodobná po provedení analýzy důkazu za pomoci pravidel logiky, přírodních zákonů a životní zkušenosti, máme spíše namysli věrohodnost. Pravdivost je tedy odpovědí na otázku, jaká je skutečnost. Věrohodnost je naopak relativní vlastnost, úsudek, podle něž se děj odehrál určitým způsobem. Zatímco pravdivost předpokládá znalost skutečnosti, věrohodnost počítá s neznalostí či přinejmenším nejistotou. Rozdíl mezi pravdivým poznáním a úsudkem způsobuje, že věrohodný důkaz nemusí být pravdivý a naopak.

⁷⁹ Navzdory morálnímu relativismu a subjektivismu typickým pro dnešní dobu pravda vždy existuje, pouze nemusí být pokaždé poznatelná. V této souvislosti naprosto odmítám hloupou frázi, že „každý má svou pravdu,“ protože pravda je něco jiného než mínění, názor.

⁸⁰ Dané skutečnosti tudíž nejsou pravděpodobné, nýbrž jisté.

2.7.3. Závažnost

Na závažnost důkazu můžeme pohlížet dvěma způsoby. Buďto jako na důležitost pro skutkový závěr soudu a tím pádem pro výsledek soudního řízení, nebo jako na souvislost s předmětem řízení. V prvním významu je nezávažným (irelevantním) důkaz, který nemá žádný vliv na skutkový závěr soudu. Ve druhém významu jde o důkaz zachycující skutečnost právně irrelevantní pro výsledek řízení.

Prvním způsobem definoval závažnost NS v rozsudcích ze dne 24. 1. 2007, sp. zn. 33 Odo 579/2005, a ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 33 Cdo 739/2008. V tom prvním uvedl: „*Při hodnocení důkazů z hlediska jejich závažnosti (důležitosti) soud určuje, jaký význam mají jednotlivé důkazy pro jeho rozhodnutí a zda o ně může opřít svá skutková zjištění (zda jsou použitelné pro zjištění skutkového stavu a v jakém rozsahu, popřípadě v jakém směru).*“ Toto povšechné pojetí závažnosti je chybné. Zaprvé proto, že takto chápaná závažnost nemá vzhledem k zákonnosti a věrohodnosti samostatný význam. Ten který důkaz může být nepoužitelný pro konstrukci skutkového stavu přece i kvůli své nezákonnosti či nevěrohodnosti.

To se projevilo např. v rozsudku NS ze dne 21. 10. 1998, sp. zn. 21 Cdo 1009/98, Č. 39/1999 Sb. rozh. civ., v němž soud prohlásil, že *„u protiprávně získaného důkazu při jeho hodnocení je třeba o takovém důkazu prohlásit, že postrádá schopnost potvrdit i vyvrátit příslušné skutkové tvrzení, a soud uzavírá, že by tudíž nemělo význam provádět důkazy označené účastníky, o nichž by bylo předem známo, že k nim nebude možné při hodnocení všech důkazů podle ustanovení § 132 OSŘ přiblídnout“*. Vidíme, že soud de facto ztotožnil nezákonnost důkazu s jeho závažností, neboť nezákonný důkaz nemá potenciál objasnit skutkový stav, pročez je nezávažný. Je naprosto samozřejmé, že se u každého důkazu musíme ptát, zda a nakolik je upotřebitelný pro budování skutkového stavu; zda a do jaké míry opravdu může být prostředkem k dokázání té či oné skutečnosti. Tři základní aspekty hodnocení důkazů jsou pak jen základními podotázkami této obecné otázky.

Závažnost v prvním naznačeném smyslu je ovšem natolik široká, že zahrnuje všechny výše rozvedené aspekty. A dokonce je přesahuje. Předloží-li totiž žalobce jako důkaz o zápůjčce listinu nečitelnou či poškozenou natolik, že z ní nelze vůbec nic vyčíst, nebo nechá-li předvolat svědka opilého natolik, že mu nelze rozumět ani slovo, jsou to důkazy dočista nepoužitelné. Nejsou však nezákonné, nezávažné ani nevěrohodné; jen nepodávají vůbec žádnou zprávu, kterou bychom mohli hodnotit; jsou trvale či dočasně nezpůsobilé.

Jak vidno, irelevance důkazu pro skutková zjištění soudu může mít více důvodů, než tři základní. Takto velkorysé pojetí závažnosti je pro svou bezbřehost teoreticky bezcenné, jelikož pouze opakuje samozřejmou tezi, že funkcí důkazu je dokázání určité skutečnosti. A co více, takto uchopená závažnost vůbec není abstraktním pojmem, protože míru, jíž ten který důkaz ovlivnil

skutková zjištění soudu, lze určit pouze a jedině na samém konci konkrétního soudního řízení.⁸¹ Teprve tehdy je jasné, nakolik relevantní ten který důkaz pro skutkový závěr byl. Právě proto nemá do té chvíle pojem závažnosti žádný praktický význam. Nehledě k tomu, že určitý důkaz může být nakonec nepodstatný pro výsledek sporu jen proto, že jej soud provedl až ve chvíli, kdy již byla daná skutečnost prokázána, přestože se týkal rozhodných skutečností, byl zákonný a naprosto věrohodný. V dané fázi přitom mohl přijít na řadu jen díky náhodnému faktu, že si na něj účastník vzpomněl až na sklonku řízení a soudce buďto nepostřehl, že ho již není třeba nebo jej provedl s myšlenkou, že rozsudek podepřený více důkazy bude přesvědčivější. Je proto zjevné, že závažnost v širším smyslu vůbec nemůže sloužit jako obecný teoretický pojem a nemá žádný zvláštní praktický dopad. Závažný je takový důkaz, který zachycuje právně relevantní skutečnost, tedy skutečnost v jednotlivém řízení právně významnou.

2.7.4. Srovnání se zákonností důkazu

Otázky, zda je ta která skutečnost v konkrétním řízení právně relevantní a zda účastník důkaz získal či zda jej soud provedl v souladu s právním řádem, jsou narozdíl od problému věrohodnosti otázkami právními. Můžeme říci, že hodnocení věrohodnosti důkazu je jakýmsi jádrem testu vlivu důkazu na skutkový závěr soudu. Teprve po kladné odpovědi na právní otázky, zda právní řád nebrání využití důkazu a zda z důkazu může vyplynout vůbec nějaká právně relevantní skutečnost, by totiž logicky měla přijít na řadu otázka, zda je důkazní prostředek skutečně také důkazem o tvrzené skutečnosti. Otázky závažnosti a zákonnosti by tak měly být v ideálním případě jakýmsi předběžnými otázkami k otázce věrohodnosti. Hodnocení věrohodnosti je vyvrcholením celé analýzy důkazních prostředků, protože právě při něm soud aplikuje zákony logiky, přírodní zákony a obecnou životní zkušenost, aby posoudil pravdivost skutkových tvrzení. Právě tato aktivita tudíž představuje skutečné budování skutkového stavu. Závažnost a pravdivost důkazů je naprotitomu částí právní kvalifikace. Přesněji řečeno, jde o právní kvalifikaci projednávaného skutkového děje,⁸² ale i procesu dokazování.⁸³ Nicméně i zkoumání závažnosti a zákonnosti důkazů je ve skutečnosti vždy krokem jejich hodnocení, poněvadž teprve po vyřešení všech tří otázek bude jisto, zda důkazní prostředek splní svou funkci.

⁸¹ Dané pojetí závažnosti zastávané NS je navíc příkladem určitého pochybení, kterého se tento soud čas od času dopouští. Na řešený případ nahlíží jako vrcholná instance *ex post*, *pod dojmem průběhu konkrétního řízení a jeho výsledku*, ačkoli zákony platí *ex ante*. Výsledkem bývá chybný výklad a použití zákona.

⁸² Aby bylo při hodnocení závažnosti důkazu možné určit, které skutečnosti jsou hmotněprávně relevantní a které nikoli.

⁸³ Aby soud při hodnocení zákonnosti určil, zda byl předložený důkaz opatřen či proveden způsobem souladným s právním řádem.

2.8. Nezákonost důkazu jako samostatný problém

2.8.1. Negativní vymezení nezákonného důkazu

V předchozí kapitole jsme vzájemně odlišili tři základní právně relevantní vlastnosti důkazu. Dále se již soustředíme pouze na nezákonný důkaz. Nejprve jej vymežeme negativně tím, čím není. Tento problém nelze oddělit od otázky, co je to důkaz a ve které fázi dokazování je porušen zákon. Teprve rozumíme-li pojmu důkaz a tomu, jakými fázemi práce s ním prochází, totiž můžeme rozlišovat možné podoby nezákonnosti a uvažovat o jejich právních následcích. Výše jsme rozvedli, že důkaz je třeba chápat *procesuálně*, protože dokazování je procesem uvnitř procesu soudního řízení, respektive jeho částí, sestávající z jednotlivých fází. Vždyť samotný termín *důkaz* implikuje úsudek jakožto určitou fázi daného procesu.⁸⁴ Dále je nutno důkaz vnímat *funkcionálně*, poněvadž důkaz i proces, jehož je součástí, a ostatně celý právní řád, jsou v prvé řadě nástroje. Mají určitou funkci.⁸⁵

Nezákonost důkazu vnímejme jako právní překážku, trvale nebo dočasně bránící využití konkrétního důkazního prostředku k sestavení skutkového závěru jakožto skutkového základu rozsudku. Právě tento přístup k problému nezákonnosti důkazu nastoluje, ba vyjadřuje otázku právních následků nezákonnosti důkazu v tom soudním řízení, ve kterém je důkazní prostředek poprvé použit.

Nebudou nás tedy zajímat důkazy primárně nevěrohodné či nepravdivé. Zde si můžeme představit několik variací. Například zfalšovaný důkaz o něčem, co se nestalo - lékařskou zprávou vystavenou někým, kdo není lékař, o nemoci, kterou dotyčný netrpí. Nebo zfalšovaný důkaz o něčem, co se stalo - potvrzení o platbě, která sice proběhla, avšak potvrzení bylo vytvořeno později a antedatováno, takže zde je také falešný podpis příjemce platby. Takové důkazy obsahují lež či rozpor se skutečností. Lež či rozpor mohou být i trestné (zejména trestné činy podle ustanovení § § 345 - 350 t. z.). To nicméně neznamená, že je předmětný důkaz procesně nepoužitelný.

Společenská škodlivost těchto deliktů spočívá převážně v narušení veřejného pořádku, nikoli soukromých subjektivních práv, jak je patrné z názvu Hlavy X zvláštní části t. z. – trestné činy proti pořádku ve věcech veřejných. To je rozdíl oproti trestným činům podle § § 182 - 183 t. z., jejichž společenská škodlivost záleží hlavně v porušení soukromých subjektivních práv poškozeného, jak vyplývá z názvu příslušné hlavy II zvláštní části – trestné činy proti svobodě a právům na ochranu osobnosti, soukromí a listovního tajemství. Což s ohledem na to, že občanské právo procesní chrání především soukromá subjektivní práva, automaticky vyvolává otázku použitelnosti takového důkazu. Hlavní rozdíl nicméně tkví v tom, že první výše uvedený druh

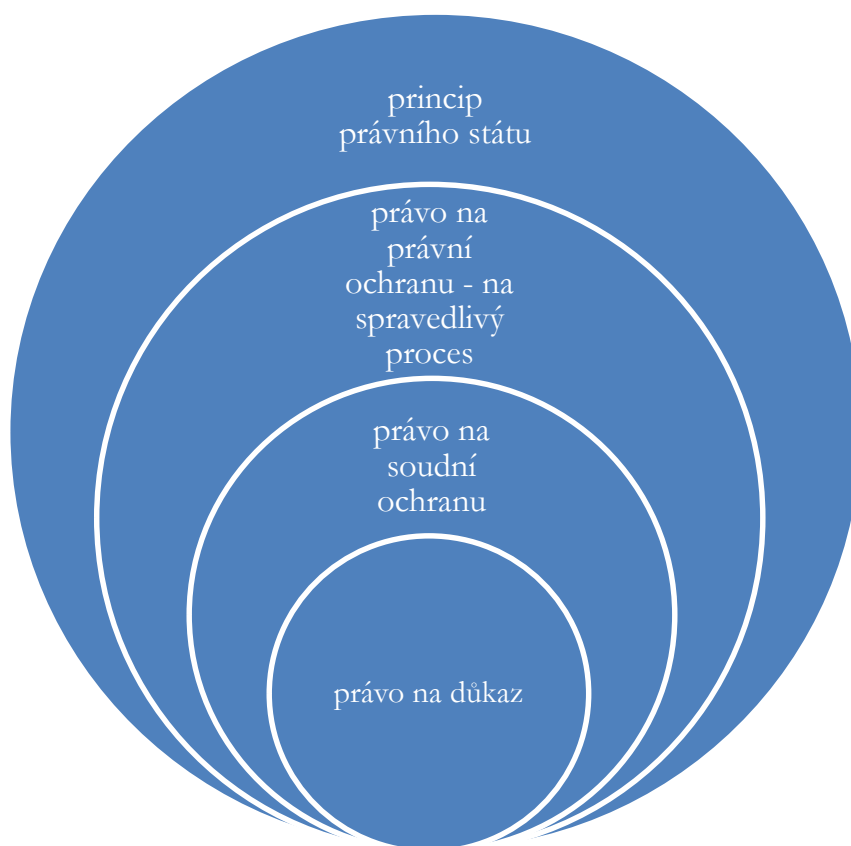
⁸⁴ Viz 2.2.

⁸⁵ Viz 2.3.

nezákonnosti lze odhalit jedině provedením důkazu a hodnocením jeho věrohodnosti. V civilním řízení, v němž účastník takový důkaz předloží, jde v této souvislosti ponejvíc o otázku jeho věrohodnosti ve smyslu výše nastíněném.⁸⁶

2.8.2. Nezákonný důkaz jako součást *legis lata*

Na problém nezákonného důkazu můžeme nazírat buďto z pohledu soudu, nebo účastníka řízení. Vždy nicméně půjde o tytéž hodnoty a subjektivní práva, neboť ty vyplývají z objektivního práva, které státu, zde vystupujícímu jako soud, přikazuje jejich ochranu. Důkaz je nástrojem právní ochrany. Bez ohledu na jeho zákonnost jej do právního řádu můžeme zakomponovat následovně.⁸⁷



Princip právního státu je zakotven v čl. 1 odst. 1 Ústavy. Jedním ze základních atributů právního státu je závazek chránit lidská práva a svobody (čl. 1 odst. 1, čl. 4 Ústavy). Ten bychom nemohli brát vážně, kdyby stát neměl mocenský aparát, kterým právní ochranu uskutečňuje. Tímto aparátem je v první řadě soudní soustava. Soudní ochrana je tak nejvýznamnějším, ač ne jediným, druhem právní ochrany (srov. název Hlavy páté LZPS: PRÁVO NA SOUDNÍ A JINOU PRÁVNÍ

⁸⁶ Viz 2.7.2.

⁸⁷ V níže zobrazeném diagramu vycházím především ze systematiky českého vnitrostátního právního řádu, tedy zejména LZPS.

OCHRANU - její čl. 36 odst. 1 či § 12 o. z.). Proto zákony na ústavní i podústavní úrovni kodifikují právo na soudní ochranu (čl. 4 Ústavy, čl. 36 – 40 LZPS, § 12 o. z., § 3 o. s. ř., čl. 47 alinea 1 LZPEU). To se z obecného hlediska může jevit jako zahrnující právo na přístup k soudu (tedy právo, vůbec se na soud obrátit; čl. 36 LZPS) a právo na spravedlivý proces (složené z jednotlivých práv, která vznikají až během zahájeného řízení). Musí totiž existovat reálná možnost jednak vyvolat soudní řízení, druhak být v onom řízení efektivně právně chráněn. Otázkou je, zda tvoří právo na přístup k soudu a právo na spravedlivý proces dvě samostatné, ač úzce související, množiny, anebo zda je právo přístupu k soudu komponentem spravedlivého procesu.

Obě práva lze vnímat jako odlišená okamžikem zahájení řízení; je-li proces zahájen, přístup k soudu byl již realizován. Není-li ostatně procesu, nemůže být spravedlivý ani nespravedlivý.⁸⁸ Budeme-li však jako regulaci práva přístupu k soudu chápat i podmínky, jejichž splnění se zkoumá až během procesu, měl by být přístup k soudu logicky zahrnut ve spravedlivém procesu. Úvaha o dodržení procesní lhůty k žalobě nebo vyměření a výběr soudního poplatku se odehrávají až během soudního řízení a zároveň se v nich projevuje zákonná regulace přístupu k soudu odpovídající pravidlu, že se osoba může svého práva domáhat jen stanoveným postupem (čl. 36 odst. 1 LZPS). To by znamenalo, že právo na přístup k soudu je částí práva na spravedlivý proces.⁸⁹ Je sice pravdou, že mnohá řízení nepodléhají propadným lhůtám ani soudním poplatkům, nicméně i v těchto případech zákon zakotvuje určité podmínky uplatnění práv. Například v ustanoveních o náležitostech podání či žaloby (§ § 42, 79 odst. 1 a 2 o. s. ř.). A rovněž splnění těchto podmínek se přece zkoumá až v řízení samotném.

Z toho je zřejmé, že spravedlivý proces je nadřazeným pojmem vůči právu na přístup k soudu. V jakém poměru je právo na spravedlivý proces k právu na soudní ochranu? Ta nemá kromě spravedlivého procesu žádnou jinou podmnožinu. Je nicméně spravedlivý proces vůbec podmnožinou?⁹⁰ Vždyť přinejmenším některé charakteristiky spravedlivého procesu musí naplňovat i jiné, než soudní, např. správní řízení. I v něm musí být zaručena práva zakotvená v čl. 37 LZPS. V tom případě ovšem právo na spravedlivý proces splývá prakticky vjedno s právem na právní ochranu jakožto nadřazenou kategorií ve vztahu k soudní ochraně. To lze vyjádřit větou, že právní ochrana ve smyslu Hlavy páté LZPS se uskutečňuje výhradně formou a prostřednictvím spravedlivého procesu. Zároveň to znamená, že právu na spravedlivý proces můžeme rozumět

⁸⁸ Viz MOLEK, Pavel. *Právo na spravedlivý proces*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 74.

⁸⁹ Shodně viz BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 519 – 522. Tak je tomu i podle čl. 6 odst. 1 EÚLP. Viz rozsudek pléna ESLP ze dne 23. 9. 1982, č. 7151/75 a 7152/75, ve věci *Sporrong a Lönnroth proti Švédsku*. Dále viz rozsudek ESLP ze dne 7. 7. 1989, č. 10873/84, ve věci *Tre Traktörer AB proti Švédsku*.

⁹⁰ Obě práva prakticky ztotožňuje např. Winterová. Viz WINTEROVÁ, Alena a kol. *Civilní právo procesní*. 3. vydání. Praha: Linde, 2004, s. 212.

úžeji a širěji. V užším smyslu jde o procesněprávní záruky ve formálně již zahájeném řízení. V širším významu o synonymum (institucionalizované) právní ochrany ve smyslu Hlavy páté LZPS.

Klíčovou částí soudního řízení je dokazování. Má-li být soudní ochrana práv a zájmů účinná, musí i proces dokazování nabídnout zúčastněným pádné prostředky k jejich prosazení či obraně. Účastník řízení má se zásadou ústnosti a veřejnosti související právo být slyšen, tedy prezentovat svůj případ a dosáhnout jeho kontradiktorního projednání. Jelikož tvrzení se skutečností a skutek s právem propojuje právě důkaz, musí mít účastník rovněž možnost tvrzený skutek dokázat - právo na důkaz. Reichenbach to přibližuje tak, že každé právo je založeno na skutkových znacích - životní situaci. Má-li být prosazeno, musí být možné tuto životní situaci před soudem použít, což se děje převážně dokazováním. Právo na důkaz tudíž nutně musí být součástí práva na soudní ochranu.⁹¹ Bez důkazů by interakce mezi soudcem a účastníky řízení většinou byla samoúčelným rétorickým cvičením bez jakéhokoli výsledku, hodného respektu.

Třebaže právo na důkaz není na ústavní úrovni explicitně zakotveno, je přirozenou součástí spravedlivého procesu, poněvadž důkaz je základním a dost možná nejpádnějším prostředkem obhajoby. EÚLP zmiňuje právo na důkaz v omezené podobě pro trestní proces v čl. 6 odst. 3 písm. d). Podle čl. 36 odst. 2 první věty LZPS má „každý právo, aby jeho věc byla projednána veřejně, bez zbytečných přítomností a v jeho přítomnosti a aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům.“ Soudní prosaditelnost účastnických práv by zůstala polovičatou, kdyby se účastnickova přítomnost u soudu musela omezit na pasivní přihlížení. Právo aktivního zapojení se hmatatelně projevuje právem komentovat prováděné důkazy. Vyjadřuje-li se účastník k důkazu, více či méně tím také většinou glosuje životní situaci, jež má být prokázána. Právo na důkaz je tudíž složkou práva na spravedlivý proces.⁹² O. s. ř. význam důkazu akcentuje důkazní povinností účastníka (§ 120 odst. 1 první věta). Právo na důkaz má stejně jako všechny výše znázorněné nadřazené hodnoty charakter právního principu, nikoli právní normy. Neplatí totiž jen za určitých skutkových okolností, nýbrž v každé situaci.

Právo na důkaz nicméně neznamená, že soud musí provést každý důkaz, který účastník navrhuje. Má naopak pravomoc některé důkazní návrhy z určitých důvodů zamítnout. Tuto pravomoc přirozeně musí uplatňovat v určitých mezích a určitým způsobem. Ten částečně popsal ÚS v judikatuře o opomenutých důkazech.⁹³ Opomenutí důkazu je porušení práva na spravedlivý

⁹¹ REICHENBACH: § 1004 BGB als Grundlage..., s. 4, 224. Dále viz KIETHE, Kurt. Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess. *Monatsschrift für Deutsches Recht*. 2005, č. 17, s. 967.

⁹² Stejný názor zastává např. význačný švýcarský procesualista Berti, který s odvoláním na švýcarskou judikaturu hovoří o „právu vedení důkazu“ v souvislosti s čl. 6 odst. 1 EÚLP. Viz BERTI: *Einführung...*, s. 123.

⁹³ Viz např. nálezy ÚS ze dne 10. 10. 2002, sp. zn. III. ÚS 173/02 (N 127/28 SbNU 95), ze dne 11. 11. 2003, sp. zn. II. ÚS 182/02 (N 130/31 SbNU 165), ze dne 29. 6. 2004, sp. zn. III. ÚS 569/03 (N 130/31 SbNU 165), ze dne 20. 7. 2005, sp. zn. I. ÚS 585/04 (N 143/38 SbNU 117), ze dne 8. 12. 2009, sp. zn. I. ÚS 118/09 (N 254/55 SbNU 455), usnesení ze dne 5. 1. 2012, sp. zn. II. ÚS 1183/11.

proces nastávající v okamžiku, když soud zcela ignoruje navržený důkaz, bez vysvětlení jej odmítne provést nebo důkaz sice provede, avšak nevyhodnotí. Jenže soud nesmí důkaz nejen neprávem opomenout, ale ani provést. O důkazních návrzích by měl nepochybně rozhodovat podle předem určených pravidel. Právním základem tohoto rozhodování je v civilním procesu § 120 odst. 1 druhá věta o. s. ř., podle níž „soud rozhoduje, které z navržených důkazů provede.“ Totéž pravidlo se objevuje v úpravě průběhu ústního jednání v § 118 odst. 2 a odpovídá mu právo účastníka vyjádřit se k důkaznímu návrhu či provedenímu důkazu podle čl. 38 odst. 2 první věty LZPS a § 123, resp. § 119a odst. 2 o. s. ř. Z § 120 odst. 1 druhé věty ovšem plyne pouze to, že soud nemusí provést každý navržený důkaz. Nikoli už to, za jakých okolností může důkazní návrh zamítnout. Právě judikatura ÚS stran opomenutých důkazů vyjmenovává některé důvody zamítnutí důkazního návrhu.⁹⁴

Povinnost odůvodnit, proč důkaz nebyl proveden, je koneckonců jedním z pravidel odůvodňování rozsudku (§ 157 odst. 2 část první věty před středníkem o. s. ř.). Že takové vysvětlení musí mít oporu v zákoně, je projevem principu legality (Čl. 95 odst. 1 Ústavy). Nejde však jen o legalitu a přezkoumatelnost. Jde hlavně o to, že aby rozsudek odpovídal reálné životní situaci a skutečným hmotněprávním poměrům, musí účastníci řízení dostat reálnou možnost k účinnému použití své tvrzené životní situace před soudem. Tato možnost má formu práva na důkaz. Z toho přirozeně plyne požadavek, že pokud soud důkazní návrh zamítá, měl by pro to mít konkrétní závažný důvod, který musí viditelně pojmenovat. Soud je tak při zamítnutí důkazního návrhu pod tlakem na odůvodnění tohoto svého rozhodnutí.⁹⁵ Podle výše zmíněné judikatury ÚS se může zamítnutí důkazního návrhu opírat o fakt, že:

1. Tvrzená skutečnost je v daném případě právně irelevantní.
2. Důkazní prostředek není způsobilý ji prokázat ani vyvrátit.
3. Příslušná skutečnost již byla prokázána či vyvrácena.

Tento výčet je pochopitelně neúplný. Česká legislativa explicitně nestanovuje důvody zamítnutí důkazního návrhu. Inspirovat se nicméně můžeme v § 244 odst. 3 StPO, podle nějž soud může zamítnout důkazní návrh, jestliže:

1. je provedení důkazu nepřípustné,
2. předmětná skutečnost je zjevná i bez důkazu,
3. již byla prokázána,
4. je právně irelevantní pro rozhodnutí,
5. je důkazní prostředek zcela nevhodný,

⁹⁴ Viz též REICHENBACH: § 1004 BGB als Grundlage..., s. 5 a 224.

⁹⁵ Viz též MACUR: Zásada pojednací..., s. 152 – 153. Dále WEICHBRODT: Der verbotene Beweis..., s. 5 a 224. FINK: Die Verwertbarkeit..., s. 76. Dále WERNER: Verwertung..., s. 354.

6. je nedosažitelný,
7. důkazní návrh slouží jen k prodloužení řízení.⁹⁶

V klasickém civilním sporu bychom mohli doplnit okolnost, že jde o:

1. nespornou skutečnost (§ 6 první věta o. s. ř. a contrario). Tento důvod je nicméně nutné korigovat v případech, kdy důkazy nespornou skutečnost vyvracejí nebo alespoň snižují její pravděpodobnost pod zákonnou míru důkazu. V sociální koncepci civilního procesu totiž soud není pasivním konzumentem stranami předloženého skutkového stavu, nýbrž musí materiálně vést řízení a tedy se snažit, aby v mezích účinné legislativy a podle aktivity stran rozsudek odpovídal skutečným hmotněprávním poměrům a i reálné životní situaci. Ustanovení § 120 odst. 3 to vyjadřuje tak, že „soud **může** též vzít za svá skutková zjištění shodná tvrzení účastníků“,
2. skutečnost obecně známou (§ 121 o. s. ř.; podobně jako ve 2. případě upraveném v § 244 odst. 3 StPO),
3. známou soudu z jeho úřední činnosti (§ 121 o. s. ř.),
4. o právní předpis (tamtéž),
5. o pravomocně vyřešenou předběžnou otázku nebo nevyřešenou předběžnou otázku, kterou soud není oprávněn samostatně zkoumat (§ 135 odst. 1 a 2 o. s. ř.). Zde by provedení důkazu bylo zároveň nepřípustné,
6. o skutečnost presumovanou vyvratitelnou či nevyvratitelnou právní domněnkou, fikcí nebo skutkovou domněnkou (viz např. § 133 – 134 o. s. ř.). Chce-li však účastník skutečnost zachycenou v dispozici normy zakotvující vyvratitelnou právní domněnku (tedy právní domněnku samotnou) naopak vyvrátit, takový důkazní návrh samozřejmě zamítnout nelze. Pokud jde o skutkovou domněnku, každá je vyvratitelná. Rozdíl mezi skutkovou a vyvratitelnou právní domněnkou záleží v tom, že zatímco tu právní je nutno přímo vyvrátit důkazem opaku, skutkovou stačí zpochybnit protidůkazem pod zákonnou míru důkazu. Dalo by se diskutovat o tom, že nabízí-li účastník soudu k potvrzení skutkových znaků („hypotézy“) skutkové domněnky důkaz, je lepší jej v zájmu přesvědčivosti rozsudku provést. Soud však mnohem častěji, než se zdá při povrchním pohledu, vychází při budování skutkového stavu z rozmanitých zkušenostních vět v podobě skutkových domněnek, aniž by jej nebo účastníka řízení napadlo tyto skutečnosti dokazovat. Tento stav pokládám za přirozenější, podporující funkčnost soudní ochrany práv i elementární jistotu zúčastněných, že se všednodenní

⁹⁶ Poslední důvod nepřipuštění důkazního prostředku je specifický pro trestní řízení, pročez tu není zmíněn.

obyčejné události odehrávají způsobem běžným, odpovídajícím odvěké lidské zkušenosti.

Důkazní návrh nelze zamítnout s poukazem na to, že tvrzená skutečnost byla *vyvrácena*.⁹⁷ Je sice pravdou, že pokud je skutečnost vyvrácena se zákonem vyžadovanou pravděpodobností, je teoreticky možno učinit konečný skutkový závěr. Zároveň ale nelze dotyčnému upřít právo dokázat něco, co soud naopak považuje za vyvrácené. Takový postup by bránil kvalitnímu vybudování skutkového stavu a potenciálně i souladu konečného rozhodnutí se skutečnou životní situací. Kdežto to, co již bylo prokázáno, přirozeně nemá smysl dokazovat znova. V tom tkví zásadní rozdíl. Navíc je třeba si uvědomit, že dokazování není od určitého jasně určeného okamžiku provždy bezvýjimečně uzavřeno. Proto nelze důkaz zamítnout se zdůvodněním, že dokazovaná skutečnost již byla vyvrácena. Podle Weichbrodta lze důvody ve smyslu § 244 odst. 3 StPO vztáhnout i na civilní soudní řízení, s čímž lze souhlasit, jelikož mezi výše představenými nenajdeme žádný, který by vyjadřoval specifikum vyhrazené trestnímu procesu.⁹⁸ Z tohoto ustanovení plyne, že podle německého práva může nezákonnost důkazu ospravedlnit jeho neprovedení.⁹⁹ Neexistuje rozumný důvod, proč by totéž nemělo platit pro české právo.

2.9. Shrnutí

V této části jsme začali konkretizovat problém nezákonného důkazu jeho obecným zasazením do současného českého právního řádu a odlišením od souvisejících jevů. Než na této cestě postoupíme dále, k identifikaci normativních právních idejí, jež by se měly stát základním východiskem teorie nezákonného důkazu, musíme představit hlavní teoretické přístupy ke zkoumanému právnímu problému, jež se objevily v německé procesualistice. Jejich analýza nám poslouží jako podnětný inspirační zdroj pro kvalitní uchopení základu české teorie nezákonného důkazu.

⁹⁷ Srov. např. nález ÚS ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 733/01 (N 26/32 SbNU 239), nález ze dne 29. 6. 2004, sp. zn. III. ÚS 569/03 (N 87/33 SbNU 339), nález ze dne 30. 6. 2004, sp. zn. IV. ÚS 570/03 (N 91/33 SbNU 377), nález ze dne 16. 6. 2005, sp. zn. II. ÚS 418/03 (N 125/37 SbNU 573), či usnesení ze dne 23. 9. 2005, sp. zn. III. ÚS 359/05 (U 22/38 SbNU 579).

⁹⁸ WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 145. Viz též GEMMEKE: *Beweisverwertungsverbote...*, s. 44; Muthorst hovoří dokonce o „paradigmatickém charakteru“ ustanovení § 244 odst. 3 – 5 StPO. Viz MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 199.

⁹⁹ V ČR existuje judikatura ÚS, která podává jednoznačně kladnou odpověď. Vznikla ovšem na půdě trestního řízení, nerozlišuje jednotlivé typy nezákonnosti, natož aby pregnantně specifikovala jejich právní následky. A především není v jejich možnostech položit základy teorie. Viz např. nález ÚS ze dne 30. 6. 2004, sp. zn. IV. ÚS 570/03 (N 91/33 SbNU 377), či usnesení ze dne 23. 9. 2005, sp. zn. III. ÚS 359/05 (U 22/38 SbNU 579).

3. **Zahraniční** přístupy

3.1. Úvod

Zodpověděli jsme otázku, proč má smysl založit teorii nezákonného důkazu a jaké místo tento problém obecně zaujímá v českém právním řádu. Abychom mohl položit normativní a doktrinální základ české teorie, hledíme vhodný inspirační zdroj v německém právním diskursu představením základních teoretických přístupů, jež se v něm etablovaly. Výše jsme předestřeli, že tento právní základ je nutno situovat primárně do práva procesního, nikoli hmotného. Proto jako celek nejsou přesvědčivé teorie, postavené na hmotněprávních pravidlech. Přesto budeme hledat východisko analýzou v Německu diskutovaných základních teorií nezákonného důkazu, i těch, které jsou ryze hmotněprávní, protože zvolené téma není v České republice ani jen obecně pokryto a jelikož i hmotněprávní teorie obsahují ne jeden inspirativní či alespoň didakticky přínosný podnět. Rozlišování přístupů na teorie, vystavené na objektivním právu a na právech subjektivních považují za spíše umělé a potenciálně matoucí, protože subjektivní práva vposledku vždy plynou z právního řádu v objektivním smyslu. Toto dělení nám však mimo jiné pomůže přesněji vymezit a metodologicky obhájit základ teorie.

Většina odborných pojednání o tématu nezákonného důkazu německé proveniencí nemá charakter komplexní teorie nezákonného důkazu. Takové, jež by se vypořádala se všemi možnými druhy nezákonnosti a pojmenovala jejich právní následky. Většina autorů se soustředí převážně na jistě nejzajímavější a nejobtížnější otázku možnosti procesního použití nezákonně opatřeného důkazního prostředku. Není divu, protože legálně získaný důkaz otázku použitelnosti nevyvolává a jednotlivé případy zákazu provedení (zajištění) zákonně obstaraného důkazu, stejně jako správný způsob jejich provedení (zajištění), obvykle výslovně reguluje procesní právo.

Přesto má pro hlubší porozumění celé problematiky smysl začlenit onen jeden nejzávažnější moment do širšího obrazu tématu zákonnosti důkazu. Dokonce ani v Německu, kde je mu již několik dekad věnována intenzivní vědecká pozornost, dodnes neexistuje všeobecně akceptovaná, dominantní teorie nezákonného důkazu, kterou by si následně v aplikační praxi osvojily soudy.¹⁰⁰ V dogmatice vzniklo vícero spíše fragmentárních teorií rozličné přesvědčivosti, z nichž žádná se zatím v právní komunitě neujala natolik, aby si vydobyla výsadní postavení. Procesualistika pouze jednoznačně odmítla obě krajní stanoviska, která považují nezákonně získané důkazy buďto za přípustné, nebo nepřípustné *en bloc*, paušálně.¹⁰¹ Soudní praxe se pak přirozeně více, než poznatky právní vědy, řídí judikaturou nejvyšších stupňů německého justičního systému, především BVerfG

¹⁰⁰ Viz MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 1.

¹⁰¹ Viz již KAISSIS: *Die Verwertbarkeit materiell-rechtsnidrig...*, s. 67.

a BGH, v níž soudy razí metodu, založenou na přísně individualizovaném poměřování kolidujících práv a zájmů (v projednávaném případě). Judikatura je inspirativní ve snaze teoreticky správně a současně praktickým způsobem řešit konkrétní právní otázky a v aplikaci plodů oné snahy na další případy. Není však v jejích možnostech - poněvadž má jinou funkci - rozvinout obecnou teorii. To je úkol právní vědy, zvláště nauky civilního procesního práva.

3.2. Terminologie

Přiblížme si nejprve klíčové pojmy, používané v německé procesualistice. Námi řešený právní problém se zpravidla vyjadřuje výrazem zákazu důkazu (*Beweisverbot*). Podle Faschinga¹⁰² může zákaz důkazu omezovat aktivitu soudu v několika směrech:

1. co do tématu dokazování (*Beweisthemenvorbot*): např. skutečnosti podléhající povinnosti mlčenlivosti nebo skutek, který je trestným činem (z pohledu soudu v občanském soudním řízení).
2. co do důkazního prostředku (*Beweismittelverbot*): určitý důkazní prostředek je zakázán buďto absolutně, nebo jen pokud se týká určité skutečnosti, přičemž zákaz může být účinný *ex lege*, nebo na základě námitky.
3. co do způsobu dokazování (*Beweismethodenvorbot*): např. mučením nebo tajným odposloucháváním.
4. co do použití již existujícího, konkrétního důkazu (*Beweisverwertungsverbot*).

Do první skupiny tak můžeme bezpochyby zařadit případy zákonem stanovené či uznané mlčenlivosti. Jde o hmotněprávní povinnost, konstituovanou nebo jen akceptovanou státem,¹⁰³ hmotněprávní překážku *ex ante*. Povinnost mlčet je totiž všeobecná – platí zásadně vůči všem, v každé situaci. Její dopad na občanské soudní řízení v ČR zakotvuje procesní ustanovení § 124 o. s. ř. Jeho obsahem je pravidlo, že ani fakt probíhajícího řízení, pro jehož výsledek mohou být informace kryté povinností mlčenlivosti klíčové, sám o sobě neospravedlňuje prolomení mlčenlivosti. Přesněji řečeno, že ani povinnost spolupráce podle § 128 první věty o. s. ř. neumožňuje mlčenlivost nedodržet. Je přirozené, že pokud danou mlčenlivost chrání stát prostřednictvím zákona, nemůže ji zároveň bez dalšího ignorovat v soudním řízení, které sám řídí prostřednictvím soudu. Rozhodující je totiž to, že stát příslušná tajemství chrání vesměs i před sebou samým. Příkladem může být způsob zbavení mlčenlivosti soudce jakožto reprezentanta státu

¹⁰² FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. 2., überarbeitete und ergänzte Auflage. Wien: Manz, 1990, s. 438 – 439. Hans Fasching je sice rakouský procesualista, avšak jeho práce je uznávána v celém německojazyčném prostředí. Jeho klasifikace je navíc didakticky užitečná.

¹⁰³ Viz např. § 81 odst. 1 z. s. s. či § 7 odst. 1 písm. e) zákona č. 3/2002 Sb. o církvích a náboženských společnostech ve znění pozdějších předpisů a mnoho dalších.

např. kvůli umožnění svědecké výpovědi (§ 81 odst. 1 a 2 z. s. s.), povolení vyzradit informace získané správou daní jen v určitých případech (§ 53 d. ř.) nebo povinnost vyhovět dožádání orgánu činného v trestním řízení (§ 8 odst. 4 část první věty před i za středníkem ve spojení s § 8 odst. 1 t. ř.). Subjekt povinnosti mlčenlivosti musí mlčet, stát je povinen jeho mlčení respektovat. Tato právní úprava je též ukázkou vlivu hmotněprávních zákazů a příkazů na dokazování, kdy se hmotněprávní aspekt zásadně prosazuje na úkor procesního.¹⁰⁴

Hlavní specifikum těchto situací spatřuji v tom, že nejde o nezákonnost důkazního prostředku, nýbrž samotného vyzrazení informace bez ohledu na to, jak k němu dojde (srov. § 124 druhá věta o. s. ř.). Zákázán není určitý prostředek prokázání informace, nýbrž jakékoli její použití bez ohledu na zvolený prostředek. Totéž samozřejmě platí pro samotným státem utajované skutečnosti¹⁰⁵ a skutečnosti utajené až v rámci samotného řízení kvůli jeho neverejnosti (§ 116 odst. 2 o. s. ř. ve spojení s § § 504, 2985 či 1730 odst. 2 o. z.). Pro použití těchto informací platí model pravidlo - výjimka. Tajnou skutečnost tedy zásadně není možné odhalit, ať už výpovědí, písemnou zprávou nebo audiovizuálním záznamem. Pouze v případě zproštění mlčenlivosti nebo splnění jiných zákonem vymezených podmínek to možné je, přičemž ani v této situaci nezáleží na tom, jakým způsobem se tak stane.

Státem uznanou nebo uloženou mlčenlivost je třeba odlišit od tajemství chráněného pouze soukromými osobami z jejich svobodné vůle, například v podobě obchodního tajemství nebo důvěrných informací získaných kontraktací. V tomto případě není před soudem možné odepřít vyzrazení příslušné informace, neboť stát samotný mlčenlivost neuznává ani neukládá. Soud však může tento aspekt zohlednit neverejností jednání (§ 116 odst. 2 o. s. ř.), zatímco účastníkům se nabízí alternativní způsoby odklizení sporu oproti civilnímu soudnímu řízení.

Pokud jde o dokazování skutkového děje v podobě trestného činu, není zakázáno samotné použití této informace v soudním řízení, nýbrž její opakované dokazování případně i první dokazování před jiným než trestním soudem; soud nemá v občanském soudním řízení pravomoc tuto otázku samostatně posoudit jako předběžnou. Totéž platí pro skutečnost, že byl spáchán přestupek nebo jiný správní delikt a pro otázku osobního stavu (§ 135 odst. 1 o. s. ř.). Doplňit můžeme i všechny ostatní otázky, o nichž existuje pravomocné rozhodnutí (§ 135 odst. 2 o. s. ř.), skutkové znaky právní domněnky nebo právní předpisy (§ 121 o. s. ř.).¹⁰⁶

Mezi absolutně zakázané důkazní prostředky snad můžeme počítat prostředky zcela nezpůsobilé, např. věštění. Fasching hovoří též o výslechu osob neschopných výpovědi. *Za ex lege*

¹⁰⁴ KONZEN, Horst. *Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, s. 151.

¹⁰⁵ podle zákona č. 412/2005 Sb. o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁶ To však docela neplatí pro zahraniční právní předpisy, zvláště pokud by je cizí stát poskytl státu místa soudu v režimu čl. 7 a 8 Evropské úmluvy o poskytování informací o cizím právu.

působící zákaz důkazního prostředku považuje např. výslech duchovního stran obsahu zpovědního tajemství. Tyto situace však spadají pod zákaz tématu dokazování. Je-li zakázáno určité téma, musí být zakázán každý prostředek jeho otevření, přičemž rozhodující v dané situaci není závadnost prostředku, nýbrž tématu. Jako příklad zákazu určitého důkazního prostředku aktivovaného námitkou pak uvádí svědka odpírajícího výpověď s poukazem na nebezpečí trestního stíhání. To je správné; jen upřesněme, že nejde o námitku účastníka řízení, nýbrž svědka samotného. Fasching v této souvislosti správně zmiňuje i otázku přípustnosti nezákonně získaných důkazních prostředků.

U třetí skupiny musíme rozlišit důkazní prostředek a způsob provedení důkazu. Aby měla vlastní aplikační prostor, musí jít o způsob provedení důkazu. Můžeme sem tedy zahrnout též kladení matoucích nebo návodných otázek vyslychanému (§ 126 odst. 3 třetí věta o. s. ř.). Chápeme-li však již opatření důkazu jako součást dokazování v obecnějším smyslu všech vývojových fází důkazu, můžeme do této skupiny s Muthorstem¹⁰⁷ zahrnout i zákazy (nezákonného) opatření důkazu.

Čtvrtou skupinu nemá ve Faschingem myšleném významu smysl odlišovat, protože neprovedení již existujícího důkazu musí být vždy podloženo zakázaným tématem, prostředkem nebo způsobem provedení, jež by neměly žádný význam, kdyby takový důkaz vůbec nemohl vzniknout. Použití důkazu záleží především v jeho provedení, poněvadž teprve jím se začíná naplňovat účel jeho navržení.

Jinou klasifikaci nabízí Muthorst. Podle něj se zákaz důkazu (*Beweisverbot*) nejčastěji dále dělí na:

1. zákaz vzniku důkazu (*Beweiserhebungsverbot*)
2. zákaz použití důkazu (*Beweisverwertungsverbot*).¹⁰⁸

Zákaz použití důkazu tak spíše tvoří druhou základní kategorii vedle zákazu vzniku důkazu. Překlad obou termínů může být silně zavádějící; ne pro jeho chybnost, nýbrž kvůli odlišné právní regulaci dokazování v obou zemích. *Beweiserhebungsverbot* je spíše zákazem vnesení důkazního prostředku do soudního řízení a jeho přijetí soudem, protože vnos důkazu do řízení v podstatě teprve znamená vznik důkazního prostředku v již výše nastíněném veřejnoprávním smyslu.¹⁰⁹ V civilním soudním řízení na sebe bere podobu zákazu vnesení a přijetí, potažmo dokonce provedení důkazu, neboť teprve v okamžiku provedení již můžeme hovořit o (efektivně uplatněném) důkazu. Německá právní úprava dokazování je mnohem propracovanější a sofistikovanější, než ta česká.

¹⁰⁷ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 8.

¹⁰⁸ Viz tamtéž, s. 2 – 3, 7.

¹⁰⁹ tamtéž, s. 188.

Mimojiné zahrnuje tzv. důkazní usnesení (*Beweisbeschluss*), v němž soud viditelně akceptuje konkrétní důkazní prostředky (*Beweisaufnahme*) tím, že v usnesení pojmenuje sporné skutečnosti, důkazní prostředky navržené k jejich prokázání a účastníka, který je označil (§ 358 – 370 ZPO).¹¹⁰ Vzhledem k tomu, že se funkce důkazního prostředku začíná naplňovat až jeho provedením - provedení důkazního prostředku může vyústit ve vznik důkazu v pravém slova smyslu - omezuje *Beweiserhebungsverbot* i provedení důkazu. Kdežto *Beweisverwertungsverbot* vposledku brání zohlednění skutečnosti plynoucí z důkazu (Muthorstem nazvané „výsledek dokazování“ – *Beweisergebnis*) při hodnocení důkazů v konečném rozhodnutí.¹¹¹ *Beweiserhebungsverbot* má pak podle Muthorsta tři výše označené polohy: *Beweisthemaverbot*, *Beweismittelverbot* a *Beweismethodenverbot*. Již pouhá klasifikace nám ukazuje, že se v konečném důsledku jedná o možnost použití skutkové informace (životní situace) jako skutkového základu rozsudku, tedy pro vyvození právních následků.¹¹²

3.3. Teorie založené na objektivním právu

3.3.1. Trennungsdogma

Kodek je stoupencem směru zvaného Trennungsdogma. Zastává názor, že by mělo být úlohou výhradně hmotného práva, trestat své překročení.¹¹³ Hmotné a procesní právo jsou podle něj zcela odlišnými a přísně oddělenými odvětvími. Historický vývoj civilního procesu v Evropě mu dává zapravdu v tom smyslu, že není vlastně ničím jiným, než dějinami osamostatňování procesního práva od práva hmotného. To však neznamená, že mezi oběma odvětvími neexistují četné styčné plochy, které je třeba seriózně teoreticky uchopit.

Zásadním Kodekovým argumentem podporujícím tento přístup je poukaz na ustanovení autorského zákona, jež umožňuje použití autorského díla v důkazním řízení. Má jít o ukázkou toho, že zákonodárce nadřazuje veřejný zájem na objasnění skutkového stavu v soudním řízení soukromému zájmu autora.¹¹⁴ Tento argument je však velmi nepřesný. Nejenže je nepoužitelný na případy nezákonného získání i provedení důkazu, neboť sám takový případ neřeší. Jde o jeden z mnoha příkladů zákonné úřední licence (Srov. § 34 písm. a) z. p. a.). Bez tohoto ustanovení by bylo použití autorského díla jako důkazu v soudním řízení ilegální, protože využití díla k dokazování je obecně vzato užitím díla, které autorský zákon podrobně reguluje. A to přesto, že by dílo sloužilo jako nástroj k ochraně soukromých subjektivních práv, třebas i autorských (sic!). Takový důsledek by byl absurdní, jelikož by paradoxně znemožnil ochranu soukromých práv.

¹¹⁰ Dostupné na <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>. Citováno dne 11. 3. 2021.

¹¹¹ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 202 – 205.

¹¹² tamtéž, s. 188 – 189.

¹¹³ KODEK: *Rechtswidrig erlangte Beweismittel ...*, s. 107. Profesor Kodek je sice Rakušan, avšak v německojazyčném prostředí patří k nejvýznamnějším proponentům *Trennungsdogmatu*. Proto je zde citován.

¹¹⁴ tamtéž, s. 123-124.

Vidíme, že veřejný zájem se nakonec vztahuje k ochraně soukromých subjektivních práv či zájmů, jak bylo ostatně s Macurem výše konstatováno.¹¹⁵ Dokonce může jít o autorské právo samotné, poněvadž je vskutku nesmyslná představa občanského soudního řízení o žalobě na ochranu autorského práva, v němž by bylo zakázáno využít příslušné autorské dílo jako důkaz. Smysl a účel civilního procesu tudíž vyžaduje, aby bylo možné legálně použít autorské dílo jako důkaz.

Problém nevnímejme jako hodnotovou volbu zákonodárce mezi veřejným a soukromým zájmem, nýbrž jen jako přitakání veřejnému zájmu na ochraně soukromých zájmů prostřednictvím soudního řízení. Úřední licence k autorským dílům má opodstatnění v tom, že by bez ní použití *každého autorského díla v každé situaci a každým způsobem* bylo nezákonné, i kdyby vlastní způsob provedení díla jako důkazu plně odpovídal příslušnému procesnímu řádu. Přitom je očividné, že úřední užití díla má docela jiný účel, než užití běžné, jež bývá motivováno buďto komerčně, nebo osobní potěchou. Úřední licence není projevem nezávislosti hmotného a procesního práva. Právě naopak - kdyby nemělo porušení hmotných práv procesní relevanci, byla by úřední licence zbytečná.

Všechny úřední i jiné licence navíc představují výjimku z pravidla (např. § § 88 odst. 2, 89 o. z.), že soudní řízení zásadně nedeklasuje soukromé zájmy ve prospěch „odhalení pravdy ve veřejném zájmu,“ nýbrž že jim přikládá prvořadý význam i v samotném procesu dokazování, aby nakonec ve veřejném zájmu ochránilo zájmy soukromé. Není tedy pravdou, že by civilní proces sám o sobě představoval veřejnoprávní licenci k užití jakéhokoli důkazu. Z ustanovení § 125 o. s. ř. rozhodně nevyplývá, že je v soudním řízení bez dalšího přípustný i nezákonný důkazní prostředek, jestliže jím lze zjistit stav věci. Totéž ovšem můžeme říci o opačném pravidlu; že nezákonný důkazní prostředek je nepřipustný, protože jím (právě kvůli jeho nezákonnosti) nelze zjistit stav věci.¹¹⁶ Smyslem onoho pravidla je pouze dát najevo, že zdrojem poznání skutkového stavu může být jakýkoli nosič s informací. Toto ustanovení tak svým způsobem doplňuje zásadu volného hodnocení důkazů, neboť předem nevyklučuje žádný typ důkazního prostředku a dokonce předpokládá i prostředky jiné, protože podává jejich otevřený výčet. Ustanovení explicitně ani implicitně neodlišuje zákonné důkazy od nezákonných. Jde spíše o technickou normu, nemající s otázkou zákonnosti důkazů nic společného.¹¹⁷

To je nepřímo zřejmé i ze slučovací větné vazby obsažené v podobných ustanoveních § 93 odst. 1 první věty d. ř. a § 51 odst. 1 první věty s. ř., v nichž zákonodárce jako možný důkazní

¹¹⁵ Viz 1.4.2.

¹¹⁶ Takto k věci přistoupil NS v rozsudku ze dne 21. 10. 1998, sp. zn. 21 Cdo 1009/98, č. 39/1999 Sb. rozh. civ.

¹¹⁷ Technický charakter ustanovení je patrný i ze srovnání s podobnými ustanoveními ze sociální legislativy uvedenými v devětatřicáté poznámce pod čarou. Působnost oněch ustanovení je sice užší, protože pokrývá pouze listinné důkazy, avšak jejich smysl je stejný.

prostředek připouští vše, čím lze zjistit stav věci *a* co není získáno nebo provedeno v rozporu s právními předpisy.¹¹⁸ Část věty za spojkou *a* totiž v o. s. ř. chybí. Zákaz důkazu má s principem volného hodnocení důkazu společné jen to, že ohraničuje jeho předmět, tedy důkazy, které mu podléhají; nepřípustné důkazy je třeba zhodnotit pouze či přinejmenším zejména větou, že jsou nepřípustné. Neomezuje však svobodu hodnocení pravdivosti či věrohodnosti důkazu.¹¹⁹ Je-li otázka volnosti položena v právním diskursu, nemůže být (právní) hodnocení závažnosti a zákonnosti důkazu volné, neboť podléhá zákonu. Volné může být jen hodnocení věrohodnosti, poněvadž se sice rovněž řídí pravidly, leč mimoprávními; přírodními zákony, logikou a životní zkušeností.

Trennungsdogma vede k výše kritizovanému závěru¹²⁰ o procesněprávní irelevanci nezákonného opatření důkazního prostředku. Trennungsdogma považují za překonaný názor,¹²¹ který prakticky přehlíží funkční vazby mezi hmotným a procesním právem a v konečném důsledku koliduje se sociální koncepcí civilního procesu z důvodů již vysvětlených.¹²² V Německu je sice dodnes hojně zastoupen, nicméně většina autorů, kteří podrobně vědecky zkoumají jednotlivé konkrétní otázky vztahu obou odvětví, tuto teorii nakonec kritizují jako paušální a málo nápomocnou při řešení jednotlivého problému.

Tak například Kaissis sice vychází z této teorie jako z pravidla,¹²³ nicméně pro řadu konkrétních typových případů nezákonně opatřeného důkazu zaujímá stanovisko právě opačné, podle nějž je nepřípustnost takového důkazu pravidlem připouštějícím přesvědčivě zdůvodněné výjimky.¹²⁴ V tom případě automaticky vyvstává otázka, zda se v Kaissisově teorii Trennungsdogma neproměnilo ve vyprázdněné torzo. Vidíme, že i když je tato teorie podrobena silné kritice, je stále často používána jako obecné základní pravidlo. Ani takovou roli si však nezaslouží. Můžeme ji nazírat i filozoficky. Především díky procesu globalizace dnes žijeme ve skutečně „tekuté“ době dramatické proměny kulturních paradigmat, v níž se stírají všechny možné hranice, které měly v minulosti velmi ostré kontury: mezi odlišnými kulturami, mezi vírou a nevírou, mezi politickou pravicí a levicí atd. Nastala doba otřesu jistot a existenciálních krizí. Něco podobného se však přece odehrává i v právním řádu, kde se např. dělicí linie mezi soukromým a veřejným právem místy takřka rozplývá. Všechny tyto společenské procesy dnes kladou vysoké

¹¹⁸ Není bez zajímavosti, že stejnou formulaci použil slovenský zákonodárce v ustanovení § 187 odst. 1, resp. čl. 16 odszt. 2 zákona č. 160/2015 Z. z., Civilného sporového poriadku, ve znění pozdějších předpisů. Dostupné na <<https://www.zakonypreludi.sk/zz/2015-160/znenie-20181212#p187-1>>. Citováno dne 28. 3. 2020.

¹¹⁹ Viz též MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 201.

¹²⁰ Viz 1.4.2.

¹²¹ Stejný názor v Německu zastával již v roce 1976 KONZEN. Viz KONZEN: *Die Rechtsverhältnisse...*, s. 152 – 153, 172 - 173.

¹²² Viz 1.4.2.

¹²³ KAISSIS: *Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig...*, s. 229.

¹²⁴ KAISSIS: *Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig...*, s. 229 – 230, 128 – 205.

nároky na schopnost interpretace. Současnost je dobou velmi *interpretativní*. Trennungsdogma však ve skutečnosti není založeno na hlubokých teoretických základech, jež bych zde mohl důmyslně reprodukovat a interpretovat. Je tudíž teorií, které již odzvonilo.

3.3.2. Teorie trestněprávní relevance

Teorie vystavěná na právní kvalifikaci důkazu podle trestněprávní relevance nachází přesvědčivou oporu v principu *ultima ratio*. Je přirozené, že možnosti použití důkazu, jehož opatřením či použitím by byl spáchán trestný čin, by měly být užší, než v případě trestněprávně irrelevantním.¹²⁵ V rovině českého *legis lata* však tato teorie naráží mimojiné na fakt, že soud v občanském soudním řízení není oprávněn předběžně posoudit otázku, zda a jaký trestný čin dotyčný spáchal (§ 135 odst. 1, odst. 2 první věta o. s. ř., § 9 odst. 1 t. ř.). Takové posouzení by v případě neexistence konečného pravomocného rozhodnutí odporovalo zásadě presumpce neviny (čl. 40 odst. 2 LZPS, § 2 odst. 2 t. ř.), v případě jeho existence překážce věci rozsouzené (§ 11 odst. 1 písm. h) t. ř.) a ovšem také specializaci soudců v rámci justičního systému (§ 2 odst. 1, odst. 2 písm. a) j. ř.

V tomto kontextu není pravdou, že princip presumpce neviny platí pouze během trestního řízení. Tento výklad by totiž vedl k poněkud kurióznímu důsledku, že je možno na osobu pohlížet jako na pachatele v okamžiku, kdy proti ní stát nevede žádné řízení, kdežto ve chvíli, kdy podezření dosáhne takové úrovně, že stát zahájí trestní řízení, trestní stíhání, postaví obviněného před soud či proti němu dokonce vyhlásí odsuzující rozsudek, je nutno k dotyčnému přistupovat stále jako k nevinnému.

Obě naposledy uvedená ustanovení obsahují skutkový znak v podobě probíhajícího trestního řízení proto, že upravují primárně trestní řízení samotné, jímž začíná právní vztah za účasti státu, jehož činnost je třeba regulovat, a podezřelého (obviněného), kterého je nutno v tomto vztahu hmatatelně právně chránit. Nikoli však proto, že by princip presumpce neviny před či vně trestního řízení vůbec neplatil. Tento princip totiž svým morálním významem hranice trestního řízení dalece přesahuje. Nejde o nic jiného, než o společenskou smlouvu mezi občany a státem, kterou se občané vzdávají práva odvety a úlohu potrestat pachatele vkládají do rukou mocenského suveréna - státu, přičemž tato úloha se omezuje pouze na skutečného pachatele, jehož odlišení od nevinného vynucuje a posléze naplňuje instituci trestního řízení. Jeho nejdůležitějším pravidlem je právě presumpce neviny coby hlavní pojistka proti mocenské zvlí. Právě v presumpci neviny se projevuje ono vzdání se odplaty, které je úplné a ustavičné. Proto musí platit všeobecně, i před a vně trestního řízení, třebaže se začíná viditelně projevovat až v jeho rámci.

¹²⁵ Srov. např. MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 99 - 101. Nebo FINK: *Die Verwertbarkeit...*, s. 111 - 114.

Ustanovení § 135 o. s. ř. a § 9 odst. 1 t. ř. jsou toho ostatně ukázkou, protože pravomocný odsuzující rozsudek vyvracející presumpci nevinu může soud vyhlásit pouze v trestním řízení tomuto úkolu uzpůsobeném, zatímco prohlášení viny jakožto odpověď na předběžnou otázku v občanském soudním řízení v době před právní mocí odsuzujícího rozsudku presumuje vinu, pročež se protíví zmíněné zásadě. Právě takovou odpověď však vybízí hledat teorie trestněprávní relevance. Soudu ovšem není v občanském soudním řízení zapovězen každý úsudek o vině a nevině. Vždyť by pak nemohl splnit oznamovací povinnost (§ 8 odst. 1 druhá věta t. ř.).

Onen úsudek nicméně nesmí být odpovědí na předběžnou otázku ve smyslu § 135 o. s. ř. Jak bylo naznačeno výše, soud není oprávněn zodpovědět danou otázku ani v případě, že již existuje pravomocný odsuzující rozsudek završující trestní řízení (§ 135 odst. 1 část věty před středníkem o. s. ř.), ba ani tehdy, jestliže takové rozhodnutí dosud nepadlo (§ 135 odst. 2 první věta o. s. ř., srov. § 9 odst. 2 t. ř.). Lze namítnout, že se ustanovení § 135 vztahuje pouze k předběžným otázkám vznikajícím při posuzování věci samé, nikoli okolností pořízení důkazu. Bez ohledu na to, že i opatření důkazu do značné míry souvisí s věcí samou, protože tento důkaz účastník navrhuje právě proto, aby soudu věc samu „osvětlil,“ nepokládám předestřenou námitku za pádnou. Samo ustanovení § 135 o. s. ř. totiž svůj aplikační prostor takto nezužuje a nevyplývá to ani z jeho smyslu a účelu. Navíc je systematicky řazeno v pasáži nazvané „*hodnocení důkazů*,“ což naopak nasvědčuje jeho aplikovatelnosti na úvahu o zákonnosti důkazu, která je jedním z aspektů hodnocení důkazů. Kdežto pokládání a zodpovídání předběžných otázek obsažených v meritu sporu je spíše právní kvalifikací skutkového stavu tvořícího část předmětu řízení.

Položení předběžné otázky slouží k vytyčení tématu dokazování (jež časově předchází samotnému dokazování), odpověď na ni je součástí právní kvalifikace rozhodného skutkového děje. Stejně tak nelze říci, že by ustanovení dopadalo pouze na předběžné otázky, bez jejichž vyřešení nelze vynést rozsudek (srov. § 120 odst. 2 druhá věta o. s. ř.). Reguluje naopak kteroukoli otázku, kterou se soud v mezích své pravomoci (§ 7 o. s. ř.) rozhodne zodpovědět dříve, než vyhlásí rozsudek. Neexistuje tak důvod, proč by se § 135 neměl vztahovat i na hodnocení zákonnosti důkazu.

Jak přistoupit k situaci, kdy by mohlo k trestnému činu dojít teprve navržením (označením), předložením či provedením důkazu v budoucnu? Překážka věci rozhodnuté odpadá a dokud čin nebyl vykonán, chybí též objekt presumpce nevinu. Úsudek o trestnosti určitého chování nejenže není zakázán, ba za jistých podmínek může být příkázán (srov. § § 367, 368 t. z.). Problém je v tom, že důkazy provádí výlučně soud. Trestnost jednání v podobě označení či předložení důkazu je silně diskutabilní jak kvůli jeho přípravnému charakteru, tak s ohledem na to, že tyto procesní úkony jsou v obecné podobě právem účastníka. Provedení důkazu může být teoreticky trestné (§ 76 odst.

1 z. s. s., § 229 odst. 1 písm. g) o. s. ř.), avšak tato potenciální trestnost je velmi problematická jednak proto, že provádění důkazů je pravomocí soudu, druhá s přihlédnutím k potřebě hladkého fungování justičního systému, jemuž mohem více napomáhá, sankcionovat provedení takového důkazu jeho nezohledněním při budování skutkového závěru v rozsudku spíše, než čímkoli jiným. Hledání trestněprávních konotací ve vlastním dokazování by mohlo podkopat funkčnost justice a pokládám je za krajně nevhodné i s přihlédnutím k nadužívání trestních oznámení pro nápravu soukromých konfliktů mezi občany, které se v posledním desetiletí v tuzemsku rozmohlo pod dojmem praktik některých vrcholných politiků.

Vidíme tedy, že by se aplikační prostor dané teorie musel omezit na případy existence pravomocného odsuzujícího rozsudku, a to ještě jen v situaci, kdy trestný čin spočíval v opatření důkazu. To činí analyzovanou teorii prakticky neupotřebitelnou. Vzhledem k masovosti předkládání důkazů, jejichž zákonnost je nutno posoudit a naprosté výjimečnosti rozsudků, trestajících pořízení důkazu, by se kromě toho přerušení civilního řízení za účelem posouzení otázky viny v trestním řízení (§ 109 odst. 1 písm. b) či odst. 2 písm. c) o. s. ř.) přičilo zásadě hospodárnosti řízení (§ 100 odst. 1 první věta o. s. ř.). A jakási povšechná úvaha soudu v civilním soudním řízení, zda snad pořízení či použití důkazu *mohlo* či *může být* trestné, by kromě jiného byla velmi nepřesvědčivá a stěží by tak mohla sloužit jako část odůvodnění rozsudku (§ 157 odst. 2 druhá věta o. s. ř.). Z těchto důvodů nelze tuto teorii akceptovat.

3.3.3. Teorie ochranného účelu

Tato teorie váže existenci zákazu důkazu na kladnou odpověď na otázku, zda ochranný účel právní normy, jež byla porušena, vyžaduje procesní sankci v podobě zákazu provedení důkazu, přičemž odlišuje zákaz získání od zákazu použití důkazu.¹²⁶ Tyto teorie umožňují diferenciovat skupiny typových případů, pro něž platí stejná pravidla. Jejich slabinou je ovšem – jak správně ukazují jejich kritikové – zejména fakt, že procesněprávní následek, přinejmenším typu zákazu provedení důkazu, obvykle nelze odvodit z účelu porušené normy, zvláště pokud jde o pravidlo hmotněprávní. Například mezi zákazem spáchat krádež a otázkou procesního využití odcizeného dokumentu neexistuje žádná souvislost. Ochranný účel porušené normy stěží může vyžadovat obecnou právní větu o proveditelnosti příslušného důkazu.¹²⁷ Muthorst zdůrazňuje, že zákaz provedení důkazu by musel pramenit ve smyslu hodnotového odsudku jednání, jímž byl důkaz získán. Analýza ochranného účelu normy by potom měla zodpovědět otázku, zda by připuštění nezákonně obstaraného důkazu odporovalo procesní reflexi principu poctivosti.¹²⁸ S touto teorií

¹²⁶ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 95; WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 190 – 191.

¹²⁷ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 96; WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 191 – 192.

¹²⁸ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 97.

proto dále nepracují, neboť neukazuje žádnou souvislost mezi ochranným účelem normy a zákazem důkazu.¹²⁹

3.4. Teorie subjektivních práv

3.4.1. Lidskoprávně orientované teorie

Někteří němečtí procesualisté řeší otázku přípustnosti nezákonného důkazu podle právní síly předpisu zakotvujícího právo, jež bylo opatřením nebo použitím důkazu porušeno. Je-li porušeno ústavně zaručené právo, posuzuje se důkaz zásadně jako nepřípustný, v opačném případě jako přípustný.¹³⁰

Překážkou přenosu takových teorií do tuzemského právního diskursu je silně zakořeněná metoda výkladu a použití Ústavy a LZPS, kterou Holländer nazval kognitivismem.¹³¹ Ten vychází z přesvědčení, že vnitrostátní ústava a hlavně lidskoprávní katalog mají všeobecný, komplexní charakter. A že má prakticky každá norma podústavního práva zakotvující subjektivní právo osoby svůj konkrétní ústavní korelát. Tento přístup, ač to není na první pohled zřejmé, nicméně nakonec může vést ke všeobecné nivelizaci ústavního práva na úroveň práva jednoduchého a v institucionální rovině ovšem i k zahlcení ÚS, který se *de facto* stává jen další opravnou instancí v řadě.¹³² Přiznejme, že povinnou součástí většiny věcných rozhodnutí ÚS o individuální ústavní stížnosti je v současnosti krátký odstavec, v němž soud vysvětluje, že není součástí soustavy obecných soudů ani jakousi superrevizní instancí, protože k revizi jejich rozhodnutí přikročí jen zřídka, v ústavněprávně relevantních případech. Právě tento detail může být jedním z indikátorů toho, že již dochází k onomu zahlcení, před nímž varoval Holländer. Baumgärtel jako příklad porušení toliko podústavního zákona uvádí krádež dokumentu, posléze použitého jako důkaz.¹³³ Kognitivistická koncepce by zde bez dalšího vedla k závěru, že pachatel porušil právo poškozeného vlastnit majetek, jež mu zaručuje čl. 11 LZPS.

V konstitucionalistice přitom dosud nevznikla fundovaná a ucelená alternativa ke kognitivismu, jež by se přesvědčivě vypořádala s otázkou, zda, za jakých podmínek a jakým přesným způsobem základní práva působí v horizontálních právních vztazích, mezi soukromými osobami. Vyřešení tohoto problému je přitom klíčové, měl-li by se dominantní českou teorií stát přístup založený na diferenciaci ústavního a podústavního práva. Vždyť soud v občanském

¹²⁹ Srov. tamtéž, s. 135.

¹³⁰ Viz např. BAUMGÄRTEL: *Die Verwertbarkeit...*, s. 480-484, 491. Dále viz MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 108 – 112.

¹³¹ HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace. Oblédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde nakladatelství s. r. o., 2003, s. 62 – 64.

¹³² tamtéž, s. 64.

¹³³ BAUMGÄRTEL: *Die Verwertbarkeit...*, s. 481.

soudním řízení projednává prakticky pouze soukromoprávní spory (§ 7 odst. 1 o. s. ř., § 21 první věta o. z.).

Holländerova kritika je pádná. Kognitivismus je vesměs velmi primitivní metoda, na první pohled přitažlivá ustavičným zdůrazňováním ústavněprávních konotací každého případu pomocí jednoduché dvojí subsumpce; nejprve skutkových okolností pod hypotézu normy jednoduchého práva, posléze podústavního pravidla pod ústavní normu, která má být jeho pramenem. Tato ustavičnost spolu s jednoduchostí nicméně způsobuje profanaci, banalizaci a nakonec i paradoxní podcenění významu ústavně zaručených práv. A v konečném důsledku vyvolává nebezpečnou a zároveň poměrně legitimní otázku, jaký má vlastně smysl odlišovat ústavní aspekt od podústavního, případně jaký samostatný smysl pro řešení právního případu vůbec mají základní práva sama o sobě, jestliže každý případ má ústavněprávní přesah, avšak zároveň by ústavní normy zpravidla neměly působit samostatně, nýbrž pouze ve spojení s podústavním právem. Již jen proto, že obvykle neobsahují hypotézu ani sankci. Ústavněprávní element pak poměrně snadno degraduje v jakýsi nechtěný a mnohdy téměř systémově cizorodý přivažek, všudypřítomný, leč nepřilíš významný v aplikační praxi. Což je role na hony vzdálená vážnosti, jíž by se ústavní zákony měly v právním státě těšit.

Kritická revize kognitivismu a současně obhajoba nové, důmyslnější metody, jsou tím pádem nanejvýš vhodné. A to i s ohledem na fakt, že základní práva a svobody vzhledem k jejich prozařování právním řádem chrání a tedy určitým způsobem aplikují kromě ústavního soudu všechny soudy obecné judiciální soustavy (čl. 1 odst. 1, čl. 4 a 90 Ústavy), které pochopitelně do jisté míry a v rámci svých pravomocí přebírají způsob práce soudu ústavního jakožto soudního orgánu ochrany ústavnosti (čl. 83 Ústavy).¹³⁴ Kognitivismus znemožňuje vystavět teorii nezákonných důkazů na diferenciaci ústavní a podústavní roviny, protože je ve svém zestejňování ústavních a podústavních práv poněkud triviální. A poněvadž lidskoprávní teorie nezákonných důkazů by dávala smysl jen tehdy, jestliže by existovaly také právní případy *bez jakékoli ústavní konotace*.

Je ovšem nutno právě takové případy erudovaně teoreticky vymezit. Stejně jako otázku působení základních práv v horizontálních vztazích. Nemluvě o případném odstupňování vrstev toho kterého základního práva – kdy je porušena vlastní podstata práva a kdy jiné jeho úrovně? A o jaké úrovni může jít? Nic z toho se zatím příliš neděje; čeští konstitucionalisté se obvykle zabývají spíše samotným poměřováním *již kolidujících* základních práv, než fundamentální a prakticky i teoreticky mimořádně významnou otázkou, zda a jak přesně tato v soukromoprávních vztazích vůbec působí, zda a za jakých podmínek nepůsobí vůbec nebo nakolik mohou být dotčena a jaký

¹³⁴ HOLLÄNDER: *Ústavněprávní ...*, s. 71 – 72.

význam to má pro právní případ.¹³⁵ Je sice logické, že pokud se již poměřování základních práv dostalo na pořad dne, musela být předtím kladně zodpovězena otázka, že zde základní práva doopravdy kolidují, pročez jde o případ s ústavněprávním přesahem.

Problém však spočívá v tom, že ústavněprávní aspekt samotný není seriózně vědecky uchopen, takže nelze hovořit o žádné ucelené teorii. Konstitucionalisté se zpravidla omezují na shrnutí zahraničních přístupů, aniž by se pokusili vytvořit teorii použitelnou *de lege lata* v ČR, ač je například problém případů a způsobu přímého horizontálního působení základních práv v oblasti soukromoprávních vztahů logicky nutno vyřešit před problémem jejich poměřování.¹³⁶ Navíc se objevuje bezesporu správný a snad i od řešení problému odrazující, názor, že přímá aplikace základních práv v horizontálních právních vztazích je příčinou právní nejistoty o skutečném obsahu těchto vztahů.¹³⁷ Seriózní, komplexní zpracování tématu horizontálních účinků základních práv je zatím jen slibováno.¹³⁸

Německá teorie známá jako *Drittwirkung* (*third party effect*) není ve své přímé, nezprostředkované podobě, kdy se jednotlivec může dovolat základního práva přímo vůči jinému jednotlivci, bezvýhradně použitelná v českém právním diskursu, respektujícím *lex lata*.¹³⁹ A to přesto, že ustanovení čl. 1 odst. 1 či čl. 4 Ústavy můžeme v jistém smyslu vnímat jako (velmi) nesmělou obdobu čl. 1 odst. 3 GG, podle nějž „základní práva zavazují moc zákonodárnou, výkonnou a soudní jako bezprostředně závazné právo.“ Nepřímý horizontální účinek základních práv v podobě povinnosti ústavně konformního výkladu je naopak všeobecně uznáván a i kodifikován, ať explicitně (§ 2 odst. 1 o. z., § 1 odst. 1 u. u. z.), nebo nepřímo (čl. 1 odst. 1, čl. 4 a 90 Ústavy). To je ovšem málo.

Za tohoto stavu nemá smysl pokoušet se vybudovat teorii nezákonných důkazů na rozlišování podústavních a ústavně zaručených práv.

¹³⁵ Srov. např. KOSAŘ, David, a kol. *Ústavní právo. Casebook*. Praha : Wolters Kluwer, a. s., 2014, s. 362 – 401; WAGNEROVÁ, Eliška (ed.). In WAGNEROVÁ, Eliška, a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 9 – 32 (Úvod).

¹³⁶ Viz např. TICHÝ, Luboš. Působení základních práv na soukromoprávní poměry a jeho meze (skica k doktríně prozařování). *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, č. 1, s. 10 – 17. Autor předestírá možná pojetí horizontálních účinků základních práv, avšak pro žádnou z nich se nevyslovuje a ji nerozvádí. Dále viz ONDŘEJEK, Pavel. *Lidská práva v soukromém právu. Rigorózní práce*. Praha : Univerzita Karlova, 2009, 134 s. ONDŘEJEK, Pavel. Účinky lidských práv v soukromém právu. *Právník*. 2011, č. 1, s. 33 – 52. ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, 224 s.

¹³⁷ BARTOŇ, Michal. Formy působení základních práv. *Acta iuridica olomucensia*. 2015, roč. 10, č. 1, s. 16.

¹³⁸ MOLEK, Pavel. *Základní práva. Svazek první - Důstojnost*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2017, s. 13 a 70.

¹³⁹ Srov. WAGNEROVÁ, Eliška. Poznámky k vývoji a k různým pojetím základních práv. *Politologický časopis*. 1995, č. 1, s. 47 – 48.

3.5. Teorie založené na podústavním právu

3.5.1. Teorie náhrady škody

Konzen zastává názor, že pokud soud založí rozsudek na nezákonně opatřeném důkazu, přičemž je výrok nepříznivý pro stranu touto nezákonností postiženou, brání právní moc rozsudku prosazení nároku na náhradu škody vzniklé ztrátou pře. Procesní omezení použitelnosti takového důkazu je tudíž jediným myslitelným trestem pro druhou stranu.¹⁴⁰ Škoda tedy zahrnuje nejen jinou újmu vzniklou protiprávním opatřením důkazu, ale i ztrátu sporu. Právo na její náhradu je právem na obnovení *statu quo ante*. Náhradě stojí v cestě právní moc rozsudku. Proto musí existovat zákaz provedení důkazu, aby k takové situaci vůbec nedošlo.

Weichbrodt kritizuje Konzenovu úvahu o přednosti pravomocného rozsudku jejím rozporem s východiskem, že procesní právo slouží právu hmotnému.¹⁴¹ K tomu je nicméně třeba říci, že služebná funkce civilního procesu neznamena, že by měla hmotněprávní pravidla aplikační přednost před procesními. Právě naopak; aby mohl civilní proces efektivně chránit hmotná práva, musí mít procesní pravidla aplikační přednost. A to i v tu a tam nevyhnutelně nastávajícím případě rozsudku, odporujícího skutečným hmotněprávním poměrům.

Příklad 6: *soud uloží žalovanému plnění, které podle hmotného práva nedluží. Rozsudek se stane pravomocným, žalovaný zaplatí. NS však v dovolacím řízení po uplynutí promlčecí lhůty práva na vrácení poskytnutého plnění zmíněný rozsudek zruší.*

Vzhledem k tomu, že rozsudek měl deklaratorní, nikoli konstitutivní charakter a že deklaroval neexistující právní povinnost žalovaného, vzniklo žalobci v okamžiku zaplacení bezdůvodné obohacení přijetím plnění bez právního důvodu. Na základě právní moci rozsudku byl však žalovaný povinen zaplatit.¹⁴² Právo na vrácení plnění mohl uplatnit počínaje okamžikem zrušení rozsudku, kdy mu také začala běžet promlčecí lhůta. A to přesto, že NS musel rozsudek zrušit s účinky *ex tunc* (od vyhlášení zrušeného rozsudku), neboť jinak by nemohla být vrácena plnění na jeho základě poskytnutá. Žalovaný však zároveň nesmí na chybný rozsudek doplatit – právě i s ohledem na služebnou funkci civilního procesu. Otázka zní: proč musel zaplatit žalobci přisouzené plnění? Protože procesní pravidla právní moci a vykonatelnosti rozsudku měla aplikační přednost před hmotněprávním řádem. A to kvůli svému mocenskému charakteru. Kdyby aplikační přednost neplatila, produkovaly by soudy akademické rozsudky umožňující neuposlechnutí, což by vyústilo v jistý druh anarchie. Proto není Weichbrodtova námitka pádná.

¹⁴⁰ KONZEN: *Die Rechtsverhältnisse...*, s. 244, 249, 333. Srov. k tomu MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 107.

¹⁴¹ WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 185.

¹⁴² Srov. MACUR, *Problémy vzájemného vztahu...*, s. 132.

Správně si naopak všímá toho, že se Konzen přesvědčivě nevypořádal se situací, kdy soud žalobci přisoudí pohledávku, kterou vůči žalovanému skutečně má, byť právě na základě nezákonného důkazu. Jak může, ptá se Weichbrodt, škoda spočívat v plnění, jež žalovaný po právu dluží?¹⁴³ Dodávám k tomu, že rozsudek je ve většině případů deklaratorní – má pouze potvrdit již existující práva a povinnosti. Proto by eventuální škoda, jež má být podle hmotněprávního řádu nahrazena, nemohla vzniknout až právní mocí rozsudku či dokonce zaplacením přisouzené částky. I kdyby tomu tak bylo, bylo by poněkud podivné a požadavku efektivity práva nekonvenující, aby v určitém okamžiku vzniklo právo na náhradu škody, jež by nicméně od téže chvíle bylo nevymahatelné – a to ještě na základě rozsudku, jehož správnost je třeba presumovat (sic!). To již nemluvím o otázce přičitatelnosti škody škůdci – žalobci, jestliže důkaz provádí a rozsudek vynáší soud. Navíc je třeba zohlednit to, že Konzen odvozuje zákaz použití důkazu od skutečnosti, která je v okamžiku rozhodování o důkazním návrhu objektivně nejistá. V té chvíli přece nelze jednoznačně předpovědět, zda a jak nezákonný důkaz ovlivní rozsudek. Právní jistotě odpovídá metoda umožňující spolehlivě identifikovat právní důvod neprovedení důkazu *ex ante*.

Weichbrodt správně uzavírá, že právní úprava náhrady škody není vhodným základem zákazu provedení důkazu. Stojí za zmínku, že Muthorst pokládá v této souvislosti trefnou otázku, zda procesní právo vůbec obsahuje hodnotový úsudek, že i protiprávně opatřené důkazy mají být použity k vynesení správného rozhodnutí.¹⁴⁴

3.5.2. Teorie záporního nároku

Reichenbach nachází právní základ své hmotněprávní teorie nezákonného důkazu v obranném právním nároku, založeném analogickou aplikací ustanovení § 1004 odst. 1 druhé věty BGB, které zakotvuje právní nárok vlastníka věci na zdržení se jiného rušení vlastnického práva, než je odnětí věci, vůči příslušnému rušiteli.¹⁴⁵ Reichenbach problém pojímá jako subjektivní procesní námitkové právo dotčeného účastníka. Jde o negatorní nárok na neprovedení - chceme-li, zdržení se provedení - důkazu. Zákaz použití důkazu je tak identický se subjektivním právem účastníka - odpůrce.¹⁴⁶ Aby se tedy soud začal otázce zákonnosti věnovat, musí dotčený účastník namítnout nezákonnost důkazu. Reichenbach dané řešení obhájí tím, že porušená práva jsou soukromá subjektivní práva a i námitkové právo je soukromého charakteru.¹⁴⁷

¹⁴³ WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 186 – 187. KONZEN: *Die Rechtsverhältnisse...*, s. 180 – 182. Stejnou námitku vznáší ZEISS: *Die Verwertung...*, s. 387-388.

¹⁴⁴ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 107.

¹⁴⁵ Dostupné na <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>. Citováno dne 11. 3. 2021.

¹⁴⁶ Srov. MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 108.

¹⁴⁷ REICHENBACH: *§ 1004 BGB als Grundlage ...*, s. 204.

Dlužno podotknout, že se autor ve své publikaci věnuje pouze těm důkazům, jejichž obstaráním byla porušena všeobecná osobnostní práva odpůrce. Uvědomíme-li si určitou bezbřehost statusových práv člověka, je jeho postoj do jisté míry srozumitelný. Otázkou je, zda by byl obhajitelný v českých podmínkách *de lege lata*. Vzhledem k mimořádné důležitosti principu legality a jeho četným kodifikacím, jež budou předešly níže,¹⁴⁸ nikoli.

Stát převzal pozitivní závazek chránit základní práva včetně práva na spravedlivý proces, jehož je zákonnost nejzákladnější charakteristikou. Reichenbach opomíjí veřejnoprávní stránku problému. Důkaz v právním smyslu lze efektivně použít jen před soudem nebo jinou institucí, která je nositelkou veřejné moci.¹⁴⁹ Právo na důkaz je součástí práva na spravedlivý proces, které je částí obsahu procesně právního vztahu mezi soudem a účastníky, jenž vzniká zahájením řízení. Jde o trojstranný veřejnoprávní vztah, v němž se soud ocitá a vystupuje jako reprezentant veřejné moci právního státu – moci zákona – a účastníci jako vzájemně rovnoprávné soukromé osoby, které se však musí moci zákona podrobit. Právě to je klíčový moment. Jde o ryze veřejnoprávní vztah.

Výše bylo vysvětleno, že důkaz je hlavním prostředkem legitimizace rozsudku. V právním státě musí mít tato legitimizace zákonný podklad. Proto tolik záleží na zákonnosti důkazu. Vzhledem ke klíčovému významu důkazu a dokazování coby „páteře procesu“ by právě během dokazování měl do popředí nejvíce vystoupit veřejnoprávní náboj vztahu mezi soudem a účastníky řízení. Právě ten soudu umožňuje plnit jeho hlavní bezprostřední úkol - chránit práva osob (čl. 90 první věta Ústavy, § § 1 a 3 o. s. ř.). I právo na důkaz je tedy veřejným subjektivním právem. Právní důkaz je tak v podstatě veřejnoprávní koncept. Kdyby měl v Reichenbachově pojetí odpůrce negatorní nárok, navrhovatel by nemohl mít právo na daný důkaz. I negatorní nárok by tím pádem měl být veřejnoprávní. Kdyby nicméně šlo o vzájemné soukromé nároky dvou osob, těžko by do věci mohl vstoupit soud a přes odpůrcův nesouhlas důkaz provést. Taková konstelace by nedávala smysl.

Z toho je zřejmá veřejnoprávní podstata věci. Celé soudní řízení se odehrává v rámci trojstranného procesněprávního vztahu mezi soudem a účastníky – a procedurální pravidla každého procesu vedeného orgánem veřejné moci mají veřejnoprávní povahu. V tomto ohledu je irelevantní, jaké právo navrhovatel získáním důkazu narušil. Soukromoprávní rozměr dané životní situace je totiž překročen vždy, když spor dospěje k soudu. Až do závěrečného vyhodnocení důkazů či dokonce do vyhlášení a odůvodnění rozsudku jsou práva stran svým způsobem nejistá. Nacházejí se totiž ve stavu soudního projednávání, kdy mezi tvrzením a forenzní skutečností stále chybí poslední pojičko - závěrečné hodnocení důkazů. Po něm se může ukázat, že účastníci tvrzená

¹⁴⁸ Viz 4.5.3.

¹⁴⁹ Viz MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 136, 378.

práva od počátku neměli. Posláním soudu je ovšem chránit skutečná, ne domnělá práva. I na tomto aspektu se ukazuje, že až do konce řízení je soukromopravní aspekt sporu znatelně upozaděn. Navíc je to výhradně soud, jenž rozhoduje, zda konkrétní důkaz provede, důkazy sám zajišťuje, provádí a hodnotí.¹⁵⁰ Právě soud tak odpovídá za zákonný průběh řízení a v jeho rámci i dokazování. Na věci nic nemění ani dispoziční a projednací zásada. Ty totiž omezují aktivitu soudu pouze co do zahájení a pokračování řízení, vymezení jeho předmětu, vnášení tvrzení a důkazů. Nikoli stran práce s důkazy po jejich vnesení. V tomto směru je třeba vnímat, že účastník sice důkaz chce použít proti druhé straně, avšak nabízí jej soudu, poněvadž právě ten rozhoduje o tom, jestli důkaz provede (§ 120 odst. 1 druhá věta o. s. ř.).

Doplňme, že Konzen ani Reichenbach přesvědčivě neodpovídají na otázku, co se stane, provede-li soud nezákonný důkaz, který provést neměl.

3.5.3. Teorie poctivosti (objektivní dobré víry)

Některé teorie jsou postaveny na aplikaci právního principu poctivosti, resp. procesní povinnosti poctivého vedení sporu.¹⁵¹ V kapitole o důležitosti otázky zákonnosti důkazu jsme naznačili, že by právní princip poctivosti mohl hrát v odpovědi na výkumné otázky roli. Níže podaná analýza subjektivního důkazního práva, zakotveného v soudobém českém právním řádu, nicméně odhalí omezenou působnost a vymahatelnost povinnosti poctivého vedení sporu.¹⁵² Navíc mají Reichenbachem s Baumgärtelem pravdu v tom, že princip poctivosti je až příliš obecný a proto je v právní argumentaci metodologicky vhodnější hledat vždy nejprve konkrétnější pravidlo.¹⁵³ Takové pravidlo existuje. Proto nelze teoriím objektivní dobré víry přitakat.

3.6. Teorie poměrování

Tento přístup se vžil především v německé judikatuře. Před jeho kritikou je tudíž vhodné představit ta klíčová rozhodnutí vrcholných článků německé justice, jež mají důležité místo v aplikační praxi a která jsou hojně reflektována i v odborné literatuře.

V prvním hojně citovaném soudním případě¹⁵⁴ manželka žalovaného na jeho popud tajně zaznamenala jeho osobní rozhovor s žalobcem, vedený v bytě žalovaného o plnění daňových povinností, veřejném příspěvku na stavební práce v bytě atd. Žalobce se domáhal vydání záznamu. BGH došel k názoru, že tajným pořízením záznamu byla porušena žalobcova všeobecná

¹⁵⁰ A mnohdy i sám obstarává. Viz např. § § 78 – 78g, 114a odst. 2 písm. c), d) e) a f), 122 odst. 1, 125 druhá věta, 132 – 136 o. s. ř.).

¹⁵¹ Viz např. MUTHORST: *Der Beweisverbot...*, s. 101 – 104; WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 168 – 172.

¹⁵² Viz 4.3.

¹⁵³ REICHENBACH: *§ 1004 BGB als Grundlage...*, s. 99 – 100, 224. BAUMGÄRTEL: *Die Verwertbarkeit...*, s. 480.

¹⁵⁴ rozsudek BGH ze dne 20. 5. 1958, sp. zn. VI ZR 104/57. Dostupné na <<https://research.wolterskluwer-online.de/document/9eef2db1-083d-4561-91b9-37458b59ccd2>>. Citováno 10. 1. 2021.

osobnostní práva, konkrétně právo na vyřčené slovo (*das Recht auf gesprochenes Wort*).¹⁵⁵ Záznam by mohl být legálně pořízen jen ve výjimečných případech jednání v krajní nouzi nebo za okolností krajní nouzi podobných, případně na základě poměřování kolidujících zájmů.

Případ hlasitého odposlechu řešil BGH v dalším významném rozsudku.¹⁵⁶ V tomto případě šlo o přípustnost dvou svědeckých výpovědí o obsahu telefonátu, kdy svědkové přihlíželi tomu, kterak jiný člověk kontaktoval volaného telefonem, v němž byl bez vědomí obou účastníků hovoru zabudován reproduktor, takže bylo slyšet vše, co volaný říká. BGH důkaz vyhodnotil jako přípustný, protože skutkové okolnosti byly takové, že jeden ze svědků umožnil volajícímu zavolat volanému ze své pracovny, čemuž byl pouze shodou okolností přítomen jiný člověk, bez jakéhokoli postranního úmyslu. Soud zde nastínil myšlenku, že v obchodním styku a profesní oblasti je vzhledem k rozvoji AV techniky poměrně běžné, že partneri určitým způsobem monitorují vzájemnou komunikaci. To může mít ryze věcné, praktické důvody, aniž by zároveň došlo k nezákonnému porušení osobnostních práv.

V případě, nazývaném *Lochbaberfall*,¹⁵⁷ žalobce, který se chtěl rozvést se svou manželkou, v rozvodovém řízení navrhl důkaz svědectvím muže, kterému bez vědomí manželky zpřístupnil místnost sousedící s bytem manželů. Díky dvěma otvorům ve stěně tento „agent“ nepozorovaně vyslechl rozhovory manželů, v nichž žalovaná manželka svého chotě ponižovala a nadávala mu, což žalobce chtěl prokázat jako případ porušení manželských povinností. BGH dospěl k závěru, že takový důkaz je nepřipustný, neboť byla jeho opatřením porušena nedotknutelnost obydlí ve smyslu čl. 13 odst. 1 GG a ostatně i manželská povinnost. BGH dodal, že bylo třeba uvážit i možnost prokázání tvrzených skutečností účastnickými výslechy manželů. V dalším rozsudku¹⁵⁸ BGH řešil případ, kdy neznámá žena žalobci v anonymních telefonátech vyhrožovala a obtěžovala jej. Žalobci se za pomoci německé pošty podařilo odchodit hovory lokalizovat tak, že jej informace dovedly k osobě žalované. BGH zopakoval, že je třeba v každém jednotlivém případě poměřovat práva a zájmy obou zúčastněných. V tomto případě byly získané informace včetně později pořízené nahrávky telefonního hovoru inciovaného žalovanou přípustným důkazem, jelikož byly nezbytné k žalobcově právní ochraně.

¹⁵⁵ K ústavní ochraně tohoto konkrétního osobnostního statku dále viz např. usnesení BVerfG ze dne 31. 1. 1973, sp. zn. 2 BvR 454/71. Dostupné na <<https://openjur.de/u/180606.html>>. Citováno 24. 1. 2021.

¹⁵⁶ rozsudek BGH ze dne 21. 10. 1963, sp. zn. AnwSt (R) 2/63. Dostupné na <<https://research.wolterskluwer-online.de/document/75df9965-9aeb-417b-a265-9e2bcf52065c>>. Citováno 10. 1. 2021.

¹⁵⁷ rozsudek BGH ze dne 19. 6. 1970, sp. zn. IV ZR 45/69. Dostupné na <<https://research.wolterskluwer-online.de/document/d37fe8f7-8e08-4aa4-873d-e6e9334f9dce>>. Citováno 24. 1. 2021.

¹⁵⁸ rozsudek BGH ze dne 24. 11. 1981, sp. zn. VI ZR 164/79. Dostupné na <<https://research.wolterskluwer-online.de/document/58c73c40-a99a-4551-8678-fe04ed3f1664>>. Citováno 24. 1. 2021.

Problematiku nahrávání telefonátů obchodního rázu řešil BGH v dalším významném rozsudku.¹⁵⁹ Žalobce se domáhal zničení zvukového záznamu telefonního hovoru, který s ním vedla manželka žalovaného o obchodních vztazích. Podle BGH všeobecná osobnostní práva člověka nepoživají absolutní ochrany, pokud ovšem není dotčena intimní sféra soukromého života dotyčného člověka. V ostatních případech lze výjimečně ospravedlnit použití důkazu opatřeného porušením statusových práv kolidujícími zájmy. Tímto zájmem ovšem nemůže být, jak se stalo v projednávaném případě, pouhý sokromý záměr využít takto získaný důkaz před soudem k prosazení vlastního soukromého nároku.¹⁶⁰ Obecný zákaz takových důkazních prostředků platí i pro tajně nahrané hovory zaměřené na obchodní vztahy. Protože i takové hovory jsou projevem osobnosti zúčastněných. Zde BGH správně vystihl fakt, že projevem osobnosti je lidský hlas, nikoli téma hovoru.

K podobnému hodnocení zájmu na prokázání určité skutečnosti BGH dospěl v rozsudku¹⁶¹ řešícím situaci, kdy žalobkyně požadovala vrácení dvou zápůjček, zatímco žalovaný popíral, že by peníze obdržel. Žalobkyně tedy navrhla výslech své tchyně, která tajně vyposlechla rozhovor mezi svým manželem (tchánem a práním předchůdcem žalobkyně), jež vedl ve svém bytě s žalovaným, který potvrdil svou ochotu vrátit jednu ze zápůjček. BGH důkaz nepřipustil se zdůvodněním, že pouhý zájem na prokázání sporných skutečností nemůže opodstatnit použití nezákonně získaného důkazního prostředku.

Pracovněprávní případ posuzoval BVerfG v usnesení z počátku devadesátých let.¹⁶² Žalobce, který dříve působil jako šéfredaktor novin, podal žalobu proti výpovědi z pracovního poměru založené na tom, co žalobce řekl v telefonním rozhovoru s členem představenstva žalovaného zaměstnavatele. Ten tajně nahrával všechny hovory, které žalobce na příslušném služebním telefonu absolvoval. Soud deklaroval, že lidskoprávní ochrana vyřčeného slova nemůže být upozaděna pouhým povědomím o technické možnosti záznamu hovoru. Mluvčí má právo určit okruh adresátů svých slov, na čemž nic nemění profesní charakter jeho hovoru.¹⁶³ Právní ochrana se tím pádem vztahuje i na profesní oblast. Je třeba vzájemně poměřovat osobnostní práva dotčeného účastníka řízení se zájmy toho, kdo takový důkaz navrhuje. Soud zde také vyslovil důležitou myšlenku, že provede-li soud nezákonně opatřený důkaz (který provést neměl – pozn.

¹⁵⁹ rozsudek BGH ze dne 13. 10. 1987, sp. zn. VI ZR 83/87. Dostupné na <<https://research.wolterskluwer-online.de/document/73bdf51a-3263-4148-abb9-261cc237fdf6>>. Citováno 24. 1. 2021.

¹⁶⁰ Tento správný názor se vyskytuje i v mladších rozhodnutích. Viz např. rozsudek BGH ze dne 18. 2. 2003, sp. zn. XI ZR 165/02. Dostupné na <<https://openjur.de/u/185143.html>>. Citováno 25. 1. 2021.

¹⁶¹ rozsudek BGH ze dne 4. 12. 1990, sp. zn. XI ZR 310/89. Dostupné na <<https://research.wolterskluwer-online.de/document/75f3ec2f-d881-4275-abab-2f117e6d600a>>. Citováno 24. 1. 2021.

¹⁶² usnesení BVerfG ze dne 19. 12. 1991, sp. zn. 1 BvR 382/85. Dostupné na <<http://www.afs-rechtsanwalte.de/urteile/21-zulaessigkeit-abhoeren-dienstgesprach-arbeitgeber.php>>. Citováno 24. 1. 2021.

¹⁶³ Srov. též usnesení BVerfG ze dne 3. 6. 1980, sp. zn. 1 BvR 185/77. Dostupné na <<https://openjur.de/u/177026.html>>. Citováno 24. 1. 2021.

aut.), i on tím obvykle poruší osobnostní práva toho kterého účastníka podle čl. 2 odst. 1 ve spojení s čl. 1 odst. 1 GG.

Pracovněprávní spor projednával rovněž BAG, jehož rozsudek zakončil případ,¹⁶⁴ v němž žalobkyně, zaměstnaná v divadle jako suflérka, zažalovala svého zaměstnavatele o zaplacení pracovní odměny, o jejíž správnou výši se obě strany přely. Jako jeden z důkazů označila svědectví svého partnera, který díky tomu, že žalobkyně na svém telefonu aktivovala hlasitý odposlech, tajně vyslechl příchozí hovor pověřeného pracovníka žalovaného, jemuž přirozeně nebylo řečeno, že jej slyší ještě někdo jiný, než žalobkyně. Soud, cituje výše rozvedený rozsudek sp. zn. AnwSt 2/63 (R),¹⁶⁵ zaujal názor, že bylo porušeno osobnostní právo volajícího, který měl sám právo rozhodnout, komu jsou jeho slova určena, a sice přesto, že se rozhovor vztahoval k pracovněprávnímu vztahu, nikoli k soukromému životu. BAG tedy odmítl svědeckou výpověď druhá žalobkyně o obsahu inkriminovaného telefonátu jako nepřijatelný důkaz se zdůvodněním, že žalobkyně narušila právo volajícího na vyřčené slovo tím, že umožnila hovor vyslechnout jinému člověku. Takové důkazy jsou obecně nepřijatelné. Ten, kdo volá jinému, musí počítat s tím, že se volaný bude právě nacházet v něčí společnosti. To však neznamená, že by byl povinen akceptovat možnost, že jeho slova budou zaznamenána, případně dokonce později použita, někým jiným, než volaným.

Pravděpodobně nepřínosnějšími a nejcitovanějšími rozhodnutími jsou usnesení BVerfG o dvojici ústavních stížností.¹⁶⁶ Té první předcházela situace, v níž šlo o vzájemné nároky žalobce a žalovaného z kupní smlouvy na motorové vozidlo. Sporné skutečnosti zazněly ve vzájemných telefonátech, z nichž jeden bez vědomí žalovaného vyslechla opodál stojící žalobcova matka. Ve druhém případě jako žalobce vystupoval pronajímatel, který se vůči žalované s. r. o. jako nájemkyni snažil dokázat rozhodné skutečnosti za pomoci svědecké výpovědi své dcery, která opět vyslechla jeho hovor s žalovanou, hlasitě reprodukováný prostřednictvím zařízení handsfree. Soud zopakoval názor, že není podstatné, má-li inkriminovaná komunikace soukromý, obchodní nebo politický obsah.¹⁶⁷ V bodě 29 odůvodnění svého usnesení připomněl, že provedením nezákonných důkazů porušil osobnostní práva dotyčného také soud samotný. V bodech 34 – 36 soud správně odlišil soukromí od vyřčeného slova tím, že jde o dva odlišné osobnostní statky, byť společně

¹⁶⁴ rozsudek BAG ze dne 29. 10. 1997, sp. zn. 5 AZR 508/96. Dostupné na <https://www.judicialis.de/Bundesarbeitsgericht_5-AZR-508-96_Urteil_29.10.1997.html>. Citováno 24. 1. 2021.

¹⁶⁵ a podobně vyznívající rozsudek BGH ze dne 17. 2. 1982, sp.zn. VIII ZR 29/81

¹⁶⁶ usnesení BVerfG ze dne 9. 10. 2002, sp. zn. 1 BvR 1611/96 a 1 BvR 805/98. Dostupné na <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/96/1bvr-1611-96.php3>>. Citováno dne 24. 1. 2021.

¹⁶⁷ Viz též rozsudek BVerfG ze dne 14. 7. 1999, sp. zn. 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95 a 1 BvR 2437/95. Dostupné na <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/07/rs19990714_1bvr222694.html>. Citováno dne 24. 1. 2021.

pramenící v právní akceptaci lidské osobnosti. Výstižně uvedl, že věcný obchodní rozhovor se může snadno proměnit ve vysoce osobní, důvěrnou rozmluvu a naopak, přičemž to nikdy nelze předvídat. BVerfG vyřkl názor, že žádný z obou volajících neadresoval svůj hovor neurčitému okruhu adresátů, nýbrž právě jen volanému. V bodě 51 soud znova přestřel, že z pouhé vědomosti o technických prostředcích záznamu hovoru zásadně nelze odvodit konkludentní přivolení k takovému aktu. Odpověď na otázku, zda je možné takový důkaz provést, by měla být výsledkem poměrování právem chráněných zájmů toho, kdo důkaz navrhuje, s osobnostními právy toho, proti němuž je navržen.¹⁶⁸

K problematice určování otcovství se vztahuje další rozsudek BGH.¹⁶⁹ Žalobce žalobou popřel své otcovství k nezletilému žalovanému, svěřenému do péče své matky. Hlavním důkazem vyvracejícím jeho otcovství bylo žalobcem soukromě zjednané znalecké dobrozdání založené na analýze vzorku slin ze žvýkačky, která byla tajně odebrána žalovanému. BGH se usnesl na názoru, že tajným odebráním bylo porušeno osobnostní právo žalovaného ve formě práva na informační sebeurčení podle čl. 2 odst. 1 GG, protože je důkaz nepřipustný.

Vidíme, že si německé soudy postupně osvojily metodu poměrování kolidujících práv a zájmů na pozadí jedinečných skutkových okolností každého právního případu. Judikatura pochopitelně - jak samo sebou plyne z faktu, že je výsledkem řešení mnoha vždy individuálních, navzájem odlišných kauz - nenabízí ucelenou teorii nezákonných důkazů, nýbrž jen tu lépe, tu hůře zdůvodněné odpovědi na dílčí otázky. Narozdíl od níže rozvedené české judikatury¹⁷⁰ ovšem skýtá fundované názory na určité právní otázky. Lze souhlasit zásadě se všemi dílčími názory v ní vyjádřenými, až metodu vystavěnou na individualizovaném poměrování.

Právě ta je v tuto chvíli podstatná. V podrobnostech se k ní vrátíme níže,¹⁷¹ při hledání možného základu české teorie. Zde vyzdvihneme její klíčový specifický rys. Poměrování je na jednu stranu velmi sofistikovanou cestou nalézání práva, neboť umožňuje zohlednit všechny jedinečné skutkové okolnosti případu a nakonec dospět k individuálně spravedlivému výsledku. Právě v tom je ale i jeho Achillova pata; je přespříliš závislé na neopakovatelných niancích dané životní situace, protože je jeho výsledek málo předvídatelný.¹⁷² Musíme na ně pohlížet nejen z pohledu právního profesionála, který jím řeší určitý právní případ. Jde přece především o problém jednajícího subjektu. Jestliže se mnohdy ani právníci neshodnou na správném výsledku poměrování v konkrétním případě, jak je možné znalost tohoto výsledku požadovat po laikovi, který chce

¹⁶⁸ Viz též usnesení BVerfG ze dne 31. 1. 1973... op. cit.

¹⁶⁹ rozsudek BGH ze dne 12. 1. 2005, sp. zn. XII ZR 227/03. Dostupné na <<https://openjur.de/u/198504.html>>. Citováno 25. 1. 2021.

¹⁷⁰ Viz 5.3.2.

¹⁷¹ Viz 4.10., 4.11.

¹⁷² Viz WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis...*, s. 83; MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 112; GEMMEKE: *Beweisverwertungsverbote...*, s. 226.

dodržet zákon a rozhoduje se, zda má jednat s rizikem, že jeho jednání bude někdy v budoucnu autoritativně posouzeno jako odporující principu proporcionality a tudíž protiprávní (sic!)?

3.7. Shrnutí

Žádná z výše představených teorií není natolik přesvědčivá, aby ji bylo možno bezezbytku přenést do českého právního diskursu. Každou totiž právem můžeme poměrně výrazně kritizovat pro ten který, výše rozvedený, nedostatek. Proto je nezbytné vytvořit svébytnou českou teorii, v níž se můžeme inspirovat některými dílčími prvky výše analyzovaných teorií.

4. Obecný normativní základ české teorie

V této části budeme v českém právním řádu hledat obecnou, hodnotově podbarvenou normativní právní ideu, z níž by se dalo odvodit buďto povolení, nebo zákaz nezákonného důkazu coby základ teorie nezákonného důkazu. A to jak na úrovni textu, tak v rovině teleologického pozadí zákona.

4.1. Ústavní, anebo podústavní problém?

Výše jsme vysvětlili,¹⁷³ co brání vytvoření lidskoprávní teorie nezákonného důkazu. Odmyslíme-li si však tuto překážku, zůstává otázka, jestli problém náleží do oblasti ústavně, anebo podústavně zaručených práv. Podle čl. 95 odst. 1 části věty před středníkem Ústavy je „*soudce při rozhodování vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu.*“ Podle čl. 10 Ústavy pak „*vyhlášené mezinárodní smlouvy, ke jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.*“ Avšak podle čl. 95 odst. 2 Ústavy, „*dojde-li soud k závěru, že zákon, jehož má být při řešení věci použito, je v rozporu s ústavním pořádkem, předloží věc Ústavnímu soudu.*“ Ústavní pořádek přitom nezahrnuje pouze právní předpisy vyjmenované v čl. 112 Ústavy, nýbrž i ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách.¹⁷⁴ Takovou je též pro ČR závazná EÚLP. To znamená, že dojde-li soud k názoru, že zákon, který chce aplikovat, je v rozporu s EÚLP, musí věc po neúspěšném pokusu o výklad souladný s EÚLP předložit ÚS.

Totéž platí pro případ rozporu podústavního zákona s ostatními částmi ústavního pořádku včetně LZPS. Obecný soud je tudíž povinen aplikovat zejména podústavní zákony a ústavní pořádek má použít spíše jako jakýsi referenční rámec jejich výkladu a použití (§ 2 odst. 1 o. z., čl. 1 odst. 1, čl. 4 a 90 Ústavy). Přesněji řečeno, podústavní zákon by měl mít ve své podstatě jakousi „aplikační přednost.“¹⁷⁵ Tato myšlenka není tak kacířská, jakou se může jevit. Výše bylo vyloženo, že Ústava a LZPS postrádají významově jednoznačné ustanovení typu čl. 1 odst. 3 GG o bezprostřední závaznosti základních práv pro všechnu státní moc. Proto je jejich plnohodnotný horizontální přímý účinek výrazně problematický. Jednoznačně platí pouze povinnost ústavně a mezinárodně právně konformního výkladu, tedy účinek nepřímý.

Dále je třeba zdůraznit, že příslušná ustanovení ústavního pořádku jsou vysoce obecná; výkladové pravidlo *lex specialis derogat legi generali* sice nelze použít na právní předpisy různé právní síly, je ovšem možné podpořit jím argument, že specifitější právní pravidlo konkretizuje pravidlo

¹⁷³ Viz 3.4.1.

¹⁷⁴ Viz nález ÚS ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl.ÚS 36/01 (N 80/26 SbNU 317).

¹⁷⁵ K této otázce viz velmi přesvědčivou analýzu Reichenbachovu. REICHENBACH: § 1004 BGB als Grundlage..., s. 48-53, 216, 221. Viz též MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 98, 112.

obecnější, byť vyšší právní síly. Ustanovení o lidských právech navíc zásadně nezakotvují žádné povinnosti ve formě příkazů ani zákazů. Těžko z nich tedy lze vyvodit konkrétní pravidla právní přípustnosti důkazu. Navíc musíme uvážit, že i když jsou všechny české soudy povinny přizpůsobit výklad a použití podústavních norem přinejmenším LZPS, v tuzemsku se uplatňuje tzv. konkrétní specializovaný, nikoli všeobecný difúzní model ústavního soudnictví. V onom modelu existuje pouze jeden specializovaný soudní orgán ochrany ústavnosti – Ústavní soud České republiky. Z toho plynou specifika jeho aplikační praxe a notně odlišná právní úprava, jež se promítla např. do ustanovení o prvořadě vázanosti ÚS ústavním pořádkem a zákonem o ústavním soudu (čl. 88 odst. 2 Ústavy). Ze všech těchto důvodů by se i teorie nezákonných důkazů v rovině subjektivně právní měla orientovat přednostně na podústavní právo.

4.2. Aplikace práva na spravedlivý proces?

Jedním ze základních práv je i právo na spravedlivý proces. I přes právě podanou odpověď stran podústavní relevanci zkoumaného problému reflektujeme fakt, že problém použití nezákonného důkazu bývá někdy řešen právě aplikací práva na spravedlivý proces.¹⁷⁶ Právo na důkaz je sice součástí práva na spravedlivý proces.¹⁷⁷ Právo na spravedlivý proces je veřejné subjektivní právo, které účastníkovi zaručuje určité parametry úředního procesu řízeného orgánem veřejné moci; je tudíž právem jednotlivce vůči státu. Je to právo procesního typu, protože je částí obsahu a naplňuje se v rámci procesněprávního vztahu, který vzniká mezi státem a účastníky řízení s jeho zahájením. Toto právo má několik zvláštností. Jednak je z pohledu výsledku řízení „slepé.“ Jeho plné zachování účastníkovi nezaručuje úspěch v řízení a naopak; porušení tohoto práva neznamená, že řízení pro něj skončí špatně.¹⁷⁸ Účastníkovi pouze dává možnost uplatnit a vymoci svá skutečná soukromá subjektivní práva v procesu, který lze vnímat jako férový. Hlavní specifikum tohoto práva záleží v tom, že spravedlivý proces je hodnota, na niž mají právo obě strany, které ovšem obvykle sledují protichůdné zájmy na výsledku řízení.

Každý z účastníků má vlastní subjektivní právo na spravedlivý proces. Ten je ovšem zároveň jediným celkem sdíleným všemi účastníky a regulovaným objektivním právem. Je-li porušeno právo jednoho z účastníků na spravedlivý proces, druhý účastník to zpravidla vůbec nevnímá jako své vlastní příkoří. Spíše právě naopak. V této situaci však proces přestal být spravedlivý jako celek, jelikož např. jednoho z účastníků nepřijatelně znevýhodňuje. Právo na spravedlivý proces je navíc vysoce obecné – má celou řadu prvků jako např. právo na rozhodnutí

¹⁷⁶ Viz např. nález ÚS ze dne 9.12.2014, sp. zn. II. ÚS 1774/14 (N 221/75 SbNU 485), Dále viz TŮMA, Pavel. In BÍLKOVÁ, Jana a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část* (§ 1–654). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 533 (§ 88 o. z.).

¹⁷⁷ Viz i BARTOŇ: *Základní práva...*, s. 510.

¹⁷⁸ tamtéž, s. 509-510.

v přiměřené lhůtě, právo být slyšen či právo na důkaz. Z těchto důvodů nemohou subjektivní práva účastníků na spravedlivý proces v daném kontextu působit antagonisticky. Právo na spravedlivý proces tvoří jen jakýsi referenční rámec, v němž se případné poměrování kolidujících hodnot může odehrávat – nikoli jeho předmět.¹⁷⁹ Otázku použití nezákonného důkazu tak nelze řešit aplikací práva na spravedlivý proces.

4.3. Právo na důkaz

Právo na důkaz jako složka práva na spravedlivý proces je z pohledu účastníka civilního soudního řízení nástrojem k použití důkazního prostředku.¹⁸⁰ Konfrontujme jej tedy s nezákonným důkazem. Vztahuje se subjektivní právo na důkaz i na důkaz nezákonný? Můžeme říci, že je omezeno jedinečně na důkazy závažné a zákonné? Ve světle dosavadních poznatků není ničím jiným, než všeobecným právem na účinné použití tvrzené životní situace k prosazení práva před soudem. To je jeho podstata. Ta ovšem nepředstavuje jediný jeho rozměr. Všimněme si nejprve abstraktnosti subjektivního důkazního práva, ukrývající se ve znaku *tvrzení*.

Bylo by přece neobhajitelné argumentovat, že právo na důkaz má jen ten, kdo před jeho označením tvrdí skutečnost, která se doopravdy stala a k jejímuž prokázání má právě onen důkaz vést. Právo na důkaz svědčí zásadně každému účastníkovi bez ohledu na pravdivost jeho tvrzení a nemůže být zkráceno něčím, co je v okamžiku rozhodování o důkazním návrhu objektivně nejisté. Aby však důkaz skutečně spojoval skutek s právem, měl by – jak bylo výše s odkazem na Weichbrodovu teorii vysvětleno – „odkrýt“ skutečnosti, na nichž soud musí založit rozsudek.¹⁸¹ Pak totiž důkaz naplní svou funkci a umožní účinné použití tvrzené životní situace a soudní ochranu práva. Proto musí být podstatou práva na důkaz jakási obecná možnost dosáhnout tohoto výsledku. Ta ovšem samozřejmě nevylučuje existenci důkazních prostředků, které zmíněnou funkci nejen nenaplnily, ale třeba ani od počátku neměly, protože byly např. čistou procesní obstrukcí. Tento fakt nicméně nesmí zastříti smysl práva na důkaz. Vzpomeňme ostatně na jeho procesuální aspekt v podobě procesního stadia prokázání daného tvrzení.¹⁸² Vidíme, že se podstata důkazního práva neupíná v prvé řadě na (konkrétní) důkazní prostředek, nýbrž na životní situaci. To by mohlo svádět k závěru, že existuje i právo na provedení nezákonného důkazu, poněvadž i ten může sloužit k osvětlení tvrzené životní situace. Pak by ovšem nemohl existovat žádný zákaz použití důkazu,

¹⁷⁹ V této souvislosti je chybný názor, vyřčený v usnesení ÚS ze dne 26. 5. 2004, sp. zn. I.ÚS 290/04 (U 34/33 SbNU 539), že právo na spravedlivý proces svědčí jen nositeli příslušného hmotného subjektivního práva. Soudní řízení sice slouží k ochraně pouze skutečných, nikoli domnělých práv. Žalobní právo je nicméně abstraktní, tedy nezávislé na existenci tvrzeného hmotného práva (srov. § 12 o. z.). Žalobce, který není subjektem toho kterého hmotného práva, tak sice nemůže očekávat příznivé rozhodnutí, na soud se nicméně obrátit může a zamítavé rozhodnutí musí být teprve výsledkem procesu, spravedlivého i pro žalobce.

¹⁸⁰ Srov. 2.8.2.

¹⁸¹ Viz 2.3.

¹⁸² Viz 2.2.

protože jedno a totéž jednání nemůže být povoleno a zakázáno zároveň. Z obecné podstaty důkazního práva ještě samo sebou nevyplývá, že je neomezené. Již proto, že právo na důkaz má svou podstatu, kterou však obklopuje druhá jeho oblast.

Skutečné je to, co působí. Právo je nástrojem mocenské regulace společenských vztahů. Nestačí tedy explikovat podstatu práva na důkaz. Musíme ještě analyzovat, čím se v soudním řízení vůčihledně projevuje. Kdyby byla podstata jedinou dimenzí práva na důkaz, museli bychom říci, že se ono právo manifestuje teprve vyhodnocením důkazního prostředku jako důkazu, který skutečně objasňuje tvrzenou skutečnost – nebo nanejvýš nejdříve v okamžiku provedení důkazu. Analýzu druhé oblasti subjektivního důkazního práva si usnadníme exkurzem do jednotlivých fází dokazování. Účastníci civilního soudního řízení jsou povinni důkaz především označit (§ 120 odst. 1 první věta o. s. ř.), resp. předložit (§ § 75 odst. 3, 79 odst. 2 o. s. ř.). Jsou-li tím povinni, přirozeně je to i jejich právo – právo na důkaz. Kdyby neměli právo na důkaz, stěží by na něm soud v řízení, podléhající zásadě projednací a dispoziční, mohl založit rozsudek. Právo na důkaz nesvědčí soudu, nýbrž účastníkovi. Proto se uplatňuje právě v okamžiku vznesení důkazního návrhu (popř. návrhem na zajištění důkazu). Ty by soud nemohly zavázat k reakci, kdyby nebyly právně možné.

Dále, je fyzicky nemožné, aby soud o důkazním návrhu rozhodl již právě ve chvíli jeho podání. V této fázi tak není důkazní právo *a priori* ničím omezeno. Dalo by se sice diskutovat o tom, že podle § 120 odst. 1 první věty o. s. ř. jsou „*účastníci povinni označit důkazy k prokázání svých tvrzení.*“ Že tudíž nemají právo označit důkaz nezákonný ani irelevantní, neboť ty nemohou jejich skutková tvrzení prokázat. V civilním procesu platí zásada, že neznalost zákona neomlouvá a také teorie projevu vůle, podle níž má vůle projevená přednost před vůlí skutečnou, jejíž pohnutky jsou přitom právně irelevantní. V konečném důsledku tedy není podstatné, věděl-li účastník o nezákonnosti či irelevanci důkazu a co jej vedlo k jeho označení. Účastník má povinnost řádného vedení sporu. Dodržení této povinnosti je však zásadně třeba zkoumat i s ohledem na zavinění, které je subjektivní stránkou jednání. Ta sice není v procesu zásadně irelevantní (srov. § § 75b odst. 3 písm. a), 118b odst. 1 třetí věta či 147 odst. 1 o. s. ř.), nicméně její zkoumání může proces třístit a komplikovat.

Předložení nezákonného a hlavně irelevantního důkazu samozřejmě nemusí být projevem nepoctivosti, ale velmi často spíše nedůslednosti či ledabylosti. I tyto úsudky soud navíc činí až po označení, popř. předložení důkazu. Vidíme, že povinnost poctivého vedení sporu v případě nezákonného a irelevantního důkazu ve fázi důkazního návrhu vykazuje jednak omezenou působnost, druhak poměrně problematickou praktickou vynutitelnost. Proto v daném okamžiku nemůže působit jako zákazová právní norma proti právu důkazního návrhu. Citované ustanovení

proto musíme číst takto: „účastníci jsou povinni označit důkazy, které podle jejich skutkové verze mají prokázat jimi tvrzené skutečnosti

Důkazním návrhem však práce s důkazem nekončí – naopak jím začíná. V touž chvíli na scénu vstupuje soud, který se s navrženým důkazem musí vypořádat. Účastníkově důkazní právo působí dál a otázka zní, zda a jak je v této další fázi omezeno nezákonností či irelevancí důkazu. Jak důkazní právo z obecného hlediska hmatatelně působí v procesním postupu soudu? Provedením důkazu, nebo jen tím, že se soud musí důkazním návrhem viditelně zabývat? Přičemž to, jestli mu i vyhoví, je už jinou věcí? Prvním způsobem zcela určitě. Jak je tomu u nezákonného a irelevantního důkazu? Není možné zabránit účastníkovi, aby vůbec předložil nezákonný či irelevantní důkaz. ÚS sice v judikatuře stran opomenutých důkazů přímo neřekl, jestli soud nezákonný či irelevantní důkaz odmítnout *musí*, avšak z požadavků legality a efektivity procesu přirozeně plyne, že by tak učinit měl. Rozumíme-li právu na důkaz ve fázi po vznesení důkazního návrhu jako *právu na provedení důkazu*, nemůže se orientovat jen na věrohodné důkazy, poněvadž otázka věrohodnosti je jádrem hodnocení důkazu, které zásadně následuje až po jeho provedení.

Mohlo by však vyloučit důkazy nezákonné a irelevantní. Nezákonnost a irelevance jsou, jak bylo výše uvedeno, právními otázkami, jež by v zájmu legality a efektivity soudního řízení měly být v ideálním případě zodpovězeny ještě před provedením důkazu. Výše bylo naznačeno, že zatímco hodnocení důkazů je jakýmsi vyvrcholením dokazování, provádění je jeho základem. Jak naznačuje již samotný název této fáze dokazování, bez provedení důkazů bychom ani nemohli hovořit o důkazech v procesním smyslu. Právě provedením důkazu se totiž začíná citelně projevat výše rozvedené právo, použít před soudem životní situaci. Neprovedený důkaz je jako základ skutkového závěru *a priori* vyloučen. To, jestli je jeho neprovedení zdůvodněno, na tom nic nemění.

Druhý výše nastíněný obsah práva na důkaz v procesním stadiu následujícím po důkazním návrhu nastoluje obecnou otázku, jestli je možnost podat určitou žádost (zde o provedení důkazu) vůbec právem. Kdyby se totiž žádost vztahovala k něčemu, na co žadatel nemá právní nárok, bylo by zbytečné její zamítnutí zdůvodňovat. I kdyby žadatel zdůvodnění obdržel, výsledek by byl stejný. Žadatel vždy žádá o něco. Ono něco je smyslem žádosti, na který buďto je, nebo není právní nárok. Podstatný je tudíž nárok, ne sama žádost. Právo na odůvodnění jako součást práva na spravedlivý proces z historického hlediska existuje v podstatě jen (nebo alespoň hlavně) proto, že existuje opravný orgán, pro který je právě odůvodnění jedinou možností, jak přezkoumat úvahu představující základ napadeného rozhodnutí. Žadatel důvody nemusí znát, neboť autorita rozhodnutí nevychází v první řadě z důvodů, nýbrž z mocenské nadřazenosti orgánu, který rozhodnutí vynesl. Kdyby opravné prostředky neexistovaly, musel by adresát rozhodnutí

akceptovat definitivně, protože je vydal mocenský orgán. Odůvodnění (přínejmenším to písemné) by pak bylo takřka zbytečné.

Avšak vývoj evropské právní kultury započatý po druhé světové válce směřuje k materiálnímu právnímu státu, v němž jsou všechny mocenské zásahy ospravedlněny nejen zákonem *per se*, ale i jeho obsahem. Vše by se zkrátka mělo dít též na základě obhajitelného důvodu. Navíc je třeba vnímat, že i když je klíčový nárok samotný, musí zde být možnost reálně jej uplatnit. To se děje právě za pomoci žádosti, která znamená, že žadatel využil možnosti dané mu právním řádem, kterou v právním diskursu běžně nazýváme *právem*. Z hlediska legality a efektivity procesu by ovšem nedávalo smysl, aby soud neměl možnost předem odmítnout důkazy nezákonné a irelevantní.

Příklad 8: *žalující banka, třebas omylem, jako důkaz o poskytnutí a nesplácení úvěru žalovaným předloží i výpisy z jiného úvěrového účtu žalovaného, který však není předmětem řízení. Jaký má smysl provádět takový důkaz?*

Dále zdůrazníme, že ne každý důkazní návrh má za cíl prokázání. Některé jsou ryzí procesní obstrukcí vedenou snahou oddálit věcné rozhodnutí nebo zmást soudce. Rozhodující je, že právo na důkaz se znatelně uplatňuje teprve provedením důkazu a že účastníci mají povinnost řádného vedení sporu, k níž bezesporu patří též povinnost zdržet se nezákonných, irelevantních či obstrukčních důkazních návrhů. Právo na odůvodnění zamítnutí důkazního návrhu je spíše projevem práva na odůvodnění soudního rozhodnutí coby jiné složky spravedlivého procesu, než samotného práva na důkaz. Míjí se tudíž přínejmenším s podstatou práva na důkaz. Právo na důkaz je tedy ve fázi provedení *právem na provedení zákonného a relevantního důkazu*. A to přesto, že za určitých okolností může být legálně proveden i neprávem získaný důkaz. Zaprvé je totiž zákonnost důkazu výchozím pravidlem, které připouští výjimky. Zadruhé může být použití nezákonného důkazu v konečném důsledku podloženo opět jen zákonem. Nezákonnost a irelevance důkazu jsou právními aspekty důkazního prostředku. Právě proto mohou ve fázi provádění důkazu omezit právo na důkaz. Nevěrohodnost je skutkový, kognitivní element. Proto nemůže právo na důkaz usměrnit.

V tomto pojetí omezenosti práva na důkaz není zapovězeno samotné použití životní situace před soudem; je zakázáno učinit tak nedovolenými prostředky.¹⁸³ Pouze v jedinečné situaci, kdy je nezákonný důkaz jediným dostupným prostředkem prokázání daného tvrzení, splývají obě omezení vjedno. Protože se tu zákaz důkazního prostředku dotýká samotné podstaty práva na důkaz. Právě proto si tato situace zaslouhuje zvláštní pozornost, kterou jí věnujeme níže.¹⁸⁴ Zde

¹⁸³ Viz 2.3.

¹⁸⁴ Viz 5.3.7.

sumarizujeme, že právo na důkaz je výše uvedeným způsobem limitováno a že účelem tohoto limitu je vyloučit nezákonný a irelevantní důkazní prostředek, nikoli právo na důkaz v jeho podstatě. Proto jde o limit obecně přípustný. Omezení práva na důkaz koresponduje s omezením zásady „materiální pravdy,“ jelikož důkaz je nástrojem osvětlení „forenzní pravdy,“ lépe řečeno forenzní skutečnosti; dokonalá rekonstrukce skutečnosti není úběžníkem snahy soudu a účastníka v mezích zákona.¹⁸⁵ Tak jako není „odhalení pravdy“ z pohledu soudu leitmotivem jeho procesního postupu, nesvětí tento účel z pohledu účastníka všechny prostředky, které by mohl využít na základě ničím nekorigovaného práva na důkaz.¹⁸⁶

Analyzované omezení práva na důkaz již není ve fázi hodnocení důkazu potřebné, poněvadž neprovedený důkaz byl vyloučen ze skutkového základu rozsudku, v jehož odůvodnění je pouze třeba negativně jej vyhodnotit, a sice vysvětlením důvodu jeho neprovedení. Při hodnocení důkazu již soud tvoří skutkovou větu nebo věty, z nichž při konfrontaci s hypotézami rozhodných právních norem odvozuje právní větu či věty, které jsou základem výroku jeho rozsudku. Neprovedený důkaz nemá na skutkovou větu žádný vliv. Při hodnocení důkazů jde totiž o vložení skutkové informace z něj odvozené do mozaiky skutkové věty. Omezení práva na důkaz může ve stadiu hodnocení nabýt významu pouze ve zvláštním případě provedení důkazu, který neměl být proveden. Tento problém je však již natolik konkrétní a zároveň jedinečný (protože předpokládající porušení zákona), že o něm pojednáme níže.¹⁸⁷

4.4. Krajiní nouze a nutná obrana

Jednání v nutné obraně, krajiní nouzi či za jiných okolností vylučujících protiprávnost bychom mohli vnímat jako důvod použití nezákonného důkazu. Pomiňme okolnost, že jsou podobné normy použitelné prakticky pouze na případ materiálně protiprávně opatřeného důkazu. Reichenbach v této souvislosti dochází k závěru, že provedení důkazu nelze ospravedlnit krajiní nouzí ani nutnou obranou, poněvadž zákonnost důkazu je třeba posoudit před jeho provedením, ale skutkové znaky okolností vylučujících protiprávnost lze (zpravidla – pozn. aut.) prokázat jedině provedením důkazu.¹⁸⁸ To je zcela přesné. A totéž platí pro skutkové znaky povolené svépomoci a vůbec každé normy, která z pohledu navrhovatele opodstatňuje použití daného důkazu.

¹⁸⁵ Srov. 2.3.

¹⁸⁶ Srov. MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 93.

¹⁸⁷ Viz 5.3.5.

¹⁸⁸ REICHENBACH: *§ 1004 BGB als Grundlage ...*, s. 199, 204, 227. Viz i ZEISS: *Die Verwertung...*, s. 384.

4.5. Princip legality

4.5.1. Obecně

Podle principu legální licence (čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 LZPS) smí stát činit jen to, co mu zákon povoluje a jen povoleným způsobem. I to je projev ideje právního státu, v němž je nejvyšší autoritou zákon, jemuž se dobrovolně podřizuje i stát samotný. Proto ani on - ba zejména on - nesmí zákon porušovat. To se v soudním řízení projevuje ústavním pravidlem, že je soudce jako reprezentant státu vázán zákonem (čl. 95 odst. 1 část věty před středníkem Ústavy) a že je jeho úkolem poskytovat ochranu právům *zákonem stanoveným způsobem* (čl. 90 první věta Ústavy). Právě o této vázanosti pojednává též prvních 6 ustanovení o. s. ř. Celý procesní kodex začíná větou, že upravuje „*postup soudu a účastníků tak, aby byla zajištěna spravedlivá ochrana soukromých práv...*“ Stát tedy prohlašuje zákon za zdroj spravedlnosti. Předpokládá, že zákon je nebo by přinejmenším měl být spravedlivý. A tento zákon reguluje také vlastní postup soudu. Ten nemůže chránit práva a zájmy účastníků libovolným způsobem, nýbrž jen zákonem předvídanou cestou. Ani konkrétní soudce základ své autority neodvozuje ani tak z osobních kvalit, jako spíše ze zákona. Což se projevuje v soudcovském slibu, jímž budoucí soudce prohlašuje, že se bude řídit právním řádem České republiky (§ 62 odst. 1 z. s. s.). Právě proto, že lidé vnímají spravedlnost velmi různě, je zde zákon jakožto všem společné východisko. Soud je představitelem a vymahačem zákona. Kdyby jej sám porušoval, lidé by nemohli respektovat jeho autoritu, protože by do značné míry podkopával vlastní *raison d'être*. Soud tedy musí zachovávat zákon, aby zachoval vlastní autoritu.

To mu výslovně ukládají též ustanovení § § 2 části věty za středníkem a 6 druhé věty o. s. ř., podle nichž musí systematicky potírat porušování a zneužívání zákona. Fundamentálním argumentem proti použití nezákonného důkazu je právě princip vázanosti zákonem, který je v demokratickém právním státě natolik určující, že jej můžeme nazvat právním principem legality. Ochránit soukromé subjektivní právo není jediným úkolem soudu a ani tento úkol nelze splnit libovolnými prostředky. Má-li soud chránit zákonem chráněná práva a zájmy spravedlivě, může tak činit opět jen striktně zákonným způsobem, poněvadž jen zákonná spravedlnost je všeobecně závazná.

Má-li podrobení zákonu podle principu legality dávat smysl, musí stát dodržování zákona vyžadovat i po všech, kteří podléhají jeho moci. Jedním z nástrojů je mu občanské soudní řízení coby jedna ze „*záruk spravedlnosti a práva*“ (§ 3 první věta o. s. ř.). Tuto funkci může plnit jen tehdy, bude-li podřízeno obecným, předem nastaveným a vynutitelným pravidlům – zákonům. Zákony je nutno aplikovat tak, aby byla spravedlivě chráněna práva a zájmy osob (§ § 1 až 6 o. s. ř.). Stejně jako u výše analyzované povinnosti poctivosti je tudíž třeba si uvědomit, že aby výše popsané povinnosti a ústavní principy měly reálný význam, musí jim tím či oním způsobem podléhat jak

soud, tak účastníci řízení, protože kromě jiného vstupují do vzájemných právních vztahů.¹⁸⁹ Má-li soud být nestranný a nezávislý, účastník má právo to od něj očekávat (čl. 36 odst. 1 LZPS). Poskytuje-li soud ochranu právům *zákonem stanoveným způsobem* (čl. 90 první věta Ústavy), také účastník se může svého práva domáhat jen (zákonem) *stanoveným postupem* (čl. 36 odst. 1 LZPS). Nic jiného není možné, poněvadž kdyby pravidla hry platila jen pro některého hráče, ztratila by smysl hra samotná.

Právě v tomto aspektu se ukrývá nejdůležitější vodítko k pochopení smyslu požadavku zákonnosti důkazu.

4.5.2. Generální a individuální prevence

Nejde jen o to, že občanské soudní řízení nemůže působit jako nástroj generální prevence - slovy o. s. ř. vychovávat k dodržování smluv a zákonů, k čestnému plnění povinností a k úctě k právům jiných osob - bude-li v něm soud jako představitel zákona tento porušovat. Rozsudek potvrzující nebo zakládající soukromé subjektivní právo jednotlivce nelze ani z ryze individuálního pohledu daného jednotlivce brát úplně vážně, jestliže k němu soud nedospěl přísně zákonnou cestou. Soud zkrátka nemůže odpovědně chránit a vymáhat práva, pokud je sám nedodržuje.

Generální prevence se samozřejmě může ocitnout v určitém napětí s prevencí individuální. Představme si neprávem opatřený důkaz, jenž ovšem reálně slouží k prosazení soukromého subjektivního práva. V této situaci je tudíž nástrojem individuální prevence, avšak jeho případné použití coby nezákonného důkazu může přinejmenším na první pohled odporovat potřebě generální prevence, která vždy vyžaduje přísnou legalitu procesu. Zde ovšem musíme mít na paměti hlubokou souvislost obojího. Právě soudní ochrana individuálního nároku slouží nejen oprávněnému jednotlivci, ale zprostředkovaně i celé společnosti jakýmsi potvrzením existence a efektivity objektivního práva, tedy i upevněním právního míru ve společnosti a v konečném důsledku i generální prevencí. Z toho vyplývá, že soud musí případné použití takového důkazu velmi precizně, přesvědčivě zdůvodnit právními argumenty směřujícími k závěru, že i přes nezákonnost obstarání důkazu je jeho následné použití konformnější s objektivním právem (právním řádem), než jeho nepoužití a že více odpovídá potřebě individuální i generální prevence. Ono zdůvodnění musí být otevřené a zaměřené na aspekt legality. V žádném případě by se nemělo omezit na pouhou praktičnost či efektivitu, ač i ony mohou hrát roli.

¹⁸⁹ Viz 1.4.2.

4.5.3. Podústavní konkretizace principu legality

Budeme-li v právním řádu hledat explicitní povolení nebo zákaz nezákonného důkazu, zjistíme, že český zákonodárce kodifikoval zákaz. Podle § 89 odst. 3 t. ř. „*nesmí být důkaz získaný nezákonným donucením nebo brožbou takového donucení použit v řízení s výjimkou případu, kdy se použije jako důkaz proti osobě, která takového donucení nebo brožby donucení použila.*“ Podle § 51 odst. 1 první věty s. ř. lze „*ke provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy.*“ Podle § 93 odst. 1 první věty d. ř. lze „*jako důkazních prostředků užít všech podkladů, jimiž lze zjistit skutečný stav věci a ověřit skutečnosti rozhodné pro správné zjištění a stanovení daně a které nejsou získány v rozporu s právním předpisem, a to i těch, které byly získány před zahájením řízení.*“ Podle § 33 odst. 6 první až třetí věty z. a. včetně lze „*v kárném řízení vyslýchat svědky, znalce nebo účastníky, jen když se dobrovolně dostaví a poskytnou výpověď. Také jiné důkazy lze provádět jen tehdy, jsou-li dobrovolně poskytnuty. Důkazy, které nelze takto provést, provede na dožádání Komory a na její náklady soud; soud je povinen dožádání vyhovět, nejde-li o provedení důkazu podle zákona nepřipustného.*“ Podle § 42 odst. 2 z. m. j. s. „*mohou být důkazy získané na žádost justičního orgánu cizozemským orgánem použity v trestním řízení v České republice, pokud byly získány v souladu s právním řádem dotčeného cizího státu, nebo v souladu s právním řádem České republiky.*“ Podle § 72 odst. 2 z. m. j. s. „*mohou být důkazy získané v rámci společného vyšetřovacího týmu použity v trestním řízení v České republice, pokud byly získány v souladu s právním řádem státu, na jehož území byly získány, nebo v souladu s právním řádem České republiky.*“ Podle § 114 z. m. j. s. „*lze důkazy opatřené cizozemským orgánem v souladu s právním řádem cizího státu použít v převzatém trestním řízení stejně, jako kdyby byly opatřeny orgánem České republiky činným v trestním řízení.*“ Vidíme, že český zákonodárce obecně kodifikoval zákaz nezákonného důkazu na řadě míst právního řádu.

Navíc existuje ustanovení, které danou otázku upravuje i pro občanské soudní řízení. Kromě výše citovaných totiž ustanovení § 79 odst. 1 z. s. s. stanovuje, že jsou „*soudci a přísedící při výkonu své funkce nezávislí a jsou vázáni pouze zákonem. Jsou povinni vykládat jej podle svého nejlepšího vědomí a svědomí a rozhodovat v přiměřených lhůtách bez průtahů, nestranně a spravedlivě a na základě skutečností zjištěných v souladu se zákonem.*“ Dané zákonné ustanovení je základní kodifikací požadavku zákonnosti důkazu v občanském právu procesním na podústavní úrovni *de lege lata*. To, že se nachází v předpise regulujícím instituce (soudy) a nikoli proces, je sice nezvyklé, avšak na působnosti pravidla to již s ohledem na jeho formulaci nic nemění. Ostatně, každý zákon regulující justiční instituci musí obsahovat i nějaké to procedurální pravidlo, poněvadž primárním úkolem těchto institucí je vstupovat do kontaktu s veřejností - především vést proces - nikoli spravovat samy sebe. Výše citovanou druhou větou *in fine* bychom mohli číst také jako „*na základě skutečností*

soudní řízení skutečně zárukou spravedlnosti a práva a vychovávat občany k dodržování smluv a zákonů a k čestnému plnění povinností, musí jim nabídnout něco mnohem lepšího, než pouhou legalizaci moci soukromé. Rychlost onou výhodou jistě není. Je jí však zákonnost, předvídatelnost, spravedlivost a kultivovanost.

Soukromá moc hrála vůdčí roli ve společnosti, v níž platilo právo silnějšího a člověk byl člověku vlkem. V právním státě, kde vládne zákon, musí být upozaděna. V této souvislosti si musíme uvědomit, že stát nezavedl civilní proces z jakéhosi lidumilství.¹⁹⁴ Učinil tak z pragmatického důvodu, kterým je prevence anarchie jakožto stavu, v němž je stát zbytečný. Tedy z jedné a téže pohnutky, jako v případě procesu trestního a všech ostatních. Demonstrujme tuto problematiku na praktických příkladech.

Příklad 9: *klíent žaluje pojišťovnu na zaplacení náhrady za ztížení společenského uplatnění v důsledku autonebudy. Pojišťovna najme soukromého detektiva, aby poškozeného sledoval a zjistil, zda je skutečně tak zdravotně neobohocí, jak tvrdí. Pořízené audiovizuální záznamy a svědeckou výpověď detektiva navrhne jako důkaz v soudním řízení.*

Příklad 10: *nájemce odmítá platit část nájemného za byt a žádá slevu s poukazem na to, že je byt vlhký a na zdech se mu tvoří plísně. Pronajímatel, který zná vykutálenou povahu svého zákazníka, má podezření, že nájemce vyvolává daný stav úmyslně tím, že byt nevětrá a střídavě vypíná a zapíná radiátory v situaci, kdy venku mrzne. A to s cynickým úmyslem ušetřit za vytápění a zároveň platit co nejnižší nájemné. Při domluvené prohlídce bytu sice vyjdou najevo plísně, ale v danou chvíli samozřejmě nelze zjistit, co je způsobilo. Pronajímatel proto během prohlídky do bytu tajně umístí měřidlo s čidlem měřící teplotu a vlhkost v bytě a na fasádu domu nainstaluje kameru snímající okna daného bytu, aby mohl později dokázat skokové změny teploty, proudění vzduchu a to, jestli nájemce byt větrá.*

Takové důkazy není možné připustit bez dalšího, protože by tím soud jen legalizoval soukromou moc. Účastník řízení i soud by měli hledat zákonné možnosti:

Příklad 9: *soud může nařídít odborné vyšetření žalobce znalcem – lékařem, nebo místní šetření v jeho domácnosti. Je-li žalobce oprávněnou osobou k příspěvku na péči, pak musí mít úřad práce ve správním spise z doby řízení o žádosti o příspěvek založenou nejen lékařskou zprávu (§ 25 odst. 3 s. s.), ale i lékařský posudek Okresní správy sociálního zabezpečení (§ 25 odst. 4 s. s.) a také zprávu o sociálním šetření provedeným sociálním pracovníkem úřadu práce zpravidla v žalobcově domácnosti a zaměřeném na jeho sociální kompetence v reálném životě (§ 25 odst. 4 s. s.).*

Příklad 10: *soud může zajistit důkaz formou místního šetření v bytě (§ 78 o. s. ř.) nebo může totéž učinit notář či soudní exekutor (§ 78a o. s. ř.) a možný je i znalecký posudek nebo odborné vyjádření.*

¹⁹⁴ Viz 1.4.2.

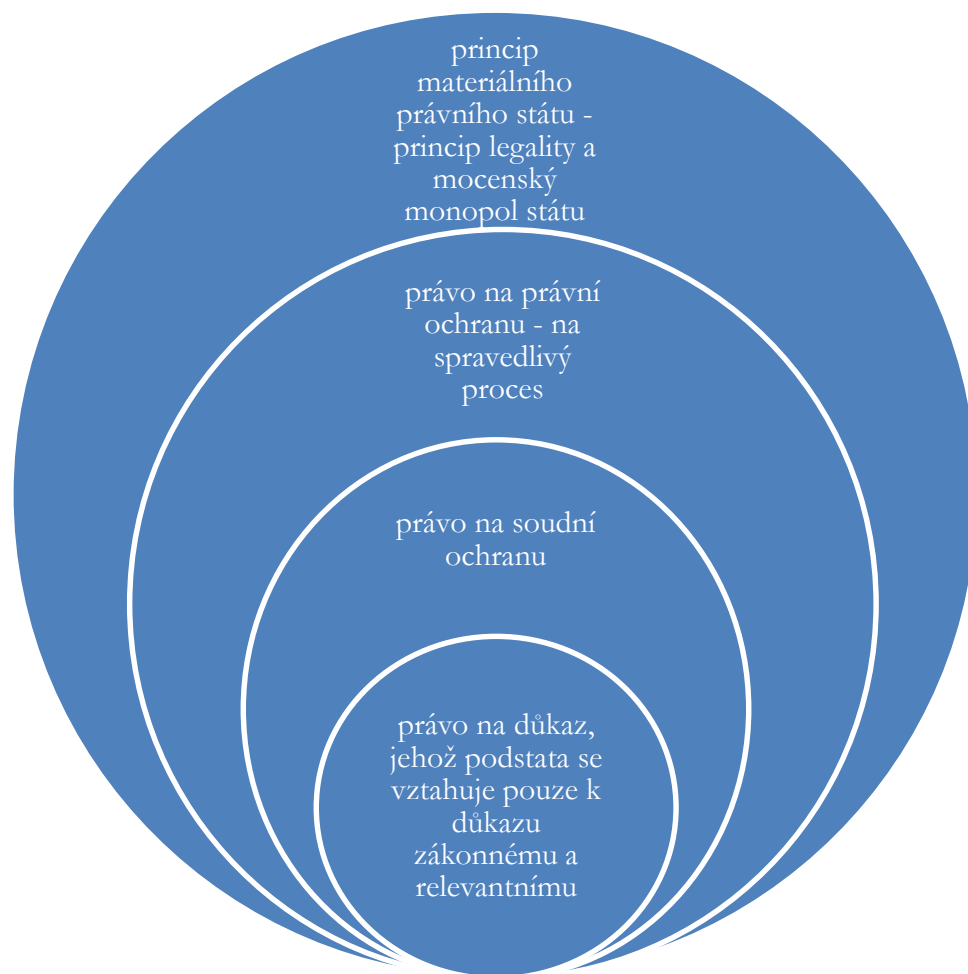
4.6.2. Problém efektivity

Velkým problémem těchto zákonem předpokládaných postupů bývá jejich neefektivita. Využijme příkladů 9. a 10. Znalec sice může objasnit zdravotní stav, ale jen obtížně žalobcovy sociální kompetence v běžném životě, které jsou pro nárok na danou náhradu klíčové. To by musel s žalobcem strávit týden v jeho domácnosti a pozorovat jeho život. Místní šetření je zase předem ohlášené, takže se na něj může žalobce připravit a ukázat soudu, co všechno nesvede. Nehledě k tomu, že soud nemá patřičné odborné znalosti. To platí i pro místní šetření v plesnivějícím bytě. Zprávy obsažené ve spise úřadu práce mohou být přínosnější, ale žalobce nemusí příspěvek na péči pobírat, soud se o tom nemusí dozvědět nebo takový důkaz zkrátka nikdo nenavrhne. Pokud jde o zajištění důkazu, i kdyby bylo neohlášené, šlo by o jednorázový počin, který by nemusel přijít zrovna ve chvíli, kdy nájemce nevětrá a zřejmě by neumožnil určit příčiny vlhkosti. Problému efektivity je také třeba věnovat seriózní pozornost, neboť soudní ochrana skutečných práv má být rychlá a účinná (§ 6 odst. 1 o. s. ř.). Obzvlášť v současné, pragmaticky zaměřené době. Tyto úvahy by proto měly být součástí právní kvalifikace důkazu a není možné je vypustit jako pouhý okrajový praktický problém, který nemá žádný teoretický význam. Aspekt efektivity naopak považuji za závažný právě proto, že má výrazné praktické dopady, že přímo ovlivňuje proces nalézání spravedlnosti. To ovšem není v tuto chvíli rozhodující.

4.6.3. Shrnutí a souvislost s principem legality

Právě mocenský monopol státu a z něj plynoucí zákaz svémoci a upozadění svépomoci je druhým fundamentálním argumentem proti akceptaci nezákonného důkazu a druhou nosnou normativní právní ideou, na níž by měla být vystavěna teorie nezákonného důkazu.

Požadavky mocenského monopolu státu a legality přitom úzce souvisí. Vždyť občané se vzdali soukromé moci právě proto, aby ji předali mocenskému suverénovi a nestranné autoritě v jedné osobě. Ovšem s podmínkou, že bude postupovat čitelně a spravedlivě. Tedy podle zákona. Oba požadavky jsou tudíž součástí objektivního práva. Konkrétně ideje (materiálního) právního státu, který se dobrovolně podrobuje zákonu. Tím pádem můžeme zpřesnit níže použitý diagram.



4.7. Idea materiálního právního státu

Princip legality i mocenský monopol státu jsou nepopiratelnou součástí základního ústavního principu materiálního právního státu. Abychom si v plné šíři uvědomili jejich význam, uvažme, že tyto normativní právní ideje mají¹⁹⁵ výrazný hodnotový obsah. Totéž potom platí i pro výše citovaná konkrétní ustanovení podústavního řádu. Ta jsou velmi významnými a současně jednoznačnými hodnotovými rozhodnutími zákonodárce.¹⁹⁶ A to mezi legalitou na jedné straně a zájmem na úplném „objasnění“ skutkového stavu, případně rychlosti řízení, na straně druhé, ve prospěch legality.

To je obzvlášť patrné ze s. ř. i d. ř., které výslovně diskvalifikují i takový nezákonný důkaz, který odhaluje skutkový stav. I kdyby neexistovalo ustanovení § 79 z. s. s., jsou hodnotová rozhodnutí v ostatních předpisech natolik očividná a důrazná, že z nich musíme vycházet i při interpretaci a aplikaci o. s. ř. I kdyby neexistovalo žádné z těchto ustanovení „jednoduchého“ práva, vyplývala by zásadní diskvalifikace nezákonných důkazů z ústavního principu právního státu.

¹⁹⁵ narozdíl od výše interpretovaných definičních ustanovení

¹⁹⁶ Srov. MELZER: *Metodologie...*, s. 165.

Takového, v němž platí všeobecná „výbrada zákona.“¹⁹⁷ A neexistuje žádný rozumný důvod, proč by tato pravidla neměla platit rovněž v občanském soudním řízení. Problém tudíž vykazuje i ústavněprávní konotaci. Nikoli však v subjektivně lidskoprávním smyslu.

4.8. Povolení nezákonného důkazu?

Dosud jsme hovořili o kodifikacích zákazu nezákonného důkazu. Obsahuje však právní řád normu, jež by jeho použití povolila? Již jsme vyložili, proč za takovou nemůžeme považovat definiční ustanovení o důkazních prostředcích.¹⁹⁸ Nyní si položíme důležitou otázku: proč zákonodárce v o. s. ř. nekodifikoval podobné pravidlo, jako jsou dříve uvedená ustanovení? Tedy má jeho mlčení normativní význam, který lze interpretovat například tak, že jsou nezákonné důkazy povoleny, popřípadě že tato otázka je v občanském soudním řízení právně irelevantní?

Mlčení v rovině interpretace textu zákona není dostatečně pádným argumentem. Lze totiž argumentovat i opačně; že zákon nezákonný důkaz ani explicitně nepovoluje. Je sice pravdou, že co zákon osobě nezakazuje, to dovoluje (čl. 2 odst. 4 Ústavy, čl. 2 odst. 3 LZPS). Zde ovšem nejde pouze o jednání účastníka, nýbrž i soudu, který na nezákonný důkaz reaguje procesním postupem. Uvedený argument *a silentio legis* má váhu jen jako argument teleologický. Má mlčení o. s. ř. k otázce zákonnosti důkazu svébytný smysl, z něž by se dalo odvodit naznačené pravidlo? Tento možný závěr je problematický již z toho důvodu, že o. s. ř. pochází z jiného společenského zřízení a z doby, kdy otázka zákonnosti důkazu nebyla tolik aktuální a kdy vznikaly právní předpisy nevalné kvality. Jedním z projevů právního nihilismu doby, v níž o. s. ř. vznikl, byla vůči hledná stručnost právních předpisů i za cenu vypuštění celé řady důležitých životních situací, které přitom vyžadovaly právní regulaci, a to s pochybným poukazem na „lidové“ chápání práva. Příkladem může být institut držby práva, který zákonodárce *de facto* nahradil řízením o ochraně pokojného stavu podle § 5 obč. zák. Právě tento zákon vzniknuvší ve stejné době jako o. s. ř. je jako celek jednou výmluvných ukázek tohoto jevu. Celé soukromé právo zahrnul do necelých devíti set paragrafů, což způsobilo, že mnohá pravidla, jež měla být kodifikována, musela „objevit“ judikatura. Podobnou stručnost však dodnes vykazuje též o. s. ř. Již tyto důvody hovoří proti rekurzu na mlčení zákona.

Problémem ovšem není pouze stručnost, nýbrž i obsahová nesourodost a nekoncepčnost. Do 15. 5. 2021 o. s. ř. prodělal přesně 120 účinných novel; výsledkem je lakonicky řečeno chaos, který postrádá ucelenou základní myšlenku. Pokud jde o aktuálnost otázky zákonnosti důkazu, není jistě náhodou, že ani druhý zásadní procesní řád ze stejného období - trestní řád - také podobně

¹⁹⁷ Srov. MÜLLER-HEIDELBERG, Till. Strikte Beweisverwertungsverbote – Ein Gebot des Rechtsstaats. Ein kriminalpolitisches Plädoyer für eine grundlegende Reform. *Kriminalpolitische Zeitschrift*. 2018, č. 5, s. 264, 266.

¹⁹⁸ Viz 3.3.1.

obecné ustanovení nezahrnuje, ač by to přinejmenším z dnešního úhlu pohledu vzhledem k mimořádnému významu trestního řízení bylo lze očekávat. Můžeme namítnout, že již podle ustanovení § 34 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu, v prvním účinném znění, bylo možné „*k dokazování použít všech prostředků, jimiž lze zjistit a objasnit skutečný stav věci a které jsou v souladu s právními předpisy.*“ Že tedy i některé právní předpisy vzešlé z 60. let otázku zákonnosti důkazů reglementovaly. Tento fakt může opět svádět k závěru, že mlčení o. s. ř. má právo tvorný význam v tom smyslu, že se příslušný zákaz vztahoval či vztahuje pouze na důkazy opatřované orgánem veřejné moci. Tento argument lze ovšem vyvrátit již poukazem na text zákona; ustanovení § 33 odst. 1 výše citovaného zákona v původním znění dávalo právo navrhopvat důkazy též účastníkovi správního řízení. Takže neexistuje přesvědčivý důvod, proč by daný zákaz neměl platit i pro důkaz, obstaraný a předložený účastníkem. Navíc je nutno si uvědomit, že zákon nesmí porušovat ani stát, ani jiné osoby. Avšak zatímco svoboda jednání státu je limitována principem legální licence, ostatní osoby smějí činit zásadně (z nejobecnějšího hlediska) vše, co zákon nezakazuje. Co do jednání státu je proto ustanovení § 34 odst. 1 v podstatě nadbytečné, zatímco vůči jednotlivci může být právě oním možným zákazem. Jestliže by se jeho působnost měla omezit buďto na stát, nebo na jednotlivce, logičtější by bezesporu byla druhá možnost. K uvedenému ustanovení správního řádu dodejme, že zde zákonodárce dost možná cítil větší potřebu kodifikovat ono pravidlo, protože ve správním řízení stát vystupoval mnohem autoritativněji a více uplatňoval svou (úřední) moc, než v civilním soudním řízení.

Výklad a použití o. s. ř. a všech výše citovaných ustanovení by měly směřovat v prvé řadě k objektivně recentnímu výkladovému cíli, tedy hledat odpověď na otázku, jaký význam by jim při kládal jejich práva a světa znalý adresát v okamžiku jejich aplikace.¹⁹⁹ Tento výkladový cíl totiž předpokládá adaptaci interpretace a aplikace práva na změněnou sociální realitu, aniž by zákonodárce musel novelizovat právní řád. A otázka zákonnosti důkazů se stává čím dále důležitější.²⁰⁰ Zmíněný výkladový cíl navíc předpokládá mimo jiné objektivně teleologický výklad. Kterému konvenuje chápání pojmu *zákon* nikoli jako pouhého textu právního předpisu, nýbrž jeho normativního významu - právního pravidla - odvozeného přitom ze všech přípustných metod výkladu či dokonce dotváření práva a zahrnujícího i účely a hodnoty.²⁰¹

Ve prospěch relevance zákonnosti důkazu v občanském soudním řízení naopak můžeme argumentovat principem jednotnosti právního řádu. Neexistuje rozumný důvod, proč by stejné pravidlo, jako v řízení trestním, správním, daňovém či kárném, nemělo platit v řízení občanském.

¹⁹⁹ MELZER: *Metodologie...*, s. 84 – 86.

²⁰⁰ Tento vývoj symbolizuje níže citovaný disent z rozsudku ESLP ve věci *Schenk proti Švýcarsku*. Viz 5.3.3.

²⁰¹ Viz MELZER: *Metodologie...*, s. 44.

Weichbrodt proti tomuto argumentu namítá,²⁰² že bezrozpornost právního řádu je pouze dogmatická pobídka, která nemůže být nikdy zcela naplněna a nemá donucující charakter. Leč prostý fakt, že nemůže být v plném rozsahu uskutečněna, neznámá, že není nutné se o ni snažit. Jde o jiné vyjádření interpretační maximy racionálního zákonodárce, který netvoří právní předpisy s neopodstatněnými hodnotovými a logickými rozpory. Tuto maximu je třeba používat i při vědomí, že ve skutečnosti zde rozpory jsou. Vždyť v opačném případě by ono interpretační pravidlo nebylo potřebné. Adresát právních pravidel musí mít možnost spolehnout se na to, že zákonodárce jednal racionálně. Bez této elementární důvěry by jednoduše nebylo možné vybudovat stabilní právní kulturu, která je významnou oporou každé společnosti. Proto je rozebíraný právní princip tak důležitý. Zákon musí být, stejně jako každé jiné literární dílo, má-li být kvalitní, „chytřejší, než jeho autor.“ I kdyby tento princip neměl donucující účinek, neznámalo by to, že je právně irelevantní. Nemůže sice k racionální normotvorbě donutit zákonodárce, avšak je nezbytné z něj vycházet při výkladu a použití právních norem. To znamená, že vykazuje donucující účinek pro každého interpreta práva, který musí vyřešit určitý právní případ.²⁰³

Podle Reichenbacha má zase princip jednotnosti právního řádu formální, ne obsahový charakter. V tom smyslu, že příkazuje vyhnout se rozporům, avšak neřeší je, pokud nastanou.²⁰⁴ Tento názor je ovšem přinejmenším zjednodušující. Vždyť zásada jednotnosti nás nabádá k tomu, abychom určitý právní případ vyřešili způsobem, který nevyvolává rozpor se způsobem, jakým podobnou životní situaci řeší jiné zákonné ustanovení, které je jasnější, srozumitelnější. Případně s logickými a hodnotovými rozhodnutími zákonodárce v podobných situacích. Nebo ještě obecněji, který je co nejvíce konformní s existujícím právním řádem jako celkem. Princip jednotnosti tak implikuje právě takové řešení, jež nevyvolává či alespoň neprohlubuje rozpory. Výše vznesené námitky proti tomuto právnímu principu nejsou natolik přesvědčivé, aby vyloučily jeho použití co právního argumentu

Mlčení o. s. ř. tudíž nemá v předmětné souvislosti žádný normativní význam. Žádná norma, jež by jednoznačně povolovala užití nezákonného důkazu, neexistuje.

4.9. Sumarizace

Normativními právními idejemi, z nichž by měl vycházet základ teorie nezákonného důkazu, jsou princip legality a mocenský monopol státu. Obecně řečeno tedy idea materiálního právního státu, kterou ústavodárce vtělil do ustanovení čl. 1 odst. 1 Ústavy. Z této ideje nevyplývá

²⁰² Byť v trochu jiné souvislosti přenositelnosti některých konkrétních zákazů důkazu z trestního řádu do prostředí civilního procesu. Přesto je jeho úvaha relevantní i pro právě analyzované téma.

²⁰³ Stejný názor zastává Melzer. Viz MELZER: *Metodologie...*, s. 86 – 87. Dále viz BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. Wien : facultas.wuv, 2., überarbeitete Auflage, 2012, s. 42. Ostatně, premisa racionálního zákonodárce samozřejmě nemůže ke svému respektování skutečně *donutit* ani soud – to ovšem neznámá, že neplatí.

²⁰⁴ REICHENBACH: § 1004 BGB als Grundlage..., s. 107.

povolení, nýbrž naopak zákaz nezákonného důkazu. Muthorst přiléhavě poznamenává, že dogmatickým základem zákazu důkazu jsou hranice důkazu vymezené objektivním právem²⁰⁵ a že zákaz důkazu není jen jakýmsi okrajovým specifikem objektivního důkazního práva, nýbrž organickou součástí právního řádu jako celku, kdy důkazní právo jen konkretizuje návaznost důkazu na objektivní právo.²⁰⁶ Základem zákazu důkazu by pak měla být právní myšlenka, imanentní konceptu důkazu. Taková, jež musí být myšlena společně s ním. Takovou autor spatřuje právě ve vázanosti důkazu na objektivní právo.²⁰⁷ Můžeme konstatovat, že jsme právě takové, zcela konkrétní právní myšlenky, právě identifikovali.

4.10. O krok zpět aneb princip proporcionality

Zde se naposledy vraťme ke hledání klíčové normativní právní ideje. Může jí být právní princip proporcionality (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)? Teprve až po identifikaci hledané právní myšlenky se k němu dostáváme ze dvou důvodů. Zaprvé kvůli jeho mimořádnému a zároveň stále vzrůstajícímu vlivu. Právě z tohoto skutečně všeobecného právního principu vychází metoda poměrování kolidujících práv, zájmů, principů či hodnot.²⁰⁸ Především judikatura národních ústavních soudů a ESLP, ale mnohdy i právní předpisy se zdají vyvíjet všudypřítomný tlak na využití metody poměrování v právní metodologii a v aplikační praxi. Tento tlak je v současnosti takřka drtivý. Tím spíše je třeba poukázat na nedostatky poměrování, které přitom nejplastičtěji vystoupí do popředí až po předchozí analýze ideje právního státu. To je druhý důvod, proč o proporcionalitě hovoříme teprve nyní.

Z analýzy principu právního státu vyplynul jeden mimořádně důležitý požadavek na podobu teorie nezákonného důkazu; že by její základ neměl být inspirován metodou komplexního poměrování kolidujících hodnot. Je totiž nutno si uvědomit, že základní poměrování provedl již zákonodárce a jeho výsledek vtělil do hodnotových rozhodnutí ve výše citovaných zákonných ustanoveních. Z nich plyne základní právní pravidlo, že nezákonný důkaz je nepřipustný. Z tohoto pravidla mohou existovat výjimky. Platí však jako obecné východisko. Poměrování kolidujících hodnot, zájmů a práv je vždy zejména úkolem zákonodárce.²⁰⁹ Vždyť ten se při tvorbě *každé jedné* normy, která má alespoň určitý hodnotový základ či étos, rozhoduje, které hodnotě dá přednost, přičemž své rozhodnutí všeobecně formuluje do právního předpisu, všeobecně právně závazného. Má-li být respektována dělba moci, musí tento fakt soudní moc akceptovat bezvýhradně a setrvale. Jejím úkolem je právní předpis pouze a jen aplikovat na konkrétní případ. Je vyloučeno, revidovat

²⁰⁵ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 132.

²⁰⁶ Tamtéž, s. 133.

²⁰⁷ 378.

²⁰⁸ Srov. k tomu v ČR např. ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, 224 s.

²⁰⁹ Srov. MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 116.

výsledky poměrování promítnuté zákonodárcem do zákona, individuálním soudním rozhodnutím, které ve své podstatě přepisuje zákon. A to ani pod pláštíkem individuální spravedlnosti.²¹⁰ Soud neprojevuje všeobecně závaznou vůli, nýbrž jen řeší konkrétní právní případ v mezích zákona, protože poměrování, byť individualizované, nemůže být nikdy zcela vlastní jeho posláním. ÚS má v tomto ohledu specifické postavení, které obecné soudy postrádají. Nerespektování fundamentálního pravidla - obecného zákazu nezákonného důkazu - ze strany soudu cestou poměrování v každém jednotlivém případě by tudíž v konečném důsledku mohlo narušit ústavní princip dělby moci ve státě.²¹¹

Základní metodou teorie nezákonného důkazu je tedy model pravidlo - výjimka, nikoli poměrování antagonisticky působících hodnot. Poměrování je přípustné jen v situaci, kdy je sám zákonodárce vyžaduje, předpokládá. V tom případě je jeho aplikace v soudní praxi naopak souladná s principem dělby moci a vázanosti zákonem. Je pochopitelně třeba si realisticky uvědomit, že i přes vznesené námitky je metoda poměrování pro soud do značné míry přirozená, poněvadž jeho úkolem je právně posoudit neopakovatelnou životní situaci. Není v žádném případě náhodou, že se tento postup ujal v německé judikatuře. Dá se přirozeně očekávat, že v procesu konkrétního poměrování může vyvstat i potřeba řešení obecnějšího právního problému. Vzhledem ke své co možná nejužší koncipované vázanosti na skutková specifika jednotlivé životní situace však nemůže proporcionalitou prostoupená metoda vést k zobecnitelným výsledkům, protože je nepoužitelná jako obecná teorie.²¹²

Mohli bychom argumentovat, že poměrování je spíše metodou nalézání (interpretace a aplikace) práva, než doktrinální teorií. Nabízí totiž jen instrumentář konkrétních kroků *techniky poměrování*, nikoli žádné obecné pravidlo, vědecky zdůvodněné teoretické východisko, jež by stálo na počátku. Tak tomu ovšem přesně není; metodu poměrování justifikuje právní princip proporcionality. Zásadním úskalím poměrování podle zásady proporcionality je nicméně fakt, že samotná proporcionalita je hodnotově neutrální. Předpokládá sice, že v posledním kroku testu proporcionality, spočívajícím v porovnání závažnosti kolidujících hodnot, tedy při vlastním poměrování, bude právní argumentace zaměřena hodnotově, aby mohl dát řešitel právního případu některé hodnotě přednost. Princip proporcionality však žádnou z těchto možných hodnot předem nefavorizuje. A právě to je příčinou právní nejistoty, tolik příznačné pro test proporcionality.

Nehovoříme o ní náhodně. V civilním procesu je totiž ona právní jistota mimořádně, krajně nežádoucí. Pravidla civilního procesu by měla v zájmu požadavkem legality a generální i

²¹⁰ Prvotním úkolem soudu není ani tak hledat individuální spravedlnost, nýbrž *aplikovat právo* a spravedlivé řešení nalézat důsledně jen v jeho rámci.

²¹¹ Srov. MELZER, *Metodologie...*, s. 221 -222.

²¹² Srov. 3.6.

individuální prevence vynucené čitelnosti a předvídatelnosti procesních kroků obsahovat co možná jednoznačné postupy. A sice mimojiné proto, že je nezbytné v soudním řízení vytvořit jakousi protiváhu věci samé, jejíž řešení je naopak ve fázi soudního projednávání objektivně nejisté. Individualizované poměřování může být akceptovatelné při vlastním nalézání hmotného práva, které je „tématem“ řízení, protože zde můžeme onu právní nejistotu spíše obhájit; nemluvě o tom, že hmotněprávní řád má komplexní charakter a některé mezery v zákoně je třeba řešit dotvářením práva, což se mnohdy děje za pomoci obecných právních principů včetně základních práv coby normativně vyjádřených hodnot.²¹³ Ani v oblasti hmotného práva však není tato metoda použitelná bez dalšího, poněvadž obsahuje prvek značné právní nejistoty. V oblasti práva procesního je ovšem obecně neakceptovatelná. Protože soudní řízení, v němž je nepředvídatelné řešení klíčového procesněprávního problému, přestává plnit funkci záruky spravedlnosti a práva.

Ze všech těchto důvodů považujeme princip proporcionality za nevhodný inspirační zdroj pro základ teorie nezákonného důkazu. Adaptujeme také výše zmíněnou myšlenku, že zamítnutí důkazního návrhu vyžaduje zvláštní zdůvodnění.²¹⁴ Výše jsme vysvětlili, že jím může být právě nezákonnost důkazu. Tato myšlenka může snadno vyvolat zdání, že neprovedení důkazu – například právě pro jeho nezákonnost – představuje jakousi výjimku z pravidla, podle něž je soud je oprávněn (či dokonce povinen) provést vesměs všechny navržené důkazy. A skutečně, Reichenbach dochází k závěru, že ono zvláštní zdůvodnění v ZPO chybí.²¹⁵ Proto též následně zaujímá názor, že pouze odpůrci samotnému, proti němuž má být důkaz před soudem použit, vzniká subjektivní právo na neprovedení důkazu, které může a nemusí uplatnit. Nejde však o výjimku z pravidla. Jak totiž správně poznamenává Muthorst, v právním státě coby útvaru, *ex ante* omezeném zákonem, nemohou existovat ničím neohrazené státní zájmy. Právní hranice důkazu jsou tudíž integrální součástí právního státu. A představa principiálně bezvýhradně dovoleného důkazu, limitovaného jen výjimkovou právní normou, je s ideou právního státu těžko slučitelná.²¹⁶ V případě nezákonných důkazů by se dokonce dalo říci, že odůvodnit není ani tak nutno neprovedení, jako naopak provedení takového důkazu.²¹⁷

4.11. Problém zákonem předvídaného poměřování

Platí-li pro základ teorie nezákonného důkazu model pravidlo – výjimka, je třeba se vypořádat s faktem, že podústavní zákony v některých případech předpokládají poměřování kolidujících práv a zájmů, tedy jiný model. Poměřujeme-li totiž kolidující práva a zájmy, zaprvé

²¹³ Srov. MELZER: *Metodologie...*, s. 60.

²¹⁴ Viz 2.8.2.

²¹⁵ REICHENBACH: *§ 1004 BGB als Grundlage...*, s. 224, 226.

²¹⁶ MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 122.

²¹⁷ Srov. 4.5.2.

neaplikujeme právní následek základní ani výjimečné právní normy, zadruhé není předem zřejmé, jak poměrování dopadne; kterému právu či zájmu bude třeba dát přednost. Poměrování tak *stricto sensu* není výjimkou ze základní zákazové právní normy. Je třeba zdůraznit, že zákonem předvídaným poměrováním nerozumím test proporcionality nebo jiné podobné testy, vyvinuté Ústavním soudem na základě čl. 4 odst. 4 LZPS. Jak již bylo vysvětleno, zkoumaná problematika není v první řadě otázkou základních práv. Zde se jedná o poměrování, zakotvené v podústavních předpisech.

Podle § 88 odst. 1 o. z. není „svolení (ke pořízení či použití písemnosti osobní povahy, podobizny nebo zvukového či obrazového záznamu týkajícího se člověka nebo jeho projevu osobní povahy – pozn. aut.) třeba, pokud se podobizna nebo zvukový či obrazový záznam pořídí nebo použije ke výkonu nebo ochraně jiných práv nebo právem chráněných zájmů jiných osob.“ Podle § 90 o. z. nesmí být „zákonný důvod k zásahu do soukromí jiného nebo ke použití jeho podobizny, písemnosti osobní povahy nebo zvukového či obrazového záznamu využit nepřiměřeným způsobem v rozporu s oprávněnými zájmy člověka.“

Ona písemnost osobní povahy, podobizna nebo zvukový či obrazový záznam mohou být důkazním prostředkem, jehož použití tedy může spočívat v předložení soudu v civilním soudním řízení bez svolení dotčené osoby. Jeho provedení (zajištění) jako důkazu daný účastník řízení ospravedlňuje tvrzením, že pořízením, navržením záznamu, nebo obojím, vykonává či chrání svá vlastní práva či chráněné zájmy. Smyslem testu proporcionality podle § 90 ve spojení s § 88 odst. 1 o. z. tak bude určení, zda je v oné jedinečné situaci proporcčně silnější osobnostní právo účastníka, které bylo porušeno, nebo právo či právem chráněný zájem, který protiprávním pořízením či použitím důkazního prostředku vykonává či brání druhý účastník. Kdyby pořízení nebo použití nezkracovalo subjektivní osobnostní práva, neocitla by se obě práva v kolizi.

Narozdíl od výše rozebraných případů zde není právním následkem nezákonnosti zákaz, nýbrž povinnost provést test proporcionality, jehož je řešení právního případu teprve výsledkem. Ustanovení § 88 odst. 1 o. z. nezakotvuje žádné konkrétní právo ani zájem, jež mohou v zákonném souladu ospravedlnit nepotřebnost souhlasu. Jistě to nebude každé myslitelné právo, nýbrž logicky jen takové, které může mít přinejmenším stejnou závažnost, jako porušené osobnostní právo. Ustanovení § 90 o. z. dává tušit, že vykoná-li jednající subjekt právo, které může ospravedlnit narušení osobnostního práva druhé osoby, leč učiní-li tak nepřiměřeným způsobem, nebude jeho jednání v souladu s právním řádem.

Právě tyto dva aspekty jasně ukazují, že zde zákon nepředpokládá aplikaci jednoho určitého právního následku právní normy s jasně vymezenou hypotézou, nýbrž komplexní poměrování práv a zájmů. Ty zde vzájemně nevyklučují svou aplikaci odlišností svých hypotéz, nýbrž na pozadí jedinečné životní situace kolidují jako jakési všeobecné právní principy. Navíc, určité jednání je

v zásadě buďto povoleno (či dokonce přikázáno), anebo zakázáno. Není tedy možné říci, že žalobce protiprávním zaznamenáním hlasu žalovaného na diktafon (protiprávně) porušil jeho osobnostní právo, ale na základě testu proporcionality je jeho vlastní právo, které tím vykonával (např. na tělesnou integritu) silnější, což znamená, že byl jeho zásah v souladu s právním řádem. Pak by jedno a totéž jednání bylo *ex ante* zakázáno a povoleno zároveň. Pokud by test proporcionality ukázal, že jeho právo bylo silnější, jednal v souladu s právním řádem. A sice přesto, že osobnostní právo žalovaného skutečně zkrátí; stalo se tak ovšem způsobem souladným s právním řádem. Tomu odpovídá i dispozice § 88 odst. 1 o. z. – „svolení není třeba“. Skutkové podstaty zakotvené v ustanoveních § 88 odst. 2 a 89 o. z. se liší tím, že obsahují určitou konkrétní hodnotu (vystoupení ve veřejném zájmu, zpravodajskou licenci), která se prosadí na úkor osobnostního práva. Zde tudíž nejde o test poměrování, nýbrž o model pravidlo – výjimka.

Struktura testu se může lišit podle toho, jaký má pořízení či použití inkriminovaného dokumentu účel. Je-li jím důkaz v občanském soudním řízení, přikláním se ke klasickému, přísnějšímu tříkrokovému testu, a to s ohledem na mimořádnou důležitost principu legality a mocenského monopolu státu, které vždy působí proti důkazním prostředkům, jejichž zákonnost je zpochybněna. Pomineme-li samozřejmý krok legality, založené zde ustanovením § 90 ve spojení s § 88 odst. 1 o. z., nejprve zkoumáme, zda žalobcovo jednání bylo způsobilé ochránit nebo vykonat jeho právo. Pokud ano, následuje krok potřebnosti. Ptáme se, zda žalobce v daném okamžiku nemohl zvolit jiný, srovnatelně efektivní postup, který by práva žalovaného nezkrátí buďto vůbec, nebo alespoň ne tolik. Pokud nemohl, přichází na řadu vlastní poměrování obou práv či zájmů v podobě posledního závažnosti, kdy zkoumáme, které z obou práv je v onom jednotlivém případě proporčně silnější a má tedy dostat přednost. Porovnáváme tedy závažnost, který obě práva mají v současném právním řádu s ohledem na svůj smysl (systémový argument), dále jakou důležitost obě mají v dané jedinečné situaci pro toho kterého účastníka (empirický argument), zda a jaká další negativa vyvolalo či vyvolá omezení osobnostního práva (kontextový argument) a pozitiva obou kolidujících práv či zájmů vzhledem k hierarchii hodnot, chráněných právním řádem (hodnotový argument).²¹⁸

To znamená, že zde o. z. skutečně předpokládá test proporcionality, který nelze interpretovat jako výjimku z obecného zákazu nezákonného důkazu, nýbrž jako samostatnou, vedle něj stojící metodu. Vzhledem k četným úskalím tohoto testu se jeho aplikační prostor musí omezit výhradně jen na případy, zakotvené v § 88 odst. 1 o. z., případně na jiné, zákonem explicitně upravené situace. Toto rozhodnutí zákonodárce je nutno respektovat. Ani tento fakt ovšem není pádným argumentem proti základnímu východisku teorie nezákonného důkazu, kterým je jeho

²¹⁸ Viz náleží pléna ÚS ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, č. 214/1994 Sb. (N 46/2 SbNU 57).

právní zákaz, případně právní příkaz v případě čtvrté možné formy nezákonnosti. A co je také důležité; právem ani zájmem, který může ve smyslu § 88 odst. 1 o. z. ospravedlnit zásah do osobnostního práva dotčené osoby, není sám o sobě pouhý zájem dokázat v civilním soudním řízení určité skutkové tvrzení, poněvadž občanské soudní řízení není zákonnou úřední licenci a neupřednostňuje zájem na „odhalení pravdy“ před legalitou. Ostatně, o. z. je soukromoprávní, nikoli procesní předpis, jehož tvůrce měl bezpochyby jako princip ospravedlňující zkrácení osobnostního práva namysli spíše jiné soukromé subjektivní právo, a to právo přinejmenším podobné hodnoty, jako je osobnostní právo dotčené osoby, přičemž osobnostní práva očividně patří mezi ta nejvýznamnější (viz např. § 3 odst. 1 o. z.).

Tento test proporcionality však nevnímejme jako nesystémový ani nežádoucí. Naopak vhodně doplňuje obecný základ teorie. Níže vysvětlená specifika především audiovizuálních důkazních prostředků²¹⁹ totiž odlišný přístup vyžadují. Zejména aspekt abstraktnosti narušených osobnostních práv nás staví před otázku: skutečně musíme chránit projevy osobní povahy, které mnohdy nemají nic společného s předmětem soudního řízení? V tomto kontextu považme, že přece i soud, nařídí-li jednání, osobně přihlíží projevům osobní povahy, byť legálním způsobem, neboť se s účastníky ocitá v osobní interakci. Nebezpečí šíření záznamu je sice nežádoucí, soud mu ovšem naprosto nemůže zabránit. Záznam může v libovolném počtu kopií existovat před soudním řízením i po něm. Kdybychom právo na pořízení a použití záznamu omezili pouze na případy zákonných licencí a souhlasu dotčené osoby, nejednou by to nevyhnutelně vedlo k odepření práva na použití dané životní situace před soudem a tedy i na soudní ochranu. Pak by níže, v příkladu 17 zmíněný obezřetný vlastník poškozovaného automobilu nemohl kamerou snímat své parkoviště,²²⁰ nýbrž by musel vystihnout okamžik řádění vandala, přistoupit k němu s prstem na příslušném tlačítku a říci: „Nenechte se rušit a klidně pokračujte, já si vás jen natočím na kameru, pokud vám to nevadí.“ Z toho je patrné, že výše citovanými ustanoveními zakotvený test proporcionality je nejen velkým pokrokem²²¹ oproti obč. zák., ale i systémovým počinem, opodstatněným specifiky předmětných důkazních prostředků.

4.12. Právní kvalifikace důkazu

Pod dojmem dosud získaných poznatků si položíme otázku: přistupuje soud k právní kvalifikaci důkazu z hlediska jeho zákonnosti a k úvaze o právních následcích nezákonnosti z úřední povinnosti, anebo jen na základě důkazní námitky dotčené osoby? Svým způsobem jsme již odpověděli kritikou Reichenbachovy teorie.²²² Tato otázka si ovšem zaslouží ještě hlubší rozbor

²¹⁹ Viz zejména 5.1.2., 5.3.4.

²²⁰ Pomineme-li zde právní regulaci ochrany osobních údajů.

²²¹ Viz LAVICKÝ: *Moderní civilní...*, s. 199.

²²² Viz 3.5.2.

s ohledem na právě dokončenou analýzu principu legality a na očekávatelnou protiargumentaci liberálnějším pojetím civilního sporu, v němž především účastníci odpovídají za výsledek soudního řízení.

Uvážíme-li poznatky nabyté pojednáním o principu legality a mocenském monopolu státu, je odpověď vcelku jasná. Tyto hodnoty jsou natolik závažné, že není přijatelná jiná varianta, než aby soud zákonnost všech důkazů hodnotil z úřední povinnosti. Stará zásada, že kde není žalobce, není soudce (stran důkazní námitky nezákonnosti), nemůže vést k rezignaci soudu na jeho stěžejní poslání chránit práva a předcházet a potírat jejich porušování. O provedení důkazu rozhoduje pouze soud. Součástí onoho rozhodování je právní kvalifikace důkazu. Tu by soud měl provést *ex offio* i jakožto instituce, která zná právo (srov. § 121 o. s. ř.). Důkazním návrhem účastník uplatňuje právo na důkaz. Vzhledem k ústřední roli soudu v procesu dokazování tak musí příkaz zákonnosti dokazování platit v první řadě vůči soudu. Vždyť i to, jestli je možné provést vyšetřovací důkaz, vyslechnout účastníka řízení nebo provést důkaz bez zaplacené zálohy na jeho náklady, musí soud posoudit *ex offio*.

Demonstrujme nyní daný problém konkrétněji, přímo na pravidlech civilního procesu. Podle § 2 o. s. ř. soudy „*v občanském soudním řízení projednávají a rozhodují spory a jiné právní věci a provádějí výkon rozhodnutí, která nebyla splněna dobrovolně; dbají přitom (při projednávání a rozhodování – pozn. aut.), aby nedocházelo k porušování práv a právem chráněných zájmů a aby práv nebylo zneužíváno.*“ Povinnost předcházení a potírání porušování a zneužívání práv tak platí během celého procesu. Jde o jakousi dozorovou povinnost soudu, jež má primárně procedurální charakter – stejně jako dozorová pravomoc státního zástupce stran zákonnosti přípravné fáze trestního řízení. Jde o zákonnost procesu a dozor nad výkonem procesních práv a plněním procesních povinností *během procesu*, nikoli o vlastní ochranu soukromých práv, která jsou částí předmětu řízení. Již z textu ustanovení § 2 je totiž patrný jeho procesní charakter. Kdyby se dovětek za středníkem vztahoval na soukromá subjektivní práva, byl by nadbytečný, neboť o ochraně těchto práv hovoří již ustanovení § 1, 3 a 6 první věta o. s. ř., která naopak vyjadřují myšlenku, že procesní normy jsou pouhým nástrojem ochrany soukromých práv. Ustanovení § 2 nic takového neproklamuje. Má spíše procedurální povahu, protože stejně jako § 7 odst. 1 o. s. ř. vymezuje především pravomoc soudu coby základní procesní podmínku a jako jediné ze základních ustanovení navíc zmiňuje výkon rozhodnutí. Druhá věta § 6 může ve vztahu k § 2 části věty za středníkem na první pohled vypadat jako duplicita. Tyto dvě normy však nemají stejnou působnost. § 6 druhá věta (alespoň ne přímo) nedopadá na jednání zúčastněných osob, nýbrž na výklad a použití ustanovení o. s. ř. Cíl je sice v obou případech stejný – zamezit porušování a zneužívání práv. Procesní úkon a interpretace či aplikace práva jsou nicméně dvě různé věci. Ani řádný výklad a použití právní normy zakotvující určité právo nemusí

zamezit zneužití daného práva. Může být jedním z prostředků ke splnění tohoto cíle. Dále je třeba si uvědomit, že ne každé ustanovení o. s. ř. zakotvuje právo zúčastněných osob. Některá procesní práva jsou navíc upravena jinými zákony, přičemž působnost § 6 druhé věty se omezuje na vztahy regulované o. s. ř., nanejvýš i zákony umožňujícími jeho podpůrné použití. § 2 dále nehovoří o povinnostech, zatímco § 6 se vztahuje též na ustanovení upravující právní povinnosti. Ustanovení § 2 část věty za středníkem má tedy namysli dozor na způsob výkonu zejména procesních práv a oprávněných zájmů. Jak bylo vysvětleno, nejdůležitější částí projednávání a rozhodování ve smyslu § 2 je dokazování. Kde jinde by si tak soud měl klást otázku, zda některý z účastníků neporušuje zákon? To znamená, že povinnost, *ex officio* řešit otázku zákonnosti důkazů, plyne i z § 2 o. s. ř. Ani nabídnutá alternativa nezaručuje to, že soud každou nezákonnost zachytí. To ovšem nemůže být argument ve prospěch pouhého námitkového práva. Tímto způsobem by totiž obrana před nezákonnými důkazy byla ještě méně efektivní.

4.13. Shrnutí

V této části jsme pojmenovali konkrétní normativní právní ideje, na nichž je nutno budovat základ teorie nezákonného důkazu, a jejich analýzou nepřímo dospěli k jednoznačně kladné odpovědi na prvořadě důležitou otázku, zda soud zde uvažovanou právní kvalifikaci důkazu z hlediska jeho zákonnosti musí provést z úřední povinnosti. Ze zmíněných právních idejí pak v obecné rovině vyplývá právní zákaz nezákonného důkazu. Ten ovšem neplatí v případech podústavním právem předvídaného poměrování kolidujících práv, zájmů a hodnot. Základ teorie nezákonného důkazu tudíž obsahuje dva různé aplikační modely: model pravidlo – výjimka a model poměrování. Obsah prvního modelu dále přesněji popíšeme pojmenováním základních forem nezákonnosti důkazu a jejich právních následků.

5. Základní pravidla teorie nezákonného důkazu

5.1. Formy nezákonného důkazu

5.1.1. Materiálně protiprávně opatřený důkazní prostředek

První formou nezákonného důkazu je situace, v níž se mimo soudní proces odehraje něco protiprávního, co brání procesnímu využití důkazního prostředku. Jsou to hlavně případy jeho opatření hmotněprávním deliktem. Například protiprávním, tajným zaznamenáním telefonního hovoru na záznamník, osobního rozhovoru na diktafon či skrytou kameru, tajným fotografováním. Jde o právní důvod typu právní skutečnosti, konkrétně protiprávního jednání (deliktu). Tento delikt je činem odporujícím hmotněprávnímu řádu a nastávajícím vně soudního procesu, ne však nutně před jeho zahájením. V těchto případech jde o materiálně protiprávní získání důkazu. Může být procesněprávním následkem onoho deliktu nepřipustnost takového audiovizuálního záznamu či textového dokumentu jako důkazu v civilním soudním řízení? Pokud ano, šlo by o právní zákaz.

Je to ale hmotněprávní, anebo procesněprávní zákaz? U této formy musíme rozlišit dvě samostatné otázky:

1. zákonnosti pořízení důkazního prostředku a
2. zákonnosti jeho použití pro zajištění nebo provedení důkazu.

Že jde o dvě nezávislé a zároveň související otázky,²²³ ukažme na problematice osobnostních práv.

Příklad 11: *žalobce vede s žalovaným obchodní jednání a protože je roztržitý a zapomnětlivý, všechny telefonní hovory si nahrává na záznamník, aby si později mohl připomenout jejich obsah - na čem se s žalovaným domluvil. O něco později se oba ocitnou v soudním sporu, v němž žalobce předloží audiozáznamy, pořízené samozřejmě bez vědomí žalovaného, jako důkazní prostředek.*

Otázka souladu pořízení nahrávek se zákonem je hmotněprávní. Určitý procesní aspekt by obsahovala tehdy, jestliže by žalobce hovory zaznamenal s myšlenkou budoucí soudní pře. Procesní pravidla však otázku pořízení důkazu účastníkem, snad až na ustanovení § 127a o. s. ř., neregulují. Tento aspekt je tak nyní nepodstatný. Výše naznačený právní zákaz jako právní následek nezákonnosti má nicméně jednoznačně procedurální charakter. Rozhodování o zajištění nebo provedení takového důkazního prostředku usměrněné uvedeným zákazem se děje během soudního řízení. Jde tudíž o procesněprávní rozhodnutí. Vidíme, že první forma nezákonnosti zahrnuje dvě otázky; jednu převážně hmotněprávní, druhou ryze procesní.

²²³ Srov. k tomu 1.4.2.

Pro samotnou právní kvalifikaci takového důkazního prostředku je irelevantní, kdo jej pořídil, poněvadž tato skutečnost nemá žádný vliv na jeho zákonnost. Právní kvalifikace má dvojí smysl: generální prevenci a individuální prevenci. V konkrétní procesní situaci má především chránit práva dotčeného účastníka. A z jeho pohledu je přirozeně lhostejné, kdo je porušil. Ostatně, kdyby bylo procesněprávní relevantní nezákonné opatření důkazu jen ze strany jiného účastníka řízení, mohl by právní následky nezákonného důkazu snadno vyloučit tím, že by nechal důkaz obstatat někoho jiného (srov. § 86 druhá věta o. z.). Poněkud složitější je otázka, jestli záleží na tom, kdo je porušením důkazu dotčen na svých právech. Zda je právně relevantní pouze porušení práv účastníka řízení, nebo i jiné osoby.

Příklad 12: *žalobce tajně odposlouchává telefon žalovaného a jako důkaz soudu předloží záznam hovoru mezi ním a třetí osobou, která se soudního řízení neúčastní ani není ve sporu zainteresována.*

Příklad 13: *žalobce tajně pořídí audiovizuální záznam zachycující soukromý život žalovaného. Kromě něj se však na nabíječce objevují členové jeho rodiny a náhodný kolemjdoucí.*

Otázka je pokaždé stejná: je v soudním sporu mezi žalobcem a žalovaným právně relevantní, zda byla získáním důkazu porušena práva třetí osoby, členů rodiny či kolemjdoucího? Tento problém je složitější právě proto, že se týká poškozeného. V procesněprávním vztahu jsou nicméně pouze účastníci a soud. Právě tento vztah je zdrojem jejich vzájemných procesních práv a povinností. Již samotné slovní spojení *účastník řízení* implikuje proces jakožto vztah.²²⁴ O. s. ř. skutečně upravuje postup účastníků a chrání jejich soukromá práva a zájmy (§ 1). Primární praktickou úlohou soudu je vždy právní ochrana konkrétního subjektu, který před soudem vystupuje jako účastník řízení o dříve vzneseném nároku. Hlavním bezprostředním úkolem soudu v občanském soudním řízení je tedy individuální prevence. Teprve skrze ni se uskutečňuje prevence generální.

To je znát např. z těsné stylistické a sémantické návaznosti první a druhé věty § 3, ze syntaxu věty obsažené v ustanoveních § § 1 a 2 a jednoznačně i z čl. 90 první věty Ústavy, která pochopitelně hovoří o ochraně individuálních práv. To znamená, že zásadně pouze subjekty procesněprávního vztahu, který se časově kryje s řízením samotným, požívají soudní ochrany. Tam, kde žádné řízení neprobíhá, není primárním úkolem soudu autoritativní ochrana práv, nýbrž jen jakási právní asistence (viz např. § § 67 – 69, 352 či 354 o. s. ř.). Z tohoto pohledu bychom mohli říci, že ten, kdo není účastníkem řízení, zásadě nemá nárok na zmíněnou právní ochranu. Toto řešení se zdá odpovídat i zdravému rozumu; těžko si představit, jak by soud mohl určit identitu onoho náhodného kolemjdoucího a pak jej předvolat s otázkou, zda souhlasí s provedením důkazu videonahrávkou. Na druhou stranu jsme zdůraznili mimořádnou váhu principu legality, jakož i fakt,

²²⁴ Srov. KONZEN: *Rechtsverhältnisse...*, s. 108.

že skutečným smyslem civilního procesu je jakési utvrzení objektivního práva. Hluboký smysl civilního procesu, navíc v jeho sociální koncepci, má výrazně nadosobní, všeobecný rozměr.

Uvažme dále, že přinejmenším v klasickém civilním sporu je to jeho účastník, který nese odpovědnost za proveditelnost důkazu; soud mu k tomu poskytuje spíše jen organizačně technické zázemí a čas. Chce-li tudíž žalobce mít možnost provedení (zajištění) takového důkazu, necht' zajistí souhlas dotčených osob. To pokládám za správné i při vědomí praktických obtíží, které z něj mohou vyplynout. To, jestli má třetí osoba zároveň postavení svědka, nepovažuji za podstatné. Svědek má procesní práva a povinnosti jen v souvislosti se svým svědectvím. To je důkazní prostředek odlišný od inkriminovaného záznamu. Proto z obecného hlediska nezáleží na tom, jestli šlo jen o účastníka řízení, nebo i osoby, jež se soudního procesu formálně neúčastní. Bude tudíž třeba, aby i členové rodiny žalovaného udělili před soudem souhlas. Složitěji se řešení hledá v případě onoho nahodilého kolemjdoucího. Předpokládejme, že je na záznamu zřetelně zachycena alespoň jeho podoba, podle níž je obecně objektivně možné jej identifikovat.

U audiovizuálních záznamů ještě totiž musíme rozlišovat, zda důkazní prostředek zachycuje projev osobní povahy, nebo ne. V příkladech 12 a 13 obsahuje lidský hlas, podobu nebo obojí. Tedy projevy osobní povahy. Rýsuji se pak hned dva protiprávní momenty:

1. protiprávní způsob opatření skutkové informace obsažené v důkazním prostředku a
2. protiprávní zachycení projevu osobní povahy.

K obojímu sice došlo jedním skutkem. Protiprávnost opatření informace však může být způsobena již tím, že šlo o tajný počín, jímž mohl dotčený porušit subjektivní právo na soukromí. V konkrétním případě nemusí být samotné utajení protiprávní; závisí to na tom, zda aspekt utajení narušuje něčí práva. To zde ovšem není podstatné. Důležité je, že tento moment nemá nic společného se zásahem do práva na ochranu projevů osobní povahy. Jeho protiprávnost spočívá v zachycení takového projevu bez souhlasu dotčené osoby. Rozdíl demonstrujeme srovnáním se svědeckou výpovědí. Je-li protiprávní již obstarání důkazního prostředku, v případě svědecké výpovědi je v soudním řízení třeba posoudit pouze otázku zákonnosti *opatření skutkové informace*, jež má z výpovědi vyplynout, a její přípustnosti jako potenciálního skutkového zjištění soudu. Je-li však oním důkazem audiovizuální záznam, jde přece též o právo na ochranu projevů osobní povahy - hlasu a podoby - dotčeného jedince. To nevyplývá z tajnosti jeho pořízení, nýbrž z jeho technického způsobu.

Jednoduše řečeno; video zachycuje autentický projev daného člověka. Svědecká výpověď je pouze interpretací podanou někým jiným, protože zde k narušení práva na ochranu projevů osobní povahy nemohlo dojít. Z toho též vyplývá, že v problému narušení těchto osobnostních práv nehraje žádnou roli obsah projevu. Je třeba si uvědomit, že nebezpečnost potají vytvořených

audiovizuálních záznamů spočívá zejména v možnosti jejich pozdějšího neomezeného šíření, a to ještě třeba v úplně jiném kontextu. V tom spočívá klíčový rozdíl oproti jiným způsobům zachycení skutkové informace. Vidíme také, že druhá výše vytyčená otázka u těchto důkazních prostředků vykazuje jakousi abstraktnost vůči soudem projednávanému případu; jde v ní o porušení práv, jež nejsou základem žaloby a je lhostejné, jaké informace důkazní prostředek obsahuje. Všechny tyto aspekty ospravedlňují zvláštní přístup k těmto důkazním prostředkům.

Zde se vrátíme k příkladu 13 a bezděčně zdokumentované podobě náhodného kolemjdoucího. Umožňuje-li video určení jeho identity, došlo k zásahu do jeho práv. Nedostatek zavinění na straně toho, kdo video natočil, může být relevantní pro případnou povinnost nahradit škodu (§ 2910 o. z.), nikoli pro samotnou protiprávnost zásahu; protiprávnost a zavinění jsou dva odlišné jevy. Aspekt zavinění stejně jako vztah a zainteresovanost členů rodiny či náhodného kolemjdoucího na projednávaném sporu mohou hrát roli až v případném poměřování kolidujících práv a zájmů. Nikoli v otázce právní relevance souhlasu takové osoby s provedením (zajištěním) příslušného důkazu. I onen kolemjdoucí by tedy měl zásadně udělit souhlas. Ač to na první pohled vypadá téměř absurdně, jde pouze o důslednou aplikaci výše rozvedených principů a projev značného významu všeobecných statusových práv člověka.

Zde s vědomím faktu, že jsou v dnešní bleskově plynoucí a přetechnizované době často podceňována a dá se říci, že mnohdy skutečně „dostávají na frak.“ Povinnost opatřit souhlas dotčené osoby má ten, kdo důkaz navrhuje. Tato povinnost neplatí tehdy, vnese-li tento účastník do řízení přinejmenším věrohodná a přesvědčivá tvrzení, že je souhlas nedosažitelný; např. proto, že nemá žádnou možnost zjistit, kdo byl oním náhodným kolemjdoucím. V této situaci se musí projevit oprávněnost civilního procesu jako takového a legitimní zájem na jeho efektivitě. Důkaz je pak možno provést (zajistit). Rozdíl mezi účastníkem a třetí osobou spočívá v tom, že za legalitu souhlasu účastníka odpovídá soud, zatímco nejen za legalitu, ale i za samotné opatření souhlasu třetí osoby odpovídá účastník. Právě proto, že prvořadým praktickým úkolem soudu je ochrana práv účastníků. Zde vystupuje do pořadí individuální prevence. Která se projevuje i v ustanovení § 5 o. s. ř., podle nějž „*soudy poskytují účastníkům poučení o jejich procesních právech a povinnostech.*“ I kdyby soud třetí osobu vyslyšel jako svědka, musí její informovaný souhlas zabezpečit účastník, který daný důkazní prostředek označil. V tom se projevuje princip odpovědnosti účastníka za výsledek řízení. Právní úpravu souhlasu s provedením nezákonného důkazního prostředku vysvětlíme níže.²²⁵

²²⁵ Viz 5.2.3.

5.1.2. Materiálně protiprávně předložený důkazní prostředek

Druhou formou nezákonného důkazu je případ, kdy dotyčný získá důkaz způsobem souladným se zákonem. Protiprávní je teprve jeho předložení soudu, jakožto důkazního prostředku, a to pro rozpor s hmotným právem.

Příklad 14: *žalobce si s žalovaným vyměňuje SMS zprávy. Jejich důvěrný tón napovídá, že jsou určeny pouze pro oči žalobcovy. Ten však zprávy později, v době, kdy se vzájemné vztahy zhorší, vybledá ve svém telefonu, vytiskne a předloží soudu jako důkazní prostředek, který může být rozhodující pro jeho úspěch v soudním řízení (ať už je jeho předmětem cokoli – to v tuto chvíli není podstatné).*

Narozdíl od příkladů 12 a 13 nebylo obdržení ani vtištění SMS zpráv protiprávní. Jejich předložení soudu v rámci soudního řízení za účelem prokázání určité skutečnosti však mohlo porušit právo žalovaného na vyřčené slovo jakožto jedno z jeho osobnostních, statusových práv. Protože slova, která použil v SMS zprávách, bychom ve spojení s jeho telefonním číslem, ze kterého je odeslal, mohli vnímat jako projev osobní povahy určený jen žalobci, nadto soukromého charakteru. Může být procesněprávním následkem protiprávního použití vtištěných SMS zpráv v podobě důkazního návrhu jejich nepřipustnost jako důkazu?

5.1.3. Provedení (zajištění) důkazu, zakázané procesní normou

Třetí formou je provedení (zajištění) důkazu, *ex ante* zakázané procesními pravidly kvůli nesplnění procesních podmínek. Např. provedení důkazu navrženého až po okamžiku koncentrace řízení, nenavrženého vůbec a nevyplývajícího ani ze spisu, provedení důkazu, za který účastník nezaplátil povinnou zálohu nebo účastnická výpověď prokazující tvrzení, dokazatelné však i jiným způsobem.²²⁶

V těchto případech k nezákonnosti dochází až během řízení a teprve procesně protiprávním zajištěním nebo provedením důkazu, aktem soudu. Působí zde procesněprávní zákaz. Ten se vztahuje na zajištění nebo provedení důkazu jako takové. Taková právní norma tudíž znemožňuje, aby byl důkaz vůbec zajištěn či proveden. A to buď absolutně - důkaz nenavržený a nevyplývající ze spisu či důkaz označený po koncentračním bodě a nenaplňující žádnou ze zákonných výjimek z koncentrace. Nebo relativně, do okamžiku možného budoucího splnění procesních podmínek, které ještě splnit lze – např. zaplacení zálohy. Třetí forma nezákonnosti se od obou předchozích liší v tom, že jsou explicitně kodifikována jasná procesní pravidla v podobě procesních podmínek.

²²⁶ Viz JIRSA, Jaromír. In: HAVLÍČEK, Karel (ed.). *Občanské soudní řízení (soudcovský komentář). Kniha I. § 1 – 78g občanského soudního řádu*. Vydání druhé, doplněné a upravené. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 42 (§ 6 o. s. ř.).

Společným rysem všech tří poloh nezákonnosti porušení zákona, jež může vést k *ex ante* působícímu právnímu zákazu. V tom se liší od čtvrté, poslední formy.

5.1.4. Nezákonně provedený (zajištěný) důkaz

Zde se jedná o situaci, kdy k porušení zákona dojde teprve během vlastního procesu dokazování. S přihlédnutím k faktu, že v občanském soudním řízení důkazy provádí, zajišťuje a hodnotí soud, především on je odpovědný za takovou nezákonnost.²²⁷ Nezákonný je teprve *způsob provedení* nebo *zajištění* důkazu. Samotnému provedení či zajištění žádný zákaz v cestě nestojí. Zmiňme např. opomenutí povinného výslechu znalce (ve smyslu § 127 odst. 1 druhé věty, části třetí věty před středníkem o. s. ř.), provedení účastníkem předloženého a všechny náležitosti obsahujícího znaleckého posudku jako pouhé listiny (v rozporu s § 127a první větou o. s. ř.) nebo výslech svědka za použití nepřipustných otázek. Znamená taková vada, že je na důkaz třeba hledět tak, jako by vůbec nebyl proveden? Ale proč by měl účastník doplácet na chybu soudu? Mnohdy - zejména v případech napravitelných vad dokazování - bude obtížné odlišit třetí a čtvrtý typ nezákonnosti. K tomu je nutné určit okamžik, kdy začíná samotné úřední dokazování za pomoci daného důkazního prostředku.

Příklad 15: *soud vyslechne svědka, aniž by jej poučil o právu odepřít výpověď. Je poučení již součástí provádění důkazu?*

5.2. Právní následek nezákonnosti důkazu

5.2.1. Obecně

Výše²²⁸ jsme rozvedli myšlenku, že v současném českém *legis lata* je provedení (a může to platit i pro zajištění) důkazního prostředku středobodem dokazování. A sice proto, že se jím začíná naplňovat účinek a účel vnesení důkazních prostředků do soudního řízení. Prováděním teprve začíná skutečný proces konfrontace skutkového tvrzení, důkazního prostředku a rozhodné právní normy.²²⁹ Nezákonnost konkrétního důkazního prostředku může být v konkrétním procesu relevantní pouze či přinejmenším hlavně tehdy, když k porušení zákona dojde provedením (zajištěním) důkazního prostředku. Ten je totiž soudu předkládán právě za účelem provedení (zajištění). Jedině tak může být posléze vyhodnocen a legitimizovat rozsudek. V konečném důsledku jde jen a pouze o to, jestli předmětný důkazní prostředek může legitimizovat rozsudek. V soudním řízení, v němž je nezákonný důkazní prostředek poprvé použit, vždy jde především o

²²⁷ Viz § 78 odst. 3, § 78e, § 122 a § 132 - § 136 o. s. ř. Účastníci tedy nemohou provést důkaz sami, jak to stranám trestního řízení umožňuje § 215 odst. 2 t. ř.

²²⁸ Viz 2.5.

²²⁹ Viz 2.3.

jeho vliv na skutkovou větu a právní větu odůvodnění rozsudku a tudíž potenciálně i na jeho výrok. Je-li tak provedení (zajištění) důkazního prostředku v souladu s právním řádem, a to jak ve smyslu rozhodnutí jej provést (zajistit), tak vlastního procesu provedení (zajištění), může být důkazní prostředek legitimizačním základem rozsudku jako důkaz, i kdyby byl opatřen protiprávně.

5.2.2. K jednotlivým formám

Představme si čtyři právní normy. Hypotéza každé zakotvuje jednu z výše identifikovaných forem nezákonného důkazu. Nyní tyto myšlené právní normy dokončíme určením dispozice - právního následku jednotlivých forem. Ten by měl vyplynout z nalezené ústřední normativní právní ideje právního státu. V prvních dvou případech je oním právním následkem bezesporu zákaz zajištění nebo provedení důkazu, vyplývající z objektivního procesního práva, v němž se samozřejmě plnohodnotně projevuje i princip legality a mocenský monopol státu. Tentýž právní následek platí pro třetí skupinu. Rozdíl tkví jen ve faktu, že zde zákaz plyne z výslovné právní normy, pročež není třeba dále hledat jeho zdroj. I tyto normy jsou přirozeně projevem principu právního státu.

Obtížnější je problém právního následku čtvrté formy. V tomto kontextu může mít teoretický i praktický význam řešení příkladu 15. Udělá-li soud chybu při zajišťování či provádění důkazu, neměl by na ni účastník řízení, který v tomto případě nic protiprávního neudělal, doplatit. Budeme-li chápat poučení svědka jako úkon dokazování předcházející, může se nesplnění poučovací povinnosti jevit jako důvod zákazu provést výslech kvůli nesplnění procesních podmínek, protože podle smyslu této podmínky není objektivně jisté, zda by svědek vypovídal, kdyby jej soud řádně poučil. Smyslem všech poučovacích povinností je navíc zabezpečit, aby nikdo neutrpěl újmu jen proto, že nezná procesní pravidla. Takže i kdyby svědek v každém případě vypovídal, nebyl by s jistotou předem informován o možnosti újmy (byť v podobě zákonného trestního stíhání).

Budeme-li na poučení nahlížet jako na část dokazování, spíše zde vyvstane potřeba vadu zhojit. Poučení je již součástí dokazování. Pomiňme přitom fakt, že svědecké výpovědi se v každém případě odehrávají ve fázi jednání věnované dokazování (§ § 118 odst. 3 ve spojení s 122 odst. 1 o. s. ř.). I když se zaměříme na svědeckou výpověď jako jeden určitý moment, je poučení již prováděním důkazu výsledkem svědka ve smyslu § 125 první věty o. s. ř. Právo odepřít výpověď je svědkovým právem (§ 126 odst. 2 druhá věta), o němž soud dotyčného poučuje na počátku výslechu (§ 126 odst. 2 první věta o. s. ř.). Všechny úkony, jež předcházejí svědkově líčení věci, jsou zákonem předepsanou přípravou k vlastní výpovědi, na jejímž základě se teprve rozhoduje, zda bude svědek vůbec vypovídat a pokud ano, jakou váhu bude jeho svědectví asi možno přičítat.

Vzájemná souvislost těchto úkonů je natolik úzká, že jde od počátku do konce o dokazování. Tomu neodporuje ani fakt, že důkazním prostředkem není výslech, nýbrž výpověď svědka.²³⁰ Důkazní prostředek je totiž nosič s informací, která se v řízení objevuje teprve v okamžiku výpovědi k věci (§ 126 odst. 3 první věta o. s. ř.). To znamená, že nepoučení svědka je chybou nastálou při provádění důkazu. Co z této modelové situace můžeme odvodit? Že zde nemůže platit *ex ante* zákaz využití, neboť tu nikdy nebyl. Situace však volá po nápravě. Tato potřeba vyvěrá právě z principu legality – potřeby dodržet zákonem předepsaný postup – a navíc i z požadavku soudní ochrany práv účastníka řízení. Zde naopak povstává *ex post* příkaz nápravy důkazu. Například dodatečným poučením nebo i opakovaným výslechem svědka. Tento příkaz pochopitelně může existovat jen tam, kde lze vadu dokazování dodatečně napravit postupem, souladným s právním řádem. Není-li taková možnost, příkaz vůbec nevzniká.

Otázka zní, zda lze nezhojitelně vadně provedený důkaz použít pro skutkový závěr v rozsudku. Méně závažná situace v podobě odstranitelné vady dává vzniknout právnímu příkazu nápravy. Jeho smyslem je v konečném důsledku to, aby důkaz mohl posloužit jako zdroj skutkového zjištění. Požadavek legality zde není samoučelný. To znamená, že v závažnější situaci nenapravitelné vady je potřeba legality o to palčivější. To, že ji nelze legálně naplnit, pročez z ní nevzniká žádný právní příkaz, je věc jiná. V těchto případech tedy důkazní prostředek zásadně nelze použít jako důkaz.

Přesněji řečeno tehdy, vyžaduje-li smysl a účel porušeného procesního pravidla, aby bylo nutno vadu důkazu zhojit, protože jedině tak jej lze použít jako stavební kámen skutkové věty rozsudku. Tento smysl by zde nebyl, kdyby šlo o ryze technickou normu bez hodnotového obsahu, pramenícího v požadavku ochrany práv osob. Zákon samozřejmě takové normy obsahuje. Avšak zrovna pro pravidla dokazování coby část procesu, zdaleka nejvýznamnější pro soudní ochranu práv, obecně platí opak. Smysl a účel porušené procesní normy bude tedy takovou nápravu vyžadovat povětšinou. Princip právního státu je signifikantní hodnotou sám o sobě.

Je nicméně třeba si uvědomit nápadnou specifickou formu nezákonného důkazu. Zde totiž důkazní prostředek nehodnotíme *a priori* negativně, protože proti němu nepůsobí žádný zákaz. Určité negativní hodnocení si vyslouží teprve provedením nebo zajištěním, a to ještě na základě omylu, pochybení, kterého se navíc dopustí soud, což je situace vždy překvapivá. Přitom je evidentní, že kdyby této chyby nebylo, vše by bylo takřkajíc v nejlepším pořádku. Což se může z obecného hlediska ještě dodatečně „podařit“ nápravou vady. Tato skupina nezákonných důkazů je tudíž velmi svébytná a v konečném důsledku to není nic jiného, než právě požadavek efektivní soudní ochrany práv, který nás nutí k tomu, abychom nepoužitelnost takového důkazu pro

²³⁰ Viz 2.2.

konstrukci skutkové věty omezili určitými podmínkami. Nejvhodnější jsou takové, jež tak či onak vyjadřují smysl a účel civilního procesu jako instituce materiálního právního státu.

5.2.3. Odpadnutí právního následku nezákonnosti?

Je možné již nastalý právní následek nezákonnosti důkazu v podobě zákazu či příkazu následně zhojit souhlasem dotčené osoby? Zdroj oněch právních následků v podobě principu legality a mocenského monopolu státu se zdá podávat zápornou odpověď. V případě třetí a čtvrté formy tato otázka není relevantní, poněvadž v nich existují explicitní procesní normy, předpokládající splnění jasně stanovených podmínek jak pro účastníky řízení, tak pro soud. Tyto podmínky jsou samozřejmě vždy splnitelné. Třetí a čtvrtá forma mají čistě procesněprávní ráz. Proto není možné nesplnění zákonných procesních podmínek následně zvrátit projevem vůle. Položená otázka je nicméně významná pro první a druhou formu nezákonnosti. Nejprve jsme vysvětlili, proč má tato konstelace primárně veřejnoprávní, procesní charakter. To ovšem neznamená, že nevykazuje přesah do práva hmotného. V popisu dvou prvních forem bylo ukázáno, že samotné porušení zákona je prohřeškem proti hmotněprávnímu řádu. Ten teprve vyvolává procesněprávní následky. V těchto případech se tudíž obvykle jedná o porušená soukromá subjektivní práva. A to pouze určitého účastníka řízení, nikoli všech. Může účastník, proti němuž má být důkazní prostředek použit, udělit soudu právně účinný informovaný souhlas s jeho provedením (zajištěním) a tedy i použitím pro skutkovou větu rozsudku? Zásah do svých práv totiž nemusí subjektivně vnímat úkorň. A může mít dokonce zájem na použití takového důkazního prostředku, poněvadž z něj např. může vyplývat pravý opak toho, co tvrdí druhá strana.

Problém je v tom, že v danou chvíli má problém spíše veřejnoprávní povahu a soud je striktně vázán principem legality. Odpověď musíme hledat ve smyslu a účelu instituce civilního procesu. Tím je právní mír dosažený upevněním objektivního práva pomocí soudní ochrany subjektivních práv účastníků konkrétního soudního řízení. Které z obou nabízejících se řešení vposledku více přispívá k nastolení právního míru? V tomto kontextu uvažme, že přísné rozlišování objektivního a subjektivního práva je do značné míry umělé a má spíše jen didaktickou funkci. Vždyť vlastním obsahem objektivního práva jsou především subjektivní práva a povinnosti osob. Z obecného hlediska potřebě právního míru více konvenuje možnost, propůjčit dotčenému účastníkovi právo, aby dosáhl použití nezákonného důkazu, protože:

1. jde o jeho a ničí jiná práva a povinnosti a proto
2. může i provedení nezákonného důkazu nakonec upevnit právní mír mezi účastníky.

Není přitom důvod, proč by účastník nemohl svobodně rozhodnout o následcích porušení vlastních práv. Už z principu autonomie vůle nicméně vyplývá, že je to možné (§ 3 první věta o. s.

ř. ve spojení s § 3 odst. 1, 1 odst. 2 o. z.).²³¹ Ve hmotněprávní úpravě osobnostních práv dokonce zákon zakotvuje právo souhlasu dotčené osoby výslovně (§ 84, 85, 86 druhá věta, 87 o. z.). Důležitý je fakt, že dotčený účastník řízení ono rozhodnutí činí teprve *ex post*, se znalostí všech podstatných okolností.

Z těchto důvodů uzavřeme, že účastník může udělit souhlas s použitím takového důkazního prostředku. Avšak jedině po úplném a srozumitelném poučení ze strany soudu (§ 5 o. s. ř.) obsahujícím informaci:

1. že a z jakého důvodu je důkaz nezákonný,
2. jaký právní následek z nezákonnosti plyne,
3. že má účastník možnost tento následek dodatečně zvrátit informovaným souhlasem,
4. který však nemůže později odvolat.

Z rozvedených důvodů též účastník není povinen svou reakci na poučení vysvětlovat a soud není oprávněn zkoumat ani rozhodovat o relevanci jeho důvodů. Musí pouze sledovat, zda účastník poučení plně pochopil, aby se na jeho základě mohl rozhodnout skutečně informovaně. V této chvíli by se měl projevit aspekt odpovědnosti účastníka za výsledek řízení. Možnost souhlasu pak „vrací do hry“ legitimní požadavek souladu rozsudku se skutečnou životní situací, jelikož důkazní prostředek přirozeně může sloužit k jejímu osvětlení. Souhlas je (hmotně)právním jednáním a procesním úkonem zároveň, neboť se týká použití hmotným právem chráněného statku a současně se děje v soudním řízení a má procesněprávní následky. Proto jej nelze později odvolat (§ 41a odst. 4 o. s. ř.). Narozdíl od situace, v níž by tento projev vůle byl pouze právním jednáním, poněvadž pak by bylo možné souhlas odvolat kdykoli (§ 87 odst. 1 o. z.). Neodvolatelnost vyplývá z výše zmíněného faktu, že procesní pravidla mají díky své veřejnomocenské povaze aplikační přednost.²³²

Zbývá určit, jaký charakter vlastně souhlas má. Je to jakási okolnost vylučující protiprávnost v podobě svolení poškozeného či snad nástroj podobný ratihabici právního jednání? O okolnost vylučující protiprávnost nejde; souhlas je udělen až po dokončení protiprávního jednání. O jednání podobné ratihabici také ne, protože nezákonné jednání již vyvolalo právní následky v podobě zákazu provedení (zajištění) důkazu. Jde o jejich dodatečný zvrát, odpadnutí? Je-li informovaný souhlas právně možný, musí být provedení (zajištění) důkazu v souladu s právním řádem. To je možné jedině tehdy, odpadne-li právní následek v podobě procesního zákazu. Porušení zákona jakožto skutkový znak normy zakotvující tento následek však odpadnout nemůže, jelikož v této procesní situaci již není právním následkem. A v právním státě není ani žádoucí, aby se ono negativní hodnocení jaksi rozplynulo.

²³¹ Viz též FINK: *Die Verwertbarkeit ...*, s. 75.

²³² Viz 3.5.1.

Odpadá procesní zákaz s právními účinky *ex nunc*, nebo *ex tunc*? Smysl a účel zde obhajovaného pravidla, jež umožňuje informovaný souhlas, účinky *ex tunc* nevyžaduje, protože by tu neměly žádný praktický ani teoretický význam. Jde o rozhodování účastníka teď a tady, po uplatnění důkazního návrhu. Jeho souhlas má tedy účinek *ex nunc*.

5.3. Hodnocení zákonnosti důkazu v průběhu soudního řízení

5.3.1. Obecně

O formách a následcích nezákonnosti důkazu jsme hovořili v obecné, statické poloze. Problém nezákonného důkazu má však ke staticčnosti velmi daleko. Děje se dnes a denně v civilním soudním řízení. Proto, abychom mu hlouběji porozuměli, vrátíme se nyní k procesuálnímu, dynamickému charakteru důkazu²³³ a v myšleném soudním řízení přesně vymezíme a budeme analyzovat okamžik (procesní stadium), v níž soud k onomu právnímu hodnocení důkazu²³⁴ přistupuje. Kolem otázky, jaký vliv může mít nezákonný důkaz již uvnitř občanského soudního řízení, jsme se dosud pohybovali spíše jen z pohledu účastníka řízení a jeho práva na důkaz. Nyní tak učiníme v roli soudu, který má hlavní slovo v procesu dokazování.²³⁵ To nám teprve propůjčí plastickou představu o tom, jak právní následky nezákonnosti důkazu v občanském soudním řízení skutečně působí.

Pro ještě větší názornost však nejprve prostřednictvím analýzy judikatury českých soudů a ESLP na některých životních situacích zjistíme, které konkrétní právní problémy musí soudy nejčastěji řešit a jak se s nimi posud vypořádaly vrcholné články české justice. To nám poskytne prostor pro konfrontaci výše formulovaných obecných závěrů s judikaturou, kterou musí český soud zohledňovat, a s reálnými podmínkami české justice.

5.3.2. Česká judikatura

Na počátku tuzemské judikatury k problému nezákonného důkazu stojí rozhodnutí NS,²³⁶ v němž soud řešil případ zaměstnance, žalujícího svého někdejšího zaměstnavatele na neplatnost okamžitého zrušení pracovního poměru, jehož důvod chtěl žalovaný prokázat přepisem tajně pořízeného záznamu telefonního hovoru mezi žalobcem a jiným zaměstnancem téže společnosti, při němž měly zaznít pro žalobce inkriminující skutečnosti. Soudy tento důkaz nepřipustily, což NS potvrdil se zdůvodněním, že žalovaný porušil žalobcovo právo na tajemství dopravovaných zpráv, na soukromí a též na ochranu projevů osobní povahy, poněvadž záznam získal tajně, bez

²³³ Viz 2.2.

²³⁴ Viz 4.11.

²³⁵ Viz 5.1.5.

²³⁶ rozsudek NS ze dne 21. 10. 1998, sp. zn. 21 Cdo 1009/98, č. 39/99 Sb. rozh. civ.

souhlasu svého zaměstnance. Důkaz tudíž získal protiprávně, protože jej soud nesměl použít. Kdyby tak učinil, zatížil by řízení vadou, jež by mohla způsobit nesprávné věcné rozhodnutí. Slabinou tohoto rozsudku je, že nerozlišuje mezi právem na ochranu projevů osobní povahy, právem na soukromí a tajemstvím dopravovaných zpráv. Jestliže jeden účastník telefonního hovoru bez vědomí druhého účastníka tento hovor nahrál, nezasáhl do práva na ochranu listovního tajemství a tajemství dopravovaných zpráv podle čl. 13 LZPS. Toto právo nicméně chrání účastníky dané korespondence před zásahy třetích osob. Bylo by porušeno tehdy, jestliže by záznam byl pořízen či použit bez vědomí obou účastníků. Nikoli v případě, že jeden z nich o nahrávání ví a poskytne záznam soudu.

Velmi výstižně obě práva odlišil BVerfG v rozhodnutí ze dne 9. 10. 2002, v němž řekl, že v případě zásahu do práva zakotveného obdobou českého čl. 13 LZPS pořizuje záznam třetí osoba bez vědomí účastníků hovoru pro vlastní potřeby, zatímco v případě druhém jeden z účastníků bez vědomí druhého umožní třetí osobě seznat obsah a okolnosti hovoru. V prvním případě je chráněna důvěrnost použití technického zařízení sloužícího k předání zprávy, ve druhém případě důvěrnost vztahu mezi partnery v komunikaci.²³⁷ Má z toho vyplývat, že když hovor nahraje jeho účastník a nikomu jej nezpřístupní, nejedná protiprávně? Právo na ochranu tajemství dopravovaných zpráv nemají účastníci hovoru jeden vůči druhému, nýbrž pouze vůči třetím osobám. Jestliže jeden z účastníků umožní třetí osobě, aby se napojila na telefonní linku a poslouchala, nebo např. bez vědomí druhého aktivuje hlasitý odposlech jen proto, aby opodál stojící třetí osoba mohla poslouchat, bylo zasazeno do práva podle čl. 10 LZPS. Právo na ochranu projevů osobní je totiž jedním z osobnostních práv, která chrání čl. 10 LZPS. Ačkoli zde není výslovně zmíněno, patří do věcné působnosti této normy.²³⁸ NS se dále nijak nevypořádal ani s otázkou případné ochrany práv zaměstnavatele. Silnou stránkou rozsudku je správný závěr, že lidský hlas je projevem osobní povahy a pak též argument principem legality ztělesněným ustanoveními čl. 90 Ústavy a § 2 a 3 o. s. ř. Soud tedy ke zdůvodnění neprovedení důkazu nepoužil pouze hmotněprávní normy zakotvující výše popsaná práva, nýbrž i ryze procesní pravidla.

V dalším rozsudku²³⁹ NS souzený případ skutkově odlišil od předchozího tím, že tentokrát hovor nezaznamenala třetí osoba, nýbrž jeho účastník. Tento rozsudek zrušil ÚS níže analyzovaným nálezem. Hovořím o něm jen kvůli argumentům NS, které chci vyvrátit. Zde svědek zavolal žalovanému, který jejich hovor tajně nahrál. Odvolací i dovolací soud akceptovaly přepis záznamu jako důkaz. Na to navázal úvahou, že je obecně známo, že telefony technicky umožňují

²³⁷ bod 23. odůvodnění usnesení BVerfG ze dne 9. 10. 2002, sp. zn. 1 BvR 1611/96 a 1 BvR 805/98.

²³⁸ viz BAŇOUCI, Hynek a kol. *Komentář k usnesení o vyhlášení listiny základních práv a svobod*. Praha: Wolters Kluwer, 2010 (čl. 13 Listiny základních práv a svobod).

²³⁹ rozsudek NS ze dne 21. 12. 2004, sp. zn. 30 Cdo 1224/2004

záznam hovoru nebo alespoň jeho hlasitý odposlech. Pokud volající iniciuje hovor s tímto vědomím, aniž by se proti jeho monitorování ohradil, dává v podstatě konkludentní souhlas s pořízením záznamu. Svědek nicméně s provedením důkazu nesouhlasil, s čímž se NS vypořádal tak, že dokazování v soudním řízení prohlásil za případ zákonné úřední licence podle § 12 odst. 3 obč. zák., která absentující souhlas nahrazuje, protože byl onen důkaz přípustný. Kromě výše vyložené neobhajitelnosti názoru o zákonné úřední licenci NS nevysvětlil, proč je tajné pořízení záznamu aktérem hovoru méně závažné, než totéž chování třetí osoby, jestliže obě jednání zasahují do osobnostních práv a jestliže porušení důvěrnosti hovoru ze strany jeho frekventanta je bezpochyby překvapivější a i úkorněji vnímatelné, než stejný prohřešek ze strany třetí osoby. Navíc NS nedocenil možnost, že mohou existovat i hraniční případy, kdy např. zaměstnavatel nainstaluje do služebního telefonu aplikaci monitorující všechny hovory, aniž by to řekl svému zaměstnanci, který si toho nevšimne a takto nevědomky nechá zaznamenat příchozí hovor s jiným člověkem. Mínění stran konkludentního souhlasu zaujal též ÚS v nálezu, vyneseném v téže věci.²⁴⁰

ÚS jím zrušil výše uvedený rozsudek NS s poukazem na nesprávnost názoru o úřední licenci. Podstatné je ovšem to, že naopak převzal jeho názor o konkludentním souhlasu volajícího. Není důvod rozlišovat, zda hovor nahrává volající nebo volaný, protože obojí je technicky možné a povědomí o technologickém rozvoji mají oba zúčastnění stejné. Otázka však zní, zda jde skutečně o konkludentní souhlas. Konkludentní je právní jednání, jehož prvořadým účelem není výslovný projev vůle právně jednat; na tuto vůli lze z konkludentního jednání pouze nepřímou usuzovat.²⁴¹

V pojetí předchozího i stávajícího občanského zákoníku jde o projev vůle učiněný jinak, než slovy. Zde je však problém v tom, zda fakt, že volající nebo volaný zahájí nebo pokračuje v hovoru za obecného povědomí o možnosti jeho záznamu, je právním jednáním v podobě souhlasu s pořízením záznamu, nebo právně irelevantním mlčením. Z principu poctivosti (§ 6 o. z.) vychází úvaha, že kdo mlčí, předpokládá se, že souhlasí, když mluvit měl a mohl. Jinak ovšem mlčení neznamená ani souhlas, ani nesouhlas. Zde souhlas z ničeho nevyplývá, nemá-li se ovšem stát tajné odposlouchávání hovorů mezi spoluobčany sociální normou.²⁴² Argumentovat ve prospěch souhlasu obecnou povědomostí o technickém pokroku je mylné, neboť jde o paušální argument, jehož východiskem je fiktivní vůle, znalost celé společnosti, která je posléze vnucena jednotlivci. Výklad projevu vůle však musí vždy začít v konkrétní situaci a u konkrétního člověka. V jednotlivém případě může převážet skutečná vůle jednajícího, nebo vůle objektivně projevená, tedy vůle s obsahem, který by zpravidla seznala osoba v postavení příjemce právního jednání (teorie projevu vůle, „normativní vůle“). Přinejmenším při běžných telefonátech mezi lidmi však žádnou

²⁴⁰ nálezu ÚS ze dne 13. 9. 2006, sp. zn. I. ÚS 191/05, č. N 161/42, SbNU 372

²⁴¹ viz MELZER, Filip. *Právní jednání a jeho výklad*. Brno: Václav Klemm, vydavatelství a nakladatelství, 2009, s. 38.

²⁴² K absenci projevu vůle v takovém případě viz KIETHE: *Verwertung...*, s. 969.

takovou právně relevantní vůli nelze najít. Rozšířenost a snadná dostupnost nahrávacích technologií a obecné povědomí o nich může být pouze jednou z indicií k existenci vůle právně jednat, nikoli rozhodujícím kritériem, protože *a priori* nic nevyovídá o vztahu mezi konkrétními lidmi. A to tím spíše, že zde hovoříme o projevu vůle, vykazujícím značnou kvalitu; směřuje totiž ke konkrétnímu právnímu jednání, jehož právním následkem je zásah do osobnostních práv.

Dedukce takové vůle při běžných hovorech víceméně znamená, že právo odmítá reagovat na technologický rozvoj a tím zachovat stejnou úroveň ochrany osobnostních práv jako dříve. A to je nepřijatelné. Je také třeba si uvědomit, co by mohl právní názor ÚS způsobit, byl-li by uplatňován v mezilidských vztazích. Normalizoval by skryté nahrávání mezi spoluobčany ignorujíc dočista možnost, že mnohé telefonní hovory mají velmi osobní, ba intimní ráz. Výsledkem by byl mravní úpadek a otrávení důvěry mezi lidmi. Což je v situaci, kdy se česká společnost právě s tímto neblahým dědictvím éry normalizace již bolestně (ač mnohdy nevědomky) potýká, krajně nežádoucí, poněvadž ohrožující sociální soudržnost a tedy i obranyschopnost státu v nejširším smyslu. Výše podané skutkové odlišení ze strany NS je možná klíčem k pochopení postoje obou soudů. Patrně vycházely z představy, že pokud telefonní hovor zaznamená jeden z hovořících, nestane se vlastně nic špatného, poněvadž vše, co bylo řečeno, stejně slyšel, jelikož to byl také „jeho hovor.“ V onom smyslu by pak protiprávní mohlo být teprve využití záznamu co důkazu. Tato představa však neodpovídá právní úpravě ochrany osobnosti. Ta se totiž neaktivuje pouhým vnímáním projevu osobnosti, nýbrž teprve jeho zaznamenáním. Právo na ochranu podoby nepřichází na přetřes již ve chvíli, kdy druhého člověka vidím. Děje se to až tehdy, když jej fotografuji. Protože právě tato činnost zvěčňuje jeho podobu do formy, s níž lze právně nakládat. Proto není vyslechnutí hovoru totéž, jako jeho technický záznam.

Druhým podstatným aspektem je tajnost onoho záznamu, která narušuje důvěru. Navíc tu samozřejmě v první řadě běží o práva člověka, jehož hlas byl tajně zaznamenán, nikoli toho druhého. Dalo by se namítnout, že např. v prostředí byznysu je běžná určitá míra ostražitosti a nedůvěry obchodních konkurentů. I tento segment je nicméně jen částí společnosti jako celku. A česká společnost naléhavě potřebuje uzdravení důvěry mezi občany. Minulý režim, zejména jeho normalizační fáze, se vyznačovaly cíleným křivením lidského charakteru; za to, že občané nebudou otevřeně vystupovat proti režimu a budou se starat jen sami o sebe, režim toleroval flákání v práci, rozkrádání státního majetku, udavačství a zaručil lidem sociální jistoty. Lidé se naučili jednat nízce, bezpáteřně, neupřímně a sobecky a stejné chování v duchu hesla „podle sebe soudím tebe“ očekávali od druhých. To otrávil mezilidskou důvěru a vážně poznamenalo morální klima v zemi.²⁴³ V dnešní době agresivního konzumismu tyto nebezpečné nešvary nacházejí novou

²⁴³ Srov. HALÍK, Tomáš. *Vstupujeme do 30. roku svobody (listopad 2018)* [online]. halik.cz,

živnou půdu. Z těchto morálních důvodů není možné názor NS a ÚS akceptovat. Jeho absurdita navíc vystupuje do popředí dovedením do praktických důsledků. Kdyby měl volaný právo zaznamenat přichozí hovory, musel by tuto funkci aktivovat předem, neboť až během hovoru to zpravidla není technicky možné. To ale znamená, že by *en bloc* monitoroval všechny své kontakty bez ohledu na to, kdo a proč mu volá. Zbývá jen doufat, že ÚS nemyslel vážně akceptaci takového chování. Tento názor tudíž odmítám jako nejen právně neobhajitelný, ale i mravně neakceptovatelný.

Dalším rozhodnutím²⁴⁴ NS zahájil sérii, založenou na rozlišování soukromé a profesní sféry. V tomto případě byl tajně pořízen audiozáznam rozhovoru tří osob vedeného „z očí do očí.“ NS důkaz připustil, protože dotčení byli společníky obchodní společnosti a hovořili o záležitostech své společnosti. Proto nešlo o projev osobní povahy, nemohlo být narušeno právo na jeho ochranu a důkaz byl přípustný. NS této otázce přiznal relevanci i v rozsudku ze dne 23. 6. 2010, sp. zn. 22 Cdo 3717/2008, kde též instančně podřízenému soudu přikázal zkoumat skutkovou otázku, zda šlo o záznam telefonního hovoru, nebo rozhovoru mezi lidmi nacházejícími se na jednom místě. Neřekl však, proč je tato skutková otázka důležitá. V obou rozhodnutích NS vyložil pojem projevu osobní povahy nejen bez vysvětlení jinak, než v prvním analyzovaném rozhodnutí, ale i chybně. Ze sémantického hlediska lze tento výraz interpretovat třemi způsoby:

1. jako projev, který objektivně umožňuje identifikovat konkrétního člověka,
2. jako projev obsahující informace o soukromém životě dotčeného,
3. jako projev, z něž vyzařuje povaha (charakter) dotčeného člověka (v tomto významu by šlo o povahu člověka, nikoli projevu).

Projev osobní povahy má první význam. V obecné češtině je myslitelný i obrat *osobní projev*, jenž by však mohl být chápán příliš široce; jestliže v televizní reportáži hovoří člověk, jehož tvář je rozmazaná a hlas počítačově zkreslený, nemůže jít o projev osobní povahy, poněvadž z něj nelze poznat identitu tohoto člověka (je to projev anonymizovaný) – můžeme jej ovšem označit za osobní projev, neboť je vesměs zřejmé, že hovoří jedna konkrétní osoba. Tyto sémantické niance si patrně uvědomili též tvůrci o. z., kteří se snaží se o preciznější práci se slovy (viz § 86 in fine – *soukromé písemnosti osobní povahy*). NS, který otázku přípustnosti důkazu přehráním záznamu vyřešil podle toho, zda se nahrávané osoby bavily o soukromých nebo profesních otázkách, vyšel z druhého významu. Tím ovšem zaměnil *projev osobní povahy* za *soukromí*, což jsou dva různé osobnostní statky (viz § 11 obč. zák. a § 81 odst. 2 o. z. Obojí jasně odlišuje ustanovení § 86 o. z., kde je řeč pouze o soukromí, ne o projevech osobní povahy). V těchto rozhodnutích se dozvídáme,

17. 11. 2018 [cit. 28. 3. 2021]. Dostupné na <<http://halik.cz/cs/tvorba/clanky-eseje/clanek/470/>>.

²⁴⁴ rozsudek NS ze dne 11. 5. 2005, sp. zn. 30 Cdo 64/2004

že např. rozhovor o obchodních vztazích mezi členy téže akciové společnosti vůbec nepodléhá ochraně příslušných ustanovení, protože to není projev osobní povahy. Je samozřejmé, že projev osobní povahy a soukromí jsou u konkrétního člověka jeden jako druhý aspekty jeho osobnosti. Tyto pojmy ovšem nelze volně zaměňovat. Hlas člověka, jeho poznámky ze školení (tedy písemnost osobní povahy – deník se týká soukromí, je proto soukromou písemností osobní povahy), obraz jím namalovaný nebo jeho podoba jsou vždy v první řadě projevy osobní povahy. Zda také něco vypovídají o soukromí, je věc druhá. Každý projev osobní povahy může nebo nemusí být soukromý; to je ovšem vedlejší, jelikož § 12 obč. zák., resp. § 87n o. z. nechrání soukromí jako takové.²⁴⁵ Výše uvedený judikatorní názor je nejen teoreticky nesprávný, ale i obtížně uplatnitelný. Teprve po přehrání záznamu se totiž ukáže, zda dotyční debatovali o své práci, nebo o soukromí. Z obou těchto důvodů by jeho obsah neměl hrát roli v rozhodování, zda jej provést jako důkaz.²⁴⁶

Otázku souhlasu s provedením nezákonného důkazu NS zdatelně otevřel v rozsudku završujícím případ,²⁴⁷ v němž byl důležitým důkazem záznam telefonního hovoru, pořízený však bez vědomí jeho účastníků. NS bez bližšího vysvětlení a s odkazem na náleží ÚS ve věci IV. ÚS 191/05 uvedl, že záznam bylo jako důkaz možné použít, pokud by účastníci hovoru udělili soudu souhlas s jeho provedením. Stejný názor, byť na základě trochu jiného skutkového stavu, NS zaujal v rozsudku ze dne 20. 1. 2010, sp. zn. 29 Cdo 4007/2008. Okolností, že touto osobou měla být svědkyně, nikoli účastník řízení, se soud nezabýval.

Že je právně relevantní, zda inkriminovaný audiovizuální záznam zachycuje telefonní hovor, nebo rozhovor vedený na témže místě a v tomtéž čase přítomnými osobami, NS naznařil v rozsudku,²⁴⁸ jímž řešil žalobu na určení vlastnického práva k nemovitosti založenou na tom, že žalovaný kupující nezaplatil její kupní cenu, protože žalující prodávající odstoupila od kupní smlouvy a je tudíž vlastníkem nemovitosti. Jako důkaz ke tvrzení o nezaplacení kupní ceny označila (zřejmě tajně pořízený) audiozáznam komunikace mezi jednatelem žalobkyně a žalovaným. NS zaujal názor, že je právně významná skutková otázka, zda šlo o záznam telefonního hovoru, anebo rozhovoru mezi přítomnými osobami, což v daném případě nebylo objasněno. Neuvedl ovšem,

²⁴⁵ Pod dojmem čl. 8 EÚLP mají některé soudy tendenci zahrnout pod zde uvedený pojem soukromí také projev osobní povahy, protože Úmluva tyto projevy nechrání. Ani takové pojetí není správné, neboť v případech podléhajících i vnitrostátním zákonům jsou zpravidla aplikovány i tyto zákony (viz TŮMA, Pavel. In LAVICKÝ, Petr (ed.). Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 503 (§ 84)). Ačkoli např. v bodě 12. odůvodnění rozsudku NS ze dne 15. 10. 2019, sp. zn. 25 Cdo 1778/2019, č. 74/2020 Sb. rozh. civ., soud soukromí od projevu osobní povahy odlišil.

²⁴⁶ K témuž názoru dospěly německé soudy ve výše analyzované judikatuře (Viz 3.6.). Viz též KIETHE: Verwertung..., s. 969.

²⁴⁷ rozsudek NS ze dne 4. 11. 2008, sp. zn. 22 Cdo 4172/2007

²⁴⁸ rozsudek NS ze dne 23. 6. 2010, sp. zn. 22 Cdo 3717/2008

proč. Pouze odkázal na svůj rozsudek ve věci 30 Cdo 64/2004,²⁴⁹ podle nějž zpravidla není rozhovor mezi společníky obchodní společnosti o problémech této společnosti projevem osobní povahy.

Konfrontaci s prejudikaturou postrádá další rozsudek,²⁵⁰ v němž NS posuzoval situaci, kdy byla na kameru tajně natočena pracovní schůzka žalobkyně. Soud, aniž by se jakkoli vyrovnal s výše rozebranou judikaturou, dospěl k závěru, že pořízení nahrávky bylo protiprávní a že nešlo o případ zákonné licence. Pouze stručně poukázal na to, že EÚLP chrání jako součást soukromí i písemnosti „profesního charakteru.“ Výše však bylo vysvětleno, že to je dáno faktem, že EÚLP nechrání projevy osobní povahy jako samostatný osobnostní statek; což neplatí o obč. zák., který přitom NS musel aplikovat především, nestanovil-li něco jiného, než EÚLP (čl. 10 Ústavy).

Jiný druh důkazního prostředku NS hodnotil ve věci,²⁵¹ kdy žalovaná celý život považovala matrikového otce za biologického, přičemž tento muž v jejím životě také plnil roli sociálního tatínka. Když zemřel, zdědila po něm část pozůstalosti. Jiný muž, kterého prý celou dobu vnímala jen jako rodinného přítele, se jí spolu s její matkou měl později svěřit, že je jejím otcem, přičemž prohlásil, že jí odkáže svůj majetek. Když se tak ovšem nakonec nestalo, zjedнала žalovaná soudního znalce, aby tomuto muži posmrtně odebral vzorek DNA, na jehož základě sestavil genetický test, podle nějž byl zesnulý biologickým otcem žalované. Žalovaná test navrhla jako důkaz. NS jej však neakceptoval s argumentem, že opatřením vzorku bylo porušeno mužovo právo na pietní ochranu osobnosti. Zde není důležité, že důkazním prostředkem nebyl audiovizuální záznam, nýbrž test DNA. Směrodatné je, že se NS přidržel dříve vysloveného názoru, že protiprávně získaný důkaz nelze použít.

V dalším rozhodnutí²⁵² ÚS řešil pracovněprávní problematiku. Žalobce se domáhal neplatnosti výpovědi dané mu žalovaným pro nadbytečnost a tvrdil, že skutečným důvodem výpovědi byla jeho kritika, kterou na adresu svého zaměstnavatele pronesl. Toto podezření mu potvrdil člen vedení mateřské firmy v rozhovoru, který žalobce sám tajně nahrál na kazetu, kterou posléze využil jako důkaz. Zatímco ostatní soudy tento důkaz nepřipustily, ÚS problém rozřešil jinak na pozadí kolize osobnostních práv člověka, jehož hlas byl zaznamenán, s právem na spravedlivý proces žalobce a s jeho zaměstnaneckými právy. ÚS provedl pouze první krok testu proporcionality, když uvedl, že nahrávka byla coby žalobci jediný dostupný přímý důkaz tvrzených skutečností vhodným prostředkem k dosažení právní ochrany. Další kroky testu ÚS neprovedl a důkaz prohlásil za přípustný s argumentem, že byl žalobce co zaměstnanec slabší smluvní stranou

²⁴⁹ Podobný odkaz najdeme např. v usnesení NS ze dne 20. 9. 2012, sp. zn. 25 Cdo 1111/2011.

²⁵⁰ rozsudek NS ze dne 27. 3. 2013, sp. zn. 30 Cdo 1585/2012

²⁵¹ rozsudek NS ze dne 24. 9. 2014, sp. zn. 30 Cdo 1982/2012, č. 22/2015 Sb. rozh. civ.

²⁵² náleží ÚS ze dne 9.12.2014, sp. zn. II. ÚS 1774/14, č. N 221/75 SbNU 485

a že se právě on domáhal právní ochrany, přičemž získání důkazu ÚS přirovnal k jednání v krajní nouzi nebo k dovolené svépomoci. Oba zúčastnění se kromě toho na nahrávce nebavili o svém soukromí, nýbrž o práci. ÚS zde neprovedl skutečný test proporcionality, srozumitelně nezodpověděl otázku, zda a jakou roli hraje fakt, že druhým zúčastněným nebyl žalovaný zaměstnavatel, nýbrž svědek, ani to, že i tento svědek se před soudem dovolal svých práv přinejmenším v tom smyslu, že nesouhlasil s použitím záznamu jako důkazu, protože nevěděl o jeho pořízení. Argumentace postavením slabší strany je jen velmi povšechná, otázku krajní nouze ani svépomoci ÚS vůbec nerozvedl (a neuvedl, o který z obou případů by mohlo jít) a do poměřování pojal i žalobcovo právo na spravedlivý proces – nesprávně, jak bylo výše vysvětleno.

Dalším článkem judikatury je rozhodnutí,²⁵³ v němž NS posuzoval situaci, jež může nastat velmi často. Klient zažaloval pojišťovnu na náhradu škody na zdraví způsobené pracovním úrazem. Žalovaná nechala pořídit audiovizuální záznamy žalobcova života v okolí jeho bydliště a na veřejných prostranstvích. Soudy tento důkaz připustily, načež žalobce zahájil samostatné soudní řízení, v němž požadoval omluvu za utajené natáčení a finanční satisfakci za neúspěch v prvním soudním řízení. NS tento důkaz neakceptoval, poněvadž jeho opatřením žalovaná porušila žalobcovo právo na podobu. NS si zde vůbec nepoložil otázku práv či právem chráněných zájmů žalované pojišťovny.

Případ nahrávky rozhovoru, vedeného nikoli účastníky řízení, nýbrž svědky, NS projednával v usnesení,²⁵⁴ ve kterém šlo o přípustnost zvukového záznamu rozhovoru mezi svědky. NS se nevyjádřil k otázce, zda je podstatné, že nešlo o telefonní hovor, nýbrž o rozhovor mezi přítomnými osobami, které navíc vystupovaly jako svědkové. Rozhovor se měl týkat půjček, jež měli svědkové poskytnout žalobcům. V rozsudku najdeme pouze povšechnou větu, že „profesní, obchodní“ ráz rozhovoru nebyl natolik intenzivní, aby rozhovor nebyl projevem osobní povahy. Proto byl důkaz nepřipustný. NS se ovšem vyhnul odpovědi na otázku, které konkrétní osobnostní právo bylo porušeno. Výše zmíněná úvaha přitom napovídá, že rozhovor jistý „profesní“ aspekt obsahoval, pouze ne dostatečně silný. V tom případě ovšem vzniká otázka, jestli jej vůbec lze považovat za soukromý. Právě na ochraně soukromí je totiž mimojiné založen výše rozebraný rozsudek ve věci 21 Cdo 1009/98, jímž zde soud argumentuje. Kromě jiného je na tomto příkladu znát, jak velkou právní nejistotu stran proveditelnosti takového důkazu způsobuje přístup, založený na *posuzování obsahu* nahraných (roz)hovorů.

Velmi specifický případ NS rozhodoval v dalším usnesení.²⁵⁵ V tomto případě němž bylo oprávněným soudně zakázáno chodit před pozemek povinného, což nedodržovali a povinný to

²⁵³ rozsudek NS ze dne 27. 5. 2015, sp. zn. 30 Cdo 5216/2014

²⁵⁴ usnesení NS ze dne 26. 4. 2017, sp. zn. 33 Cdo 2065/2016

²⁵⁵ usnesení NS ze dne 29. 11. 2017, sp. zn. 20 Cdo 3599/2017

prokazoval audiovizuálními záznamy, jejichž pořizování mu však soud zapověděl předběžným opatřením. Oprávnění podali exekuční návrh ve vztahu k onomu předběžnému opatření. NS zaujal názor, že šlo o šikanózní exekuční návrh a záznamy akceptoval s poukazem na to, že sloužily jako důkaz porušování zákona oprávněnými. Tuto myšlenku soud nerozvinul a navíc šlo o skutečně nevšední, těžko zobecnitelnou kauzu.

Aspekt upozornění na možnost záznamu telefonátu posuzoval ÚS v dalším ze svých nálezů,²⁵⁶ kdy žalobkyně s žalovanou uzavřely v rámci svého podnikání smlouvu během vzájemného telefonního hovoru. ÚS narozdíl od okresního soudu došel k názoru, že důkaz uzavření smlouvy v podobě zvukového záznamu byl přípustný, protože právo na soudní ochranu žalobkyně bylo na základě testu proporcionality silnější, než právo žalované na tajemství dopravovaných zpráv. Pomineme-li výše obhájený názor, že poměrování kolidujících hodnot není vhodnou metodou, bylo též vysvětleno, proč problém nelze řešit aplikací práva na spravedlivý proces. Totéž pochopitelně platí pro právo na soudní ochranu. Rovněž jsme zdůvodnili, proč zde není dotčeno tajemství dopravovaných zpráv. ÚS naprosto pominul právo na ochranu projevů osobní povahy jako samostatný osobnostní statek. Dalším úskalím nálezu je fakt, že ÚS žádný test proporcionality viditelně neprovedl. Dále vzájemně neodlišil pořizování a použití záznamu jako samostatné právně významné otázky. Zajímavý je skutkový znak, že žalovaná měla být podle tvrzení žalobkyně na počátku hovoru informována o tom, že hovor je monitorován a přesto v něm pokračovala. Otázka, jaký vliv má tento fakt na zákonnost pořizování a následného použití záznamu co důkazního prostředku v soudním řízení, je velmi specifická a vydala by na velmi obsáhlé pojednání, takže se již mívá s obecným, doktrinálním zaměřením disertace.

Poukažme pouze na to, že ÚS v bodě 20. odůvodnění uvedl, že „*tvrdila-li na jedné straně stěžovatelka, že o monitorování hovoru vedlejší účastníci informovala a na straně druhé vedlejší účastnice řízení oponovala, že nikdy žádný souhlas s použitím záznamu nedala, měl okresní soud připustit provedení tohoto důkazu přinejmenším k ověření těchto vzájemně si nekorrespondujících tvrzení účastníků řízení.*“ ÚS zde nezohlednil níže vyložený názor,²⁵⁷ že zákonnost důkazu je třeba posoudit zásadně před jeho provedením, kterým také mohou být porušena osobnostní práva dotyčného účastníka řízení (zde žalované - vedlejší účastnice). Za zmínku stojí i fakt, že obě skutková tvrzení si vůbec nemusí odporovat; vždyť vytvoření záznamu je něco jiného, než jeho následné použití. Navíc žalovaná nepopřela, že by byla o možnosti záznamu zpravena, nýbrž pouze uvedla, že nedala souhlas k jeho použití. Čímž mohla mít namysli souhlas výslovný. Nakonec není jasné, jak by mohla reprodukce záznamu před soudem přispět k posouzení zmíněných tvrzení, jestliže pravděpodobně jediným příspěvkem

²⁵⁶ Nález ÚS ze dne 27. 2. 2018, sp. zn. II. ÚS 2299/17 (N 35/88 SbNU 491)

²⁵⁷ Viz 5.3.4.

žalované k této otázce bylo během hovoru mlčení. Nemluvě o tom, že v hovoru nepochybně nezaznělo nic o pozdějším použití záznamu – alespoň soudě podle obvyklého chodu věcí.

Trestněprávní případ, který vykazuje judikatorní přesah i do oblasti civilního procesního práva, ÚS posuzoval v nálezu²⁵⁸ řešícím situaci, kdy obžalovaný nebo jeho obhájce tajně nahráli neveřejnou poradu senátu předcházející vyhlášení usnesení. Na ní soudkyně obžalovaného a obhájce častovala nelichotivými výrazy. Obžalovaný pak tímto záznamem argumentoval jako důvodem pro podjatost soudkyně, což příslušný krajský ani nadřízený vrchní soud neakceptovaly mimojiné s poukazem na protiprávní pořízení záznamu. ÚS naopak tento důkazní prostředek považoval nejen za zákonný, ale i za důvod vyloučení dané soudkyně pro nesplnění objektivní složky testu nepodjatosti. Nápadným rysem nálezu je fakt, že ÚS do testu proporcionality vůbec nezahrnul princip legality, zde vyjádřený čl. 36 odst. 1 LZPS, podle něž se „*každý může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve stanovených případech u jiného orgánu.*“ Podle § 127 odst. 1 t. ř. totiž „*poradě a hlasování nesmí být kromě soudců a přisedlících zúčastnivších se jednání, jež rozsudku bezprostředně předcházelo, a zapsivatele přítomen nikdo jiný. O obsahu porady je nutno zachovat mlčenlivost.*“ Pořízení záznamu vyvolalo nejen stejný efekt, jako kdyby poradě osobně přihlíželi obžalovaný i jeho obhájce, ale dokonce jej přesáhlo, neboť každý takový záznam může být neomezeně šířen. To je mimořádně závažné i z té příčiny, že zde má zachování legality ještě specifický samostatný význam. Totiž nezávislost soudu ve smyslu čl. 81 Ústavy. Smyslem neveřejnosti senátní porady je totiž v první řadě vytvoření podmínek pro nezávislost soudního rozhodování. Tyto aspekty ÚS vypustil. Pouze v bodě 50. odůvodnění uvedl, že stěžovatelem napadená část výroků předsedkyně senátu se netýkala obsahu připravovaného rozhodnutí, pročez není „podřaditelná režimu § 127 odst. 1 t. ř.“ a že soud zde jednal *ultra vires*. Fakt, že je porada senátu v t. ř. vymezena časově, nikoli obsahově – což je nejen na první pohled zřejmé, nýbrž i mimořádně důležité s ohledem na zachování nezávislosti soudu – zde zůstal nepovšimnut.

Dalším problematickým momentem je fakt, že podle bodů 45., 46. a 63. odůvodnění ÚS na straně soudu poměřoval právo na soukromí. Stěží si lze představit situaci, která by se soukromím soudce souvisela méně, než příprava rozhodnutí v jednací síni. Ledaže by ÚS soukromí chápal nikoli jako obecnou oblast lidského života, jež nesouvisí s obživou, profesí ani s veřejným působením dotyčného člověka, nýbrž jako pomyslný kruh, jehož středem je člověk a který je definován jeho právem nebýt nikým rušen. Takové soukromí si s sebou člověk pochopitelně nosí i do práce.²⁵⁹ To však ÚS nevysvětlil, třebaže jde o dva naprosto odlišné pojmy. Právo na ochranu projevu osobní povahy ÚS neaplikoval. Což by mohlo vést k rozpornému výsledku, protože by

²⁵⁸ nálezu ÚS ze dne 31. 7. 2018, sp. zn. III. ÚS 4071/17 (N 129/90 SbNU 139)

²⁵⁹ Takto soukromí často rozumí ESLP. Viz např. jeho rozsudek ze dne 25. 6. 1997, č. 20605/92, ve věci *Halford proti Spojenému království*.

zde musel zohlednit judikaturu NS, která „osobní povahu“ přiznává jen projevům, nesouvisejícím s profesí. Tedy těm, které jsou soukromého rázu, což je úplně jiný význam soukromí, který na tento případ očividně nelze aplikovat.

Zatím posledním výrazným příspěvkem do judikatury je rozsudek,²⁶⁰ kterým NS řešil otázku přípustnosti audiozáznamu zachycujícího žalobcovo jednání, jež bylo důvodem okamžitého zrušení jeho pracovního poměru žalovaným zaměstnavatelem, jako důkazního prostředku v řízení o žalobě na neplatnost rozvázání pracovního poměru. NS zde v obecné rovině navázal na první z analyzovaných rozhodnutí úvahou o obsahu čl. 90 Ústavy a § 2 a 3 o. s. ř. Podle názoru NS lze takový důkazní prostředek použít tehdy, nelze-li danou skutečnost prokázat jinak. Problém je nutno řešit poměřováním kolidujících práv a zájmů, přičemž do poměřování je třeba pojmout právo na spravedlivý proces toho, kdo důkaz navrhuje. NS důkazní prostředek prohlásil nepřijatelný, jelikož tvrzené skutečnosti byly prokázány jinak – výpověďmi svědků.

Řekněme přímo a bez příkras, že česká judikatura je natolik argumentačně chudá, že nepředstavuje pro řešení výzkumných otázek téměř žádný přínos. Obsahuje více otázek než odpovědí a i většina odpovědí není právě přesvědčivá. Mimo jiné je však velice užitečná z jednoho zvláštního důvodu. Definitivně se na ní ukazuje, že metoda, postavená na testu proporcionality, je jako dominantní aplikační model teorie nezákonného důkazu nevhodná, zde s přihlédnutím k reálným podmínkám fungování civilního procesu v České republice. Nepředvídatelný je totiž nejen výsledek poměřování, ale dokonce i to, která práva či zájmy do něj soud vůbec zahrne (*sic!*). To může být způsobeno jednak různým hodnotovým ukotvením každého konkrétního soudce (což je naprosto přirozený jev), druhak tím, že judikatura nemá jasno ani v obsahu, ani v aplikačním prostoru některých základních pojmů. Což je naopak znepokojivé. V případě ÚS je použití ústavního testu proporcionality nevyhnutelné vzhledem ke specifickému postavení tohoto soudu. Způsob jeho aplikace je ovšem velice problematický zejména kvůli opomíjení některých podústavních zákonných pravidel.

Proč zde tuto souvislost rozvádíme? Protože hodnotová indiference principu proporcionality je jeho velkou slabinou i s ohledem na výše popsané nepříznivé mravní klima v naší zemi. Česká společnost nutně potřebuje posílení demokracie. To ovšem není možné bez posílení důvěry mezi lidmi a právní kultury. V tomto procesu musí hrát nezastupitelnou roli jedné ze záruk spravedlnosti a práva občanské soudní řízení jako důležitá instituce demokratického právního státu. K dosažení onoho stavu je nezbytné, budovat právo a demokracii především na hodnotách. Také teorie nezákonných důkazů by tudíž měla mít zřetelný a vyhraněný hodnotový étos. Princip

²⁶⁰ rozsudek NS ze dne 14. 8. 2018, sp. zn. 21 Cdo 1267/2018, č. 83/2019 Sb. rozh. civ. Existují i další rozhodnutí ÚS a NS, týkající se zkoumané problematiky, leč neobsahují žádný právní argument, který by dosud nezazněl. Příslušné řešení je v nich založeno na stručných odkazech na půvejdukaturu. Proto nemá smysl je zde citovat.

proporcionality obsahuje nevyslovený předpoklad, že všechny hodnoty jsou relativní, protože mohou (musí) být vzájemně poměřovány. Jako takový by nicméně mohl být základem teorie nezákonného důkazu jen ve vyspělejší společnosti, která se otevřeně, jednoznačně a činem hlásí ke konkrétním hodnotám a ke kultuře práva.

Pojem soukromí musíme vykládat v první řadě podle vnitrostátních předpisů, nikoli podle EÚLP. Již proto, že EÚLP samostatně nechrání projevy osobní povahy, což vede k tomu, že je pojetí soukromí v judikatuře ESLP širší, než by odpovídalo české legislativě, která projevům osobní povahy poskytuje samostatnou právní ochranu coby svébytnému osobnostnímu statku.

Nejkvalitnějším rozhodnutím zůstalo patrně první citované. NS v něm uvedl, že je „*při posuzování důkazů navržených účastníky z hlediska jejich zákonnosti třeba rovněž přiblídnout k ustanovení čl. 90, věty první, Ústavy České republiky, podle něhož jsou soudy povolány především k tomu, aby zákonem stanoveným způsobem poskytovaly ochranu právům. Ustanovení § 2 o. s. ř. ukládá soudům též povinnost zaměřovat svou činnost k tomu, aby nedocházelo k porušování práv a právem chráněných zájmů fyzických a právnických osob a aby práv nebylo zneužíváno na úkor těchto osob. Z těchto ustanovení upravujících hlavní poslání soudů, obsah jejich činnosti v občanském soudním řízení a předmět a účel občanského soudního řádu vyplývá nejen úkol soudů zajišťovat spravedlivou ochranu práv a oprávněných zájmů fyzických a právnických osob, které byly porušeny nebo jsou obroženy, ale též jejich povinnost postupovat v řízení, jímž se tato ochrana zabezpečována, tak, aby samy svou činností práva fyzických a právnických osob neporušovaly a porušování jejich práv v řízení zamezovaly. Má-li být občanské soudní řízení jednou ze záruk zákonnosti sloužící jejímu upevnování a rozvíjení (§ 3, věta první, o. s. ř.), nelze připustit, aby při činnosti soudů, kterou je zajišťována ochrana práv fyzických a právnických osob, docházelo k porušování nebo k využívání porušení jiných práv těchto osob.... Navrhne-li proto účastník občanského soudního řízení k prokázání svých tvrzení důkaz, který byl pořízen nebo účastníkem opatřen v rozporu s obecně závaznými právními předpisy a jehož pořízením nebo opatřením došlo k porušení práv jiné fyzické nebo právnické osoby, soud takový důkaz jako nepřijatelný neprovede..... Nelze též přiblídnout, že magnetofonovým záznamem telefonického rozhovoru fyzických osob jsou pořizovány zvukové záznamy jejich hlasů, které patří mezi projevy fyzických osob osobní povahy. Takové záznamy ovšem mohou být podle ustanovení § 12 odst. 1 o. z. pořízeny nebo použity jen se svolením fyzické osoby. Nedá-li fyzická osoba svolení k zaznamenání svého hlasu a nejde-li o některý z případů uvedených v ustanovení § 12 odst. 2 a 3 o. z., kdy jejího svolení není třeba, je pořízení nebo použití takového zvukového záznamu porušením práva na ochranu její osobnosti (srov. ustanovení § 11 a násl. o. z.).“ Tyto obecně správné úvahy však v postjudikatuře zůstaly - s výjimkou posledního rozebíraného judikátu - prakticky nerefléktovány.*

5.3.3. Judikatura ESLP

České soudy musí zohledňovat nejen českou judikaturu, ale na základě EÚLP též rozhodnutí

ESLP. Zejména kvůli přesvědčivému disentu je významný rozsudek,²⁶¹ v němž ESLP řešil případ, kdy pan Schenk pověřil v telefonickém rozhovoru svého partnera, aby zavraždil jeho manželku. Partner však hovor nahrál a záznam poskytl policii, načež soud pana Schenka odsoudil i na základě záznamu jako důkazu. ESLP konstatoval, že čl. 6 EÚLP nereguluje otázku zákonnosti důkazu, nýbrž pouze spravedlivost řízení jako celku (bod 46.). A v tomto smyslu nebyl stěžovatel zkrácen na svých právech, přestože důkaz byl získán protiprávně. Soudci Pettiti, Spielmann, De Meyer a Carillo Salcedo v disentu zaujali právě opačný postoj, že „žádný soud nemůže bez újmy na náležitém výkonu spravedlnosti opírat svůj názor o důkaz, který byl nejen získán nečestnými prostředky, ale především nezákonně. Jestliže tak učinil, soudní řízení podle znění Úmluvy nemůže být spravedlivé.“ Tento názor považují nejen za zcela správný, nýbrž i klíčový pro celý v disertaci zkoumaný problém.

Pracovníprávní oblasti se týká další rozsudek štrasburského soudu.²⁶² Stěžovatel byl propuštěn ze zaměstnání z důvodu užívání firemního počítače pro osobní komunikaci, a to přes předchozí zákaz ze strany zaměstnavatele. V rámci svého zaměstnání si stěžovatel na pokyn zaměstnavatele zřídil účet u služby pro okamžité zasílání zpráv, který měl využívat pro komunikaci se zákazníky. Zaměstnavatel své zaměstnance informoval o zákazu jeho užívání pro soukromé účely, již však nikoliv o tom, že je jejich komunikace monitorována. Stěžovatel se v návaznosti na nařčení zaměstnavatele z porušení uvedených pravidel bránil, že jím odesílané zprávy měly pracovní charakter. Následně byl ovšem konfrontován s výpisem jejich obsahu, který zahrnoval mimo jiné zprávy soukromého charakteru. Na podkladě porušení firemních pravidel byl propuštěn a neuspěl ani v řízení o žalobě na neplatnost rozvázání pracovního poměru před vnitrostátními soudy.²⁶³ Podle ESLP případ náleží do působnosti čl. 8 EÚLP zaručujícího právo na soukromí. Státy Úmluvy mají široký prostor pro uvážení, zda a jak právně regulovat možnost sledování soukromé komunikace zaměstnance jeho zaměstnavatelem. Přesto musí vnitrostátní soud v intencích čl. 8 posoudit:

1. zda byl zaměstnanec o možnosti monitorování a jeho samotném výkonu předem informován,
2. jaký byl rozsah monitorování a stupeň zásahu do soukromí zaměstnance, kdy je zásadní rozdíl mezi sledováním toku komunikace a jejího obsahu,
3. zda měl zaměstnavatel legitimní důvody ospravedlňující monitorování probíhající komunikace a následné nahlédnutí do ní,

²⁶¹ rozsudek ESLP ze dne 12. 7. 1988, č. , ve věci *Schenk proti Švýcarsku*

²⁶² rozsudek ESLP ze dne 5. 9. 2017, č. 61496/08, ve věci *Bărbulescu proti Rumunsku*

²⁶³ doslovně citováno dne 3. 11. 2020 podle http://eslp.justice.cz/justice/judikatura_eslp.nsf/WebSearch/4C37F9ACAFF53B7AC125822E004D8EFF?openDocument&Highlight=0,>.>.>

4. zda zaměstnavatel mohl uplatnit méně invazivní zásah do soukromí než přímé nahlédnutí do komunikace zaměstnance,
5. jaké byly výsledné dopady monitorování na zaměstnance a
6. zda měl zaměstnanec k dispozici adekvátní záruky, zejména zda zaměstnavatel mohl sledovat obsah komunikace jen po výslovném předchozím upozornění zaměstnance.²⁶⁴

Tajné zachycení protiprávního jednání bylo obsaženo v dalším důležitém rozsudku ESLP.²⁶⁵ Stížnost podalo pět žen pracujících jako pokladní nebo prodavačky v supermarketu. Zaměstnavatel pojal, na základě účetních nesrovnalostí mezi skladovými zásobami a prodejem, podezření z možných krádeží. Byly důvody se domnívat, že se na ztrátách podílejí zaměstnanci supermarketu včetně stěžovatelek. S cílem prošetřit zjištění ztráty nechal zaměstnavatel umístit do supermarketu kamery směřující na vchody a východy prodejny, o kterých byli zaměstnanci informováni, a dále skryté kamery namířené na pokladny, o jejichž instalaci zaměstnanci informováni nebyli. Skryté kamery zabíraly prostor pokladen během celého dne. Skryté natáčení probíhalo po dobu deseti dnů a pořízené záznamy ukázaly, že stěžovatelky kradly nebo napomáhaly krádežím kolegů a zákazníků. Stěžovatelky byly s nahrávkami konfrontovány a následně propuštěny ze zaměstnání. Po zhlédnutí videozáznamů tři stěžovatelky podepsaly dohodu za účasti zástupce odborů, ve které se přiznaly ke krádežím a výměnou za upuštění od trestního stíhání se zavázaly nenapatat své propuštění u pracovněprávního soudu. Navzdory dohodám se všechny stěžovatelky nakonec obrátily na soud a žádaly, aby byly tajně pořízené nahrávky vyřazeny ze spisového materiálu, jelikož porušily jejich právo na soukromí a nelze je užít jako důkaz. Soudy žaloby zamítly. V rozhodnutí se kromě nahrávek opřely o další důkazy, hlavně o výpovědi svědků, prohlášení tří stěžovatelek, ve kterém se ke krádežím přiznaly, a výpisy z pokladen dokládající množství stornovaných nákupů.²⁶⁶

ESLP došel k závěru, že nebyla porušena práva stěžovatelek ani podle čl. 6, ani plynoucí z čl. 8 EÚLP. Považoval za potřebné poměřit právo stěžovatelek na soukromí s možnostmi zaměstnavatele zajistit ochranu svého majetku a hladký chod podniku. Vzhledem k tomu, že španělské právo a soudní řízení před vnitrostátními soudy poskytovaly stěžovatelkám dostatečné možnosti k uplatnění jejich práv, neznamenalo ani hlavní úskalí případu v podobě tajnosti natáčení druhou skupinou kamer porušení zmíněných článků.

²⁶⁴ tamtéž

²⁶⁵ rozsudek ESLP ze dne 17. 10. 2019, č. 1874/13, ve věci *López Ribalda a ostatní proti Španělsku*

²⁶⁶ Téměř doslovně citováno dne 3. 11. 2020 podle http://eslp.justice.cz/justice/judikatura_eslp.nsf/WebSearch/F29E196759B7F82BC1258545004F83B5?openDocument&Highlight=0,>.

5.3.4. Zákonnost jako problém předběžného hodnocení důkazu

Může-li být zákon porušen provedením nebo zajištěním důkazního prostředku, měla by se jeho zákonnost hodnotit před provedením, aby k porušení pokud možno vůbec nedošlo.²⁶⁷ Protože občanskému soudnímu řádu je stejně jako celému právnímu řádu vlastní zásada prevence porušování práv a vzniku sporů.²⁶⁸ Je přece mnohem rozumnější předcházet porušování práv a konfliktům, než se potýkat s jejich následky. Otázka zákonnosti důkazního prostředku by tak měla být jakousi předběžnou otázkou vůči samotnému jeho provedení. V situaci, kdy návrhovač označí důkazní prostředek, odpůrce namítne jeho nezákonnost a návrhovač se odvolá na protinormu, která by mohla být důvodem k provedení, ocitl by se soud v pasti, pokud by neměl efektivní nástroj, umožňující mu v zájmu prevence porušení práv posoudit zákonnost důkazu před jeho provedením.

Tímto nástrojem je mu postup v rámci přípravy jednání, který je *de facto* i *de iure* předběžným hodnocením důkazů. V učebnicích civilního procesního práva se o hodnocení důkazů zpravidla hovoří jako o retrospektivní analýze již provedených důkazů, předcházející konečnému rozhodnutí. Knap a Švestka, jak bylo uvedeno výše, tvrdí, že neprávem získaný důkaz je v řízení po právu proveditelný natolik, nakolik přispívá ke zjištění skutkového stavu. Vypovídací hodnotu důkazu ovšem nelze dost dobře zodpovědět před jeho provedením. Autoři implicitně říkají, že nezákonně opatřený důkaz, který nevyjasňuje skutkový stav, v řízení provést nelze. Soud tedy nesmí takový důkaz vůbec použít. Jenže jeho zákonnost může posoudit až poté, kdy tak učinil. Právě tato úvaha také bezděčně vede k oné velice důležité otázce, zda existuje legální možnost vyhodnotit zákonnost důkazního prostředku před jeho provedením.

Jde o něco, o čem se v tuzemské odborné literatuře a vesměs ani v judikatuře vůbec nehovoří, co se však dnes a denně děje u každého soudu a v každém soudním řízení. O předběžné hodnocení důkazů. Tedy o analýzu předcházející onomu závěrečnému posuzování, o němž obvykle čteme v odborných textech. Bude-li nezákonnost důkazního prostředku způsobena právem na soukromí záletnického manžela, jehož nevěru manželka odhalila protiprávně nabytým obsahem jeho emailové schránky, neměl by soud inkriminovanou fotografii jako důkaz vůbec provést, poněvadž by tím do manželova soukromí sám protiprávně zasáhl, neboť provedení důkazu není zákonnou úřední licenci.²⁶⁹ To znamená, že již před provedením onoho důkazního prostředku musí posoudit jeho zákonnost. Něco podobného mimochodem platí i pro závažnost důkazu. Je-li zjevné, že účastník předkládá důkaz o právně irelevantní skutečnosti, nemá žádný smysl takový důkaz provádět. Stejně jako důkaz, který na první pohled není způsobilý k objasnění tvrzené

²⁶⁷ Viz WERNER: *Verwertung...*, s. 357.

²⁶⁸ Viz zejména § 1, 2 a 6 o. s. ř.

²⁶⁹ Srov. REICHENBACH: *§ 1004 BGB als Grundlage...*, s. 200, 227.

kutečnosti, vztahuje se k již prokázanému faktu nebo očividně slouží jen jako procesní obstrukce. Tyto úvahy nejsou ničím jiným, než předběžným hodnocením důkazů.

O. s. ř. tento postup explicitně nereguluje. Nanejvýš nepřímo diskvalifikuje důkazy zjevně irelevantní nebo se vztahující k již prokázané skutečnosti, když říká, že důkazem může být každý důkazní prostředek, *jímž lze zjistit stav věci* (§ 125 první věta o. s. ř.). Zároveň předpokládá i možnost, že soud neprovede všechny navržené důkazy (§ § 120 odst. 1 druhá věta a 157 odst. 2 první věta o. s. ř.). Trestní řád je v daném směru o něco výmluvnější, když v § § 89 odst. 2 třetí větě a 164 odst. 3 třetí větě předvídá, že orgán činný v trestním řízení může určitý důkaz odmítnout a v § 112 dokonce víceméně stanovuje, že důkazem je jen takový prostředek, který opravdu prokazuje danou skutečnost.

Dále bychom mohli říci, že samotné podání obžaloby je rozhodnutím státního zástupce, jemuž musí předcházet analýza důkazů, ospravedňující postavení obviněného před soud (§ 176 odst. 1 první věta t. ř.). V soudní fázi trestního řízení pak zákon dává soudu nástroje, jež by neměly smysl bez předchozího hodnocení důkazů; například upozornění na rozpory ve výpovědích obžalovaného a předestření protokolu o výslechu z přípravného řízení (§ § 207 odst. 2 první věta a 212 t. ř.). Ústavní soud sice konstatoval, že zákon nezná institut předběžného hodnocení důkazů,²⁷⁰ avšak měl tím namysli předběžné hodnocení věrohodnosti důkazu následované jeho neprovedením s poukazem na to, že důkaz je „pravděpodobně neobjektivní.“ Šlo o případ, kdy policejní orgán předběžně selektoval důkazy podle jejich pravděpodobné (ne)věrohodnosti v neprospěch obviněného, aniž by je provedl. Výše bylo vysvětleno, že právě věrohodnost důkazu podléhá volnému hodnocení. Právě tato volnost vyžaduje přesvědčivou úvahu na základě logiky, přírodních zákonů a životní zkušenosti. Aby řízení bylo spravedlivé a čitelné, může se tato úvaha dít jedině v rámci kontradiktorního dokazování. Jde o kognitivní činnost. To jsou zásadní rozdíly oproti zákonnosti, kterou soud musí v zájmu zachování legality procesu z povahy věci zvažovat *předem*, a to myšlenkovým pochodem, který má podobu aplikace práva, nikoli kognice.

V občanském soudním řízení je sice potřeba předběžného hodnocení důkazů méně zřejmá, než v trestním řízení, avšak stejně nezbytná. Bez něj by totiž soudce nemohl přijít do jednací síně připraven a vyhlásit rozsudek již na konci prvního jednání, jak obecně požaduje § 114a odst. 1 o. s. ř. Bez něj by z velké části ztratilo smysl přípravné jednání, které slouží právě ke shromáždění relevantních tvrzení a důkazů a jejich analýze pro následné ústní jednání. Kdyby soud nemohl předběžně analyzovat důkazy, nemohl by na počátku ústního jednání účastníky konkrétněji zpravit o výsledcích jeho přípravy ani rozhodnout, které z navržených důkazů provede a které nikoli, jak předpokládá § 118 odst. 2 o. s. ř. Příprava jednání ve smyslu § 114n o. s. ř. v žádném případě není

²⁷⁰ nález ÚS ze dne 14. 1. 2000, sp. zn. III.ÚS 617/2000 (N 143/23 SbNU 27).

pouhým přezkumem základních podmínek řízení, výběrem soudního poplatku a výzvou žalovaného k vyjádření k žalobě. Soud musí žalobu již na počátku prostudovat, aby žalobce případně mohl vyzvat k její opravě či doplnění (§ 114 odst. 1 ve spojení s §§ 43 a 79 odst. 1 o. s. ř.). Musí správně určit její právní základ, aby mohl vymezit právně významné skutečnosti a za účelem jejich osvětlení vyžádat zprávu (§ 114a odst. 2 písm. c)), ustanovit znalce (§ 114a odst. 2 písm. d)) nebo prostě jen určit, které důkazy budou vůbec potřebné (§ 114a odst. 2 písm. e) o. s. ř.). Součástí odpovědné přípravy je i předběžná analýza důkazů, které jsou již k dispozici. Bez ní se citelně zvyšuje šance, že soud bude muset jednání odročit, protože žalobce své tvrzení dosud nedokázal buď proto, že o něm nepřeložil žádný důkaz, nebo jím doložený důkaz jeho tvrzení neprokazuje.

Myslitelný je přirozeně i systém, v němž soud důkazy poprvé poznává až na ústním jednání. Současný český právní řád nicméně takový systém vylučuje tím, že naopak žádá předchozí přípravu, jejíž součástí je nevyhnutelně též určité hodnocení důkazů. Názor NS, že „nelze hodnotit důkaz, který soud neprovedl,“ tudíž musíme chápat tak, že se týká až závěrečného, právně závazného hodnocení jakožto součásti dokazování.²⁷¹ Lapidárně řečeno, nemá smysl tvářit se, že neexistuje něco, co se běžně děje, co neodporuje žádnému ustanovení právního řádu a s čím naopak zákon přinejmenším implicitně počítá.

Předběžné hodnocení ovšem není součástí dokazování, nýbrž jen nezbytným nástrojem přípravy jednání. Dokazování je totiž veřejný kontradiktorní proces, odehrávající se zásadně na jednání (§ 122 odst. 1 o. s. ř.). Předběžné hodnocení důkazů má svá úskalí. Představme si audiovizuální záznam zachycující právně relevantní skutkový děj, o němž je sporné, jestli vznikl zákonným způsobem. Tento stav *non liquet* ohledně okolností pořízení důkazního prostředku, které mají mnohdy přímý vliv na jeho zákonnost či nezákonnost, mívá často podobu dvou protichůdných tvrzení. Účastníka, který důkaz pořídil, a jeho odpůrce. Přitom je velmi obtížné, ne-li nemožné, objektivně posoudit, který z účastníků mluví pravdu a zda tedy důkaz provést nebo ne. Otázku zákonnosti lze přitom velmi často spolehlivě zodpovědět jedině po seznámení se s důkazem; například proto, že z audiovizuálního záznamu je většinou zřejmé, jestli byl pořízen tajně, nebo s vědomím dotčeného člověka. Právě to vnímám jako největší úskalí práce s nezákonně opatřeným důkazem.

Tento aspekt samozřejmě nemůže být argumentem pro úplné vypuštění otázky zákonnosti. Má-li však soud skutečně posoudit zákonnost důkazu před jeho provedením, musí k tomu mít efektivní prostředek. Za jediný takový prostředek *de lege lata* pokládám výše obhajované předběžné

²⁷¹ usnesení NS ze dne 9. 10. 2002, sp. zn. 29 Cdo 2893/2000, č. 40/2003 Sb. rozh. civ.

hodnocení důkazů.²⁷² Je možné, aby soud důkaz v rámci přípravy jednání předběžně vyhodnotil a podle výsledku hodnocení rozhodl, zda jej na jednání provede? Toto řešení neodporuje pravidlu, že dokazování probíhá na jednání ani názoru NS, že nelze hodnotit neprovedený důkaz. Jednoduše proto, že předběžné hodnocení není součástí dokazování.

V daném kontextu však vyvstává ještě výše naznačená otázka porušených práv odpůrce.

Příklad 16: *žalobce předloží tajně pořízenou videonahrávku, jež zachycuje žalovaného zřetovaného a nabého. Smí si soudce, který se připravuje na jednání, ve své kanceláři tento záznam přebrát, jestliže provedením takového důkazu mohou být porušena osobnostní práva žalovaného?*

Předpokládá-li zákon přípravu na jednání, jejíž nedílnou součástí je analýza důkazů, nedávalo by smysl, kdyby ji pro určitou jejich část vylučoval. Soudce je navíc profesionál zvyklý na ledasco, který má kromě jiného povinnost mlčenlivosti. Právní ochrana odpůrce by se měla vztahovat až na dokazování jakožto veřejný proces, v němž se teprve naskýtá reálná možnost použít před soudem určitou životní situaci. Vždyť teprve provedením je důkaz efektivně uplatňován. A jak je tomu s právy navrhovatele? Problematičnost daného postupu totiž můžeme spatřovat v nedostatku kontradiktornosti, konkrétně práva vyjádřit se k důkaznímu návrhu a provedeným důkazům (§ 123 o. s. ř. a čl. 38 odst. 2 první věty LZPS). Jestliže totiž soudce po předchozí soukromé reprodukci záznamu dojde k závěru, že jej coby nezákonný důkaz neprovede a tento svůj názor oznámí účastníkům na jednání, na první pohled se zdá, že tím poněkud narušuje kontradiktornost řízení přinejmenším ve vztahu k účastníkovi, který záznam neviděl, neboť jej soud konfrontuje s informací, kterou účastník nemá. Jednak je třeba realisticky vidět, že ten, kdo důkaz navrhuje, zpravidla ví, co obsahuje. A tomu, kdo jej neviděl a jehož práva narušuje, je zpravidla jen ku prospěchu, nebude-li použit. Co je však důležitější; účastníci mají právo předem nahlédnout do spisu a kopii záznamu si odnést s sebou (§ 41 odst. 1, odst. 4 o. s. ř.). Mají tak objektivní možnost předem se s ním seznámit.

Dále se nabízí srovnání se zajištěním důkazu, při němž hrozí nebezpečí z prodlení (§ 78 odst. 3 druhá věta o. s. ř.). V této situaci účastníci také nemají právo být přítomni, třebaže je zajištění důkazu na rozdíl od výše nastíněné situace již součástí dokazování. Soud tak nejen může, ale musí dané důkazy předběžně vyhodnotit, to i v situaci, kdy jejich pozdější provedení může znamenat zásah do (nejčastěji osobnostních) práv někoho z účastníků. Tento postup není dokazováním, nýbrž přípravou jednání. Předvídatelnost a chceme-li, i kontradiktornost,²⁷³ této části řízení se na lňuje v právu nahlédnout do spisu, vyjádřit se k důkaznímu návrhu a koneckonců posléze též povinností soudu přezkoumatelně zdůvodnit neprovedení důkazu.

²⁷² Toto řešení naznačuje též Baumgärtel. Viz BAUMGÄRTEL: *Die Verwertbarkeit...*, s. 488-489.

²⁷³ Ač je jasné, že jedinou procesní fází, kterou můžeme nazvat dokonale kontradiktorní, je ústní jednání.

S posledním aspektem souvisí právo na důkaz. Zmíněný postup bychom totiž mohli vnímat i jako porušení práva na důkaz toho účastníka, který jej navrhuje. Výše podaná analýza ukázala, že je předmětné právo součástí spravedlivého procesu. Vysvětleno bylo též protiústavní opomenutí důkazu. Nyní můžeme onu explikaci zpřesnit tím, že opomenutý důkaz je porušením veřejného subjektivního, ústavně zaručeného práva na důkaz. Zdůvodní-li však soud neprovedení důkazu přezkoumatelně, jedná ústavně konformně. A nepřestupuje ani podústavní předpisy, jelikož si počíná způsobem zákonem předvídaným a plní svůj z vazek v podobě legality procesu tím, že předchází porušování práv. V tomto kontextu musíme vnímat i výše citovaný ná or NS z rozsudku ve věci 21 Cdo 1009/98, o nezpůsobilosti nezákonného důkazu. NS se citovanou vahou v podstatě pokusil vyloučit nezákonné důkazy z působnosti ustanovení § 125 první věty o. s. ř.,²⁷⁴ kdy nezákonným důkazním prostředkem nelze právě kvůli jeho nezákonnosti zjistit stav věci, protože nemůže sloužit jako důkaz

To, že je nabídnutá metoda mnohem efektivněji a i v souladu se zdravým rozumem oproti klopotnému mačkání čela nad antagonistickými tvrzeními účastníků v situaci, kdy má soud důkazní prostředek bez dalšího k dispozici, snad není třeba dodávat. Věřím, že nastíněné řešení je konformní s právním řádem a má také potenciál ušetřit mnoho praktických problémů.

Navíc umožňuje spravedlivě vyřešit problém zpětného rozsudku v případech, kdy je důkaz sice nezákonný, avšak slouží proti osobě, jejíž protiprávní jednání zachycuje.

Příklad 17: *Vlastník domu umístí na fasádu kameru snímající přilehlé parkoviště, aby získal důkaz proti neznámému záškodníkovi, který mu opakovaně ničí automobil. Soud kamerový záznam vyhodnotí jako nezákonný důkaz, ten je však zároveň jediným dostupným důkazem o vandalství, které je samotným předmětem řízení.*

Je otázka, jestli můžeme neprovedení takového důkazu a z něj plynoucí zamítnutí žaloby vnímat jako spravedlivé, jestliže zachycuje protiprávní jednání. Předběžné hodnocení umožňuje soudu záznam předem zhlédnout, zjistit, zda takové jednání skutečně dokazuje a teprve i podle toho se rozhodnout, zda důkaz provede na jednání.

Proč může provedení důkazu znamenat porušení osobnostních práv odpůrce?²⁷⁵ Protože již navržení (označení), potažmo předložení důkazu může být zakázaným šířením (§ 86 druhá věta o. z.) či použitím (§ 87 odst. 1 o. z.) daného předětu.²⁷⁶ V takovém případě dochází k porušení práv tím spíše, je-li důkaz proveden, čímž se naplňuje smysl jeho navržení či předložení. Důkazy provádí pouze soud. Je to tedy právě soud, který provedením důkazu porušuje zákon. To ovšem platí jen pro skutečné provedení důkazu, nikoli pro výše analyzované prostou ověření v rámci přípravy jednání.

²⁷⁴ Přes již vysvětlený fakt, že § 125 o. s. ř. je technickou normou nesouvisející s otázkou zákonnosti.

²⁷⁵ Srov. BAUMGÄRTEL: *Die Verwertbarkeit...*, s. 485, 488. Dále KIETHE: *Verwertung...*, s. 967.

²⁷⁶ Srov. FINK: *Die Verwertbarkeit...*, s. 97, 235.

Zde je soud naopak povinen důkazní prostředek zhlédnout, aby mohl posoudit také jeho zákonnost.

Druhým úskalím, které na první pohled problematizuje výše obhajovaný postup, je nemožnost ověření autenticity audiovizuálních záznamů předtím, než se soudce s účastníky setká a uslyší jejich hlas. Tento praktický problém sice nemá vliv na zákonnost předběžného vyhodnocení v rámci přípravy jednání. Vyžaduje však konfrontaci účastníků s důkazním prostředkem a jejich osobní interakci se soudem, aby bylo možné jeho autenticitu skutečně spolehlivě posoudit, což je v rámci přípravy jednání obtížně proveditelné.²⁷⁷ Jak bylo nicméně výše vysvětleno, autenticita je otázkou věrohodnosti důkazu, kterou lze hodnotit jen po jeho provedení. Naznačená konfrontace by tak měla mít podobu provedení důkazu a přihlížení ke všemu, co v řízení vyšlo najevo i jiným způsobem (§ 132 část věty za středníkem o. s. ř.). Zákonnost je tudíž předběžnou otázkou vůči rozhodnutí provést důkaz. Bez ohledu na to, že posouzení zákonnosti bude mnohdy těžší, než posouzení autenticity. Princip legality totiž takové pořadí vyžaduje. Problém autenticity bývá výrazný, jestliže takovým důkazem navrhovatel podpoří návrh na předběžné opatření. Bez osobní interakce s účastníky je vskutku nemožné důkaz s jistotou verifikovat. Pravidla rozhodování v předběžném řízení nicméně počítají s nižší měrou pravděpodobnosti skutkového závěru budování skutkového stavu. Soud by neměl takový důkazní prostředek bez dalšího odmítnout s poukazem na to, že bez ústního jednání nelze posoudit jeho autenticitu.

5.3.5. Zákonnost jako problém dodatečného hodnocení důkazu

Kdyby soud nemohl posoudit zákonnost výše specifikovaným předběžným způsobem, nabízí se možnost, aby tak učinil po provedení důkazu – dodatečně. Nevyhodnocení provedeného důkazu by bylo jeho opomenutím, které ÚS hodnotí jako protiústavní porušení práva na spravedlivý proces. Soud by však mohl konstatovat, že ačkoli důkaz prokazuje tu kterou skutečnost, je nezákonný a proto z něj tato skutková zjištění nelze vyvodit, potažmo na něm založit rozsudek.²⁷⁸

Soud by tedy nemohl odmítnout důkazní prostředek po jeho předchozí „soukromé“ reprodukci, nýbrž by jej na jednání provedl a teprve při jeho hodnocení v odůvodnění rozsudku by na základě jeho nezákonnosti uvedl, že z něj nečerpá žádné skutkové zjištění. Nevyhnutelnost, legalitu, legitimitu i praktickou užitečnost „předběžného hodnocení“ důkazu během přípravy jednání jsme vyložili výše. Zde zopakujeme důležitý moment, že tato metoda ve skutečnosti účinně

²⁷⁷ Byť si můžeme představit osobní interakci na přípravném jednání, jiném soudním roku, případně na neveřejném informativním pohovoru mimo jednání, nařízeném podle § 114a odst. 2 písm. g) o. s. ř. Veřejné totiž musí být pouze jednání (§ 116 odst. 1).

²⁷⁸ Tuto možnost naznačuje Kiethe. Viz KIETHE: Verwertung..., s. 965.

předchází porušování práv v situaci, kdy by samotné provedení důkazu na jednání mohlo znamenat porušení zákona (§ 2 část věty za středníkem o. s. ř.). A že není možné, aby jedno a totéž povolené, ba příkázané chování (příprava jednání v podobě předběžné reprodukce důkazu) bylo zároveň zakázáno (např. kvůli hrozícímu porušení práv žalovaného, jehož podobu a hlas žalobce nelegálně zdokumentoval).

Rozvedme však výše položenou otázku takto: jaký má ale správně následovat postup, provede-li soud právně účinným způsobem - i přes předchozí přípravu a třebaš nedopřítím - nezákonný důkaz, který provést neměl. Může z něj vyvodit skutkové zjištění, pakliže důkaz skutečně přispívá k odhalení skutkového stavu? Připomeňme, že účastník v této procesní situaci nemá právo na důkaz, poněvadž uplatňuje právně nepřipustný důkazní prostředek. Důkazy však provádí i hodnotí soud. Proto je podstatnější otázka, zda právě soud může, musí, anebo nesmí dojít ke skutkovému zjištění na základě takového důkazu. Klíčové je zjištění, že princip legality samozřejmě nepřestává platit jen proto, že byl porušen. Právě naopak; v této nežádoucí situaci by měl být tím spíše zdůrazněn. Dále zopakujme, že jádrem práva na důkaz je právo na účinné použití životní situace před soudem. Takto pojaté právo se však přec může v plné šíři naplnit teprve zohledněním příslušné životní situace v rozsudku. Dokud životní situace nepřevzme podobu skutkového zjištění a skutkového závěru soudu není z utilitaristického hlediska efektivně užita. Okamžik vyhlášení rozsudku signalizuje významný přechod z fáze projednávání do fáze rozhodnutí a rovněž případné spojení tvrzení, důkazu a práva v subjektivním i objektivním smyslu. Právo na důkaz tudíž získává zdaleka největší praktický význam právě ve fázi konečného hodnocení důkazů. Hodnocení důkazů je s ohledem na předmět řízení prakticky nejdůležitější fází dokazování. Vzájemně k podstatě práva na důkaz je účelem zákazu provedení důkazu zabránit jejímu naplnění. Provede-li soud takový důkaz, zákaz provedení je již samozřejmě nesplnitelný. Avšak s přihlídnutím k principu legality, k podstatě (v dané chvíli již neexistujícího) práva na důkaz a též ke zmíněnému významu fáze závěrečného hodnocení důkazů je vyloučen, aby z takového důkazu soud mohl učinit jakékoli skutkové zjištění. Z bezpráví nemůže vzniknout právo. Z těchto důvodů musí existovat možnost nezohlednění provedeného, leč nezákonného důkazu. Tato možnost musí být součástí teorie nezákonného důkazu, nemá-li být teorie mrtvá v aplikační praxi. Soud může z důkazu skutkové zjištění buďto odvodit, nebo ne. Jedinou přijatelnou možností je ta druhá možnost. To znamená, že pokud soud skutečně provede důkaz, který provést neměl, musí se k této chybě v odůvodnění rozsudku otevřeně přiznat a důkaz vyhodnotit přinejmenším a zejména tak, že konstatuje jeho nezákonnost a z ní plynoucí nepoužitelnost pro skutkový závěr.²⁷⁹ Takové řešení je se stávajícím právním řádem konformnější, než druhá možnost.

²⁷⁹ Podobné řešení prosazuje Fink. Viz FINK: *Die Verwertbarkeit...*, s. 84 – 85.

5.3.6. Rozsudek odpovídající životní situaci i hmotněprávním poměrům, leč založený na nezákonném důkazu

Bylo by nečestné a nedůsledné zavírat oči před problémem, který bezpochyby tu a tam nastává. Totiž, že soud vynese rozsudek sice koresponující s pravdivě zjištěným skutkovým stavem i se skutečnými hmotněprávními poměry, nicméně současně založený na nezákonném důkazu, který vůbec neměl být proveden. A kdyby proveden nebyl, zněl by meritorní výrok jinak. Předpokládejme možnost, že soud nejenže nesprávně provede nezákonný důkaz, ale ještě na něm postaví svůj rozsudek v neprospěch účastníka řízení, dotčeného provedením inkriminovaného důkazu. Aby byl výchozí příklad ještě názornější, chápeme ono „dotčení“ nejen jako nepříznivý výrok rozsudku založený na daném důkazu, nýbrž i jako porušení soukromých subjektivních práv onoho účastníka opatřením a provedením či alespoň provedením důkazu. Nemělo by žádný praktický smysl vyvozovat důsledky ze zmíněného porušení v případě, že by opravný soud takový rozsudek nemohl revidovat. Tím nechci navodit představu, že je teorie nezákonného důkazu také otázkou přezkoumatelnosti rozsudku v opravném řízení. Není.²⁸⁰ Právě zkoumaná otázka nicméně ukazuje, jaký praktický vliv může teorie mít v soudní aplikační praxi na soudní ochranu práv. Což je otázka velmi závažná.

Začněme tedy hledání od ovědi v právní úpravě opravných řízení, primárně řízení odvolacího. Omezme se přitom na prakticky závažnější případ, v němž důkaz, jež soud neměl provést, skutečně ovlivní výrok rozsudku v neprospěch strany dotčené nezákonností důkazu. Výše analyzovaná tuzemská judikatura obsahuje vcelku jasnou odpověď, že nezákonný důkaz je právně relevantní a nežádoucí fenomén. Klíčová ustanovení o. s. ř. ale mohou vést k jinému závěru. Ustanovení regulující důvody zrušení či změny rozsudku prvostupňového soudu v žádném opravném řízení explicitně nehovoří o nezákonnosti důkazu. Měla-li by tvořit právní důvod revize, patrně bychom ji museli klasifikovat jako vadu, jež mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci (§ § 205a odst. 1 písm. b), 212a odst. 5 druhá věta, 219a odst. 1 písm. a), 242 odst. 3 druhá věta o. s. ř.). Je nicméně třeba vypořádat se především s ustanovením § 219 o. s. ř.,²⁸¹ podle nějž „*odvolací soud rozhodnutí potvrdí, je-li ve výroku věcně správné.*“ Rozsudek, který plně koreluje se skutečným skutkovým i právním stavem, je přece věcně správný. *Věc* je totiž projednávaný případ, v procesualistice identifikovaný *předmětem řízení*. Soud právně kvalifikuje skutkový základ. Odpovídá-li skutkový závěr skutečnosti a právní hodnocení skutkovému závěru v intencích právního řádu, není možné, aby byl rozsudek věcně nesprávný. Dalo by se sice namítnout, že právní kvalifikace důkazu je součástí procesu a založí-li soud rozsudek na sice věrohodném, leč

²⁸⁰ Viz MUTHORST: *Das Beweisverbot...*, s. 377 – 378.

²⁸¹ A s významově shodným § 243d odst. 1 písm. a) a b) o. s. ř.

nezákonném důkazu, který neměl být použit, přičemž ovlivnil podobu meritorního výroku, je celková právní kvalifikace chybná, protože rozsudek není „ve výroku věcně správný.“ Věcná správnost má nicméně užší význam. Její skutková rovina obsahuje pouze skutkový děj, nikoli způsob jeho zjištění. Její právní aspekt pak tvoří právní hodnocení tohoto děje. Jde jen o životní situaci jako takovou; soud ve výroku v konečném důsledku autoritativně rozhoduje pouze o ní. Rozhodný skutkový děj ani adekvátnost jeho právní kvalifikace nezávisí na existenci důkazů. Proto je výše uvedený rozsudek ve skutečnosti věcně správný.

To by ovšem znamenalo, že by jej opravný soud měl potvrdit, resp. zamítnout dovolání. Což by teorii nezákonného důkazu, má-li přeměnit v *legis lata*, učinilo polovčatou v tom smyslu, že by nenabízela žádné vymahatelné řešení problému. Výše jsme rozvedli, že příkaz legality nepřestává platit ani po provedení nezákonného důkazu,²⁸² protože existuje povinnost opožděného zohlednění nezákonnosti. Jak ovšem tento postup justifikovat *de lege lata*? Analogickou aplikací ustanovení §§ 219, 241d odst. 1 písm. a) a b), resp. 205a odst. 1 písm. b), 212a odst. 5 druhé věty, 219a odst. 1 písm. a), 242 odst. 3 druhé věty o. s. ř. na výchozí případ. Na základě výše obhájených důvodů pro nepoužití nezákonného důkazu pro skutkový závěr. Výchozí případ však ještě musíme právně kvalifikovat. Nejde-li o věcně nesprávný výrok, jakým tedy je? Odpověď skýtá t. ř. Podle jeho § 254 odst. 1, „*nezamítne-li nebo neodmítne-li odvolací soud odvolání podle § 253, přezkoumá **zákonnost a odůvodněnost** jen těch oddělitelných výroků rozsudku, proti nimž bylo podáno odvolání, i správnost postupu řízení, které jim předcházelo a to z hlediska vytýkaných vad. K vadám, které nejsou odvoláním vytýkány, odvolací soud přiblíží, jen pokud mají vliv na **správnost** výroků, proti nimž bylo podáno odvolání.*“ Podle § 258 odst. 1 písm. a) t. ř. odvolací soud zruší napadený rozsudek též „*pro podstatné vady řízení, které rozsudku předcházelo, zejména pro o, že v tomto řízení byla porušena ustanovení, jimiž se má zabezpečit objasnění věci nebo právo obhajoby, jestliže mohly mít vliv na **správnost a zákonost** přezkoumávané části rozsudku.*“ Jak vidno, t. ř. rozlišuje přinejmenším *správnost* a *zákonost*.

Bylo by nesmyslné a zároveň matoucí pojmenovat jeden a tentýž jev dvěma různými slovy, navíc spojenými spojkou a. Musí tudíž jít o dvě různé charakteristiky napadeného výroku. Ze sémantického hlediska je výše uvedený výrok sice věcně správný, leč právě nezákonný, protože byl přímo ovlivněn nezákonným důkazem, k čemuž správně nemělo dojít. Ani silně akcentovaná práva obviněného nejsou důvodem, proč by stejné pravidlo přezkumu nemělo platit v civilním procesu. Ten musí být zákonný úplně stejně, jako řízení trestní. Tím pádem musí mít opravný soud možnost zkoumat i zákonost meritorního výroku, jinak by se požadavek legality mohl v daném kontextu proměnit v bezzubou proklamaci. Výše zmíněná ustanovení o. s. ř. tak vykazují mezeru v zákoně, kterou je nutno vyplnit jejich analogickou aplikací i na případ nezákonného výroku. A to s vědomím

²⁸² Viz 5.3.5.

skutečnosti, že analogii coby nástroj dotváření práva je ve veřejnoprávních vztazích potřeba uplatňovat spíše zdrženlivě. Zde totiž sice působí určité rozšíření pravomoci orgánu veřejné moci - avšak v zájmu ochrany práv účastníků řízení a důsledného naplnění krucióálních charakteristik spravedlivého procesu. Proto je analogie přípustná. Jejím výsledkem bude ve výchozím případě zrušení napadeného rozsudku opravným soudem pro vadu, jež mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci.²⁸³

5.3.7. Problém jedinečnosti nezákonného důkazního prostředku

Jak řešit situaci, v níž je nezákonný důkazní prostředek, který podle příslušného zákazu nesmí být proveden, jediným dostupným prostředkem prokázání daného tvrzení?²⁸⁴ O výjimce ze zákazu lze uvažovat jen tehdy, je-li příslušné skutkové tvrzení právně relevantní do té míry, že by právě jeho prokázání znamenalo nebo podle rozumného očekávání mělo znamenat výrok rozsudku, příznivý pro daného účastníka řízení. Zatímco jeho neprokázání by naopak vedlo k jeho neúspěchu. Pouze tehdy se totiž omezení jeho práva na důkaz právním následkem nezákonnosti důkazu dotýká samotné podstaty tohoto práva. V ostatních případech výše osvětlené právní následky nezákonnosti musí platit.

Problém s případnou výjimkou ze zákazu spočívá v její kolizi s ustanovením § 131 odst. 1 o. s. ř., podle něž může soud „*důkaz výslechem účastníků nařídít, jestliže dokazovanou skutečnost nelze prokázat jinak a jestliže s tím souhlasí účastník, který má být vyslechnut.*“ Zákon tudíž, zdá se, zakotvuje jiné řešení výchozí situace. Dodejme, že účastnická výpověď nikdy nemůže představovat první ani druhou formu nezákonnosti důkazu. Naplnění skutkových znaků této normy naopak znamená splnění procesních podmínek, které jsou předpokladem *zákonnosti* tohoto důkazního prostředku. Možnost jeho uplatnění tedy předpokládá, že právě nejde o třetí formu nezákonnosti. Vylučuje § 131 odst. 1 o. s. ř. provedení (zajištění) takového nezákonného důkazu? Nikoli, pokud je jinou přípustnou možností prokázání daného tvrzení právě tímto důkazem. Pak by měl přednost před účastnickou výpovědí coby důkazním prostředkem, jehož podpůrnost zákon výslovně zakotvuje. To je ovšem možné jen tehdy, jestliže by takový důkaz bylo lze provést v souladu s právním řádem. Tomu brání právě zákaz jeho provedení (zajištění). Můžeme tedy nějak ospravedlnit výjimku z tohoto zákazu? Do této úvahy musíme zahrnout právě otázku dokazatelnosti účastnickou

²⁸³ Viz např. rozsudek NS ze dne 21. 10. 1998, sp. zn. 21 Cdo 1009/98, č. 39/99 Sb. rozh. civ. či rozsudek NS ze dne 14. 8. 2018, sp. zn. 21 Cdo 1267/2018, č. 83/2019 Sb. rozh. civ.

²⁸⁴ Viz např. TELEČEK, Ivo. Svolení, nebo zákonné licence v právu osobnostním. *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 24, str. 879 – 883. Dále viz TŮMA, Pavel. In BÍLKOVÁ, Jana a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 533 (§ 88 o. z.).

výpovědí. Můžeme vůbec na skutkové tvrzení pohlížet jako na jinak neprokazatelné, jestliže vždy existuje možnost účastnického výslechu?

Tento důkazní prostředek má několik výrazných úskalí. Zaprvé nelze předem říci, co přinese. Výpověď prostě nelze zkoumat před jejím zahájením. Zadruhé za porušení povinnosti její pravdivosti a úplnosti nehrozí dotyčnému účastníkovi žádná přímá sankce. Účastník zde není negativně motivován k pravdomluvnosti. Zatřetí - a to je hlavní - důkaz pochází přímo od účastníka, který má přitom zájem na svém procesním úspěchu. Není proto rozumné spoléhat se na její pravdivost. Mnohdy spočívá v pouhém opakování (subjektivních) skutkových tvrzení daného účastníka, jež mohou být naveskrz lživá. A právě tento moment přiměl zákonodárce k tomu, aby ji reguloval pouze jako podpůrný důkazní prostředek. Z těchto příčin musí soud takový důkaz hodnotit se zvýšenou opatrností. Jeho kritičností nesmí být na překážku fakt, jak moc důležité pro daného účastníka v dané jedinečné situaci prokázání předmětného tvrzení je. Téměř by se dalo velmi zjednodušeně říci, že soud musí výpověď hodnotit tím strážlivěji, oč významnější je výsledek hodnocení pro onoho účastníka.

Tyto aspekty se ocitají ve znatelném napětí s požadavkem efektivní soudní ochrany práv (§ 6 první věta o. s. ř.). Jestliže má totiž rozhodujícím důkazem být prostředek, na jehož věrohodnost je již předem vržen stín pochyb - přičemž prostistrana může soudu zároveň nabízet řadu důkazů svědčících o tom, že se skutkový děj odehrál jinak, než jak jej má prokázat výpověď - je velmi problematické, aby právní ochrana závisela na takto nespolehlivém nástroji. Zdůrazněme, že ve fázi před vyhlášením rozsudku není z objektivně procesního hlediska jisté, zda je příslušný účastník skutečně nositelem tvrzeného soukromého subjektivního práva. A že, což je zde klíčové, existence tvrzeného právního nároku nemá nic společného s jeho dokazatelností. Proto se domnívám, že musí existovat právní možnost provedení či zajištění nezákonného důkazního prostředku, který má přednost před účastnickou výpovědí.

Mají tuto možnost limitovat ještě jiné podmínky, kromě již rozvedených? Zde využijme výše vysvětlenou možnost „předběžného hodnocení“ důkazu. Je-li oním nezákonným důkazním prostředkem dokument, který lze legálně předběžně posoudit, soud tak učinit nejen může, ba musí, jak bylo výše vyloženo. Dovolává-li se žalobce audiovizuálního záznamu, listiny nebo jiného prostředku, jehož provedení (zajištění) je obecně zakázáno, přičemž vyjde najevo, že kromě účastnického výslechu je jediným prostředkem, který může potvrdit jeho skutková tvrzení, soud musí v rámci přípravy jednání tento prostředek zhlédnout. Potvrzuje-li skutečně pravdivost žalobcových tvrzení, nastává výjimka ze zákazu provedení (zajištění) a soud jej na jednání provést musí. To platí i tehdy, zasahuje-li důkazní prostředek ještě do práv třetí osoby (např. výše podaný příklad členů rodiny žalovaného a náhodného kolemjdoucího). Právě jedinečnost takového důkazu

ve světle žalobcova subjektivního práva na soudní ochranu způsobuje, že porušení práv třetích osob přestává být v dané situaci relevantní. Zde musí nezbytně dostat přednost individuální prevence. I kdyby byl souhlas třetí osoby dosažitelný, je zbytečné jej opatřovat, protože v této situaci není právně relevantní. Pakliže takový důkazní prostředek žalobcova skutková tvrzení naopak nepodporuje, výjimka neexistuje a zákaz provedení (zajištění) stále platí. Pak je možno na návrh účastníka přikročit k jeho výslechu. Jak je tomu u důkazů, které možnost předběžného hodnocení nenabízejí? Typicky u svědeckých výpovědí?

Příklad 18: *žalobce jako důkaz označí výpověď svědka, který však na žalobcův popud vystupoval jako špeh, když se ukryl na zahradě domu žalovaného, odkud dalekohledem tajně sledoval jeho soukromý život, čímž porušil ustanovení § 86 druhé věty o. z.*

Zde nelze důkaz analyzovat dříve, než začne být prováděn (zajišťován). Pokud žalobce netvrdí, že důkazní prostředek zachycuje protiprávní jednání žalovaného, nelze jej provést (zajistit). Požadavek efektivní právní ochrany není dostatečný právě proto, že byla porušena práva žalovaného. Navíc bylo řečeno, že není předem zřejmé, co může přinést účastnická výpověď. Pro takový důkazní prostředek tedy platí zákaz. Pokud by žalobce ono tvrzení do řízení vnesl, leč by se ukázalo jako nepravdivé, nesměl by soud skutkové informace ze svědectví plynoucí použít v rozsudku. Protiprávní jednání někoho jiného, než účastníka řízení, je tu irrelevantní, poněvadž soudní řízení má bezprostředně chránit práva toliko svých účastníků. Co kdyby však podobný důkaz zachycoval protiprávní jednání žalovaného?

Příklad 19: *žalobkyně je obětí domácí násilí, kterého se na ní dopouští žalovaný. Zoufalá žalobkyně k jeho prokázání zjedná svědka, který vše uvidí na vlastní oči. Domácí násilí je relevantní pro výsledek soudního řízení.*

Dovolme si tvrdit, že by snad žádný soudce s citem pro spravedlnost neodepřel provedení (zajištění) takového důkazu s poukazem na násilníkovu právo na soukromí. Zde totiž nejde jen o to, že důkaz zachycuje protiprávní jednání žalovaného. Odhlédneme-li od jeho vysoké závažnosti, zachycuje zmíněný důkaz jednání, které je částí vlastního předmětu řízení a tudíž je právně relevantní pro výsledek řízení. V těchto případech platí výjimka ze zákazu provedení (zajištění). Kromě požadavku efektivní soudní ochrany práv hraje v určitém smyslu roli též zásada, že nikdo nesmí těžit ze svého protiprávního jednání. Tato výjimka se však uplatní pouze tehdy, je-li protiprávní jednání účastníka namířeno proti účastníkovi, který daný důkaz navrhuje. Nebo i proti jiným osobám, jestliže však fakt porušení jejich práv může ovlivnit řízení ve prospěch tohoto účastníka. I v této situaci totiž v konečném důsledku jde o soudní ochranu práv dotyčného účastníka.

5.4. Shrnutí

V této vrcholné části práce jsme pojmenovali základní formy nezákonného důkazu, analyzovali jejich právní následky a aplikovali je na konkrétní procesní postup prvostupňového i opravného soudu v pomyslném civilním soudním řízení. Teprve tímto okamžikem tak byly uceleně prozkoumány výzkumné hypotézy, což nám umožňuje přistoupit k formulaci závěrů.

6. Závěry

Všechny dosažené poznatky můžeme nyní sumarizovat.

1. V České republice neexistuje žádná ucelená teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení.
2. Žádná ze základních teorií nezákonného důkazu představených ve Spolkové republice Německo není sama o sobě optimálním inspiračním zdrojem pro základ teorie české, leč můžeme odsud čerpat cenné dílčí závěry.
3. Zákonnost důkazu je v civilizovaném materiálním právním státě právně významným problémem civilního soudního řízení.
4. Řešení tohoto problému je nutno hledat především na úrovni podústavního objektivního důkazního práva.
5. Základní funkcí právního důkazu je účinné použití tvrzené právně relevantní životní situace pro zjištění „forenzní pravdy“ o skutkovém stavu, budovaném v civilním soudním řízení jako výsledná skutková věta, na niž navazuje právní věta, která je základem výroku rozsudku.
6. Z ústavního principu právního státu vychází normativní právní ideje v podobě ústavních právních principů legality a mocenského monopolu státu, které se zdatelně projevují i v podústavní právní regulaci občanského soudního řízení *de lege lata*.
7. Tyto ideje vynucují existenci obecného právního zákazu nezákonného důkazu, který je základem teorie nezákonného důkazu jako právní pravidlo připouštějící výjimky.
8. Základem teorie nezákonného důkazu by neměl být právní princip proporcionality.
9. Nezákonný důkaz se vyskytuje ve čtyřech základních formách:
 - a. hmotněprávním deliktem opatřeného důkazního prostředku, jehož pozdější provedení (zajištění) jako důkazu v civilním soudním řízení může a nemusí odpovídat právnímu řádu,
 - b. důkazního prostředku, jehož opatření bylo v souladu s právním řádem, jehož provedení (zajištění) jako důkazu v civilním soudním řízení však odporuje hmotněprávnímu řádu,
 - c. důkazního prostředku, jehož provedení (zajištění) jako důkazu v civilním soudním řízení brání explicitní procesněprávní zákazová norma,

- d. důkazního prostředku, který byl proveden (zajištěn) způsobem rozporným s procesními předpisy.
10. Právním následkem porušení zákona v prvních třech případech je zákaz provedení (zajištění) důkazu.
 11. Právním následkem vadného provedení (zajištění) ve čtvrtém případě je příkaz zhojení vady tam, kde je to možné v souladu s právním řádem. Pokud to možné není, příkaz nevzniká. V těchto případech nelze důkaz použít k sestavení skutkové věty rozsudku, jestliže smysl a účel pravidla, jež bylo při provedení (zajištění) důkazu přestoupeno, vyžaduje nápravu důkazu.
 12. V případě prvních dvou forem nezákonnosti má účastník, proti němuž má být důkazní prostředek použit, právo udělit soudu po předchozím poučení o nezákonnosti důkazu a jejich následcích právně účinný informovaný souhlas s jeho provedením (zajištěním) jako důkazu.
 13. Soud má právní povinnost prostudovat v rámci přípravy jednání i takový důkaz, jehož provedení (zajištění) může být protiprávní.
 14. Je-li nezákonný důkazní prostředek, který podle příslušného zákazu nesmí být proveden, jediným dostupným prostředkem prokázání skutkového tvrzení, jehož potvrzení by znamenalo nebo podle rozumného očekávání mělo znamenat výrok rozsudku, příznivý pro daného účastníka řízení, zatímco neprokázání by naopak vedlo k jeho neúspěchu, dotýká se omezení subjektivního práva na důkaz právním následkem nezákonnosti samotné podstaty tohoto subjektivního práva. Musí existovat právní možnost provedení či zajištění takového nezákonného důkazního prostředku, který má přednost před účastnickou výpovědí.
 15. Je-li tímto nezákonným důkazním prostředkem dokument, který lze předběžně posoudit v rámci přípravy jednání, soud tak musí učinit. Potvrzuje-li onen prostředek pravdivost žalobcových skutkových tvrzení, nastává výjimka ze zákazu provedení (zajištění) a soud jej musí provést (zajistit). Pakliže nepotvrzuje, výjimka neexistuje a zákaz stále platí.
 16. Nezákonný důkazní prostředek, který nelze výše uvedeným způsobem předem posoudit, nelze ani provést (zajistit). To neplatí, zachycuje-li protiprávní jednání druhého účastníka řízení, které je právně relevantní pro výsledek řízení a je namířeno proti účastníkovi, který daný důkaz navrhuje nebo proti jiným osobám, jestliže fakt porušení jejich práv může ovlivnit výsledek řízení ve prospěch tohoto účastníka.

17. Podústavními předpisy předpokládané poměrování kolidujících práv a zájmů na základě principu proporcionality je třeba v zákonných případech provést. Není výjimkou z pravidla zákazu nezákonného důkazu, nýbrž samostatně stojící metodou a druhým základním aplikačním modelem vedle modelu pravidlo – výjimka. Třebaže je jeho aplikační prostor omezený, společně s modelem pravidlo – výjimka tvoří základní instrumentář teorie nezákonného důkazu.

18. Všechny tři výzkumné hypotézy byly tudíž potvrzeny.

Věřme, že disertační práce bude přínosem v procesualistice i v aplikační praxi, do nichž vnese systematické poznání základu problému nezákonného důkazu. Nezbývá než doufat, že na ni další autoři kriticky a tvořivě naváží.

7. Seznam použitých zdrojů

7.1. Monografie

- BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016. 608 s.
- BERTI, Stephen V. *Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011. 323 s.
- BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. Wien : facultas.wuv, 2., überarbeitete Auflage, 2012, s. 42
- FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. 2., überarbeitete und ergänzte Auflage. Wien: Manz, 1990. 1232 s.
- FINK, Andreas. *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß*. Aachen : Fotodruck J. Mainz GmbH, 1994. 239 s.
- GEMMEKE, Thomas. *Beweisverwertungsverbote im Arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH. 2003. 246 s.
- HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde nakladatelství s. r. o., 2003. 103 s.
- HORA, Václav. *Učebnice civilního práva procesního*. Praha: Spolek československých právníků Všehrd v Praze, 1947. 602 s.
- HORA, Václav. *Československé civilní právo procesní. I. – III. díl*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010. 286 s. (reprint původního vydání).
- KAISSIS, Athanasios. *Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH, 1978. 266 s.
- KINDL, Milan, ŠÍMA, Alexander, DAVID, Ondřej. *Občanské právo procesní*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 407 s.
- KNAP, Karel, ŠVESTKA, Jiří. *Ochrana osobnosti podle československého občanského práva*. 2. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Panorama, 1989. 365 s.
- KNAP, Karel a kol. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 3. přepracované a doplněné vydání k 1. 9. 1996. Praha: Linde Praha, a. s., 1996. 361 s.
- KNAP, Karel a kol. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 4. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, a. s., 2004. 435 s.
- KODEK, Georg E. *Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozeß. Eine Untersuchung der österreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1987. 202 s.
- KONZEN, Horst. *Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. 355 s.

- KOSAŘ, David, a kol. *Ústavní právo. Casebook*. Praha : Wolters Kluwer, a. s., 2014. 636 s.
- LAVICKÝ, Petr. *Funkční vazby občanského práva hmotného a procesního*. Disertační práce. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2007. 285 s.
- LAVICKÝ, Petr, a kol. *Moderní civilní proces*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2014. 268 s.
- LAVICKÝ, Petr. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha. Leges, 2017. 272 s.
- MACUR, Josef. *Dokazování a procesní odpovědnost v občanském soudním řízení*. Brno: Univerzita J. E. Purkyně v Brně, 1984. 177 s.
- MACUR, Josef. *Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1993. 182 s.
- MACUR, Josef. *Právo procesní a právo hmotné*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1993. 157 s.
- MACUR, Josef. *Povinnost a odpovědnost v občanském právu procesním*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1991. 151 s.
- MACUR, Josef. *Důkazní břemeno v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995. 172 s.
- MACUR, Josef. *Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1996. 162 s.
- MACUR, Josef. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2001. 219 s.
- MELZER, Filip. *Právní jednání a jeho výklad*. Brno: Václav Klemm, vydavatelství a nakladatelství, 2009. 218 s.
- MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha : C. H. Beck, 2011. 276 s.
- MOLEK, Pavel. *Právo na spravedlivý proces*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012. 576 s.
- MOLEK, Pavel. *Základní práva. Svazek první - Důstojnost*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2017, 552 s.
- MUTHORST, Olaf. *Das Beweisverbot. Grundlegung und Konkretisierung rechtlicher Grenzen der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009. 417 s.
- ONDŘEJEK, Pavel. *Lidská práva v soukromé právu. Rigorózní práce*. Praha : Univerzita Karlova, 2009. 134 s.
- ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, 224 s.
- OTT, Emil. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního*. I. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012. 384 s. (reprint původního vydání).

- REICHENBACH, Sandy Berndt. *§ 1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten. Zur Verwertbarkeit persönlichkeitsrecht -beeinträchtigender Beweismittel im Zivilprozess.* Tübingen : Mohr Siebeck, 2004. 252 s.
- ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht. 17., neu bearbeitete Auflage.* München: C. H. Beck, 2010. 1155 s.
- STAVINHOVÁ, Jaruška, HLAVSA, Petr. *Civilní proces a organizace soudnictví.* Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003. 660 s.
- SVOBODA, Karel, a kol. *Civilní proces. Obecná část a sporné řízení.* Praha: C. H. Beck, 2014. 432 s.
- ŠTAJGR, František a kol. *Občanské právo procesní.* Druhé, částečně přepracované vydání. Praha: Orbis, 1968. 449 s.
- ŠTAJGR, František. *Některé teoretické otázky civilního práva procesního.* Praha: Universita Karlova, 1969. 81 s.
- WEICHBRODT: *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess. Zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung Zivilrechtliche Ansprüche.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. 410 s.
- WINTEROVÁ, Alena a kol. *Civilní právo procesní.* 3. vydání. Praha: Linde, 2004. 691 s.
- WINTEROVÁ, Alena, a kol. *Civilní právo procesní. 5. aktualizované vydání doplněné o předpisy evropského práva.* Praha: Linde Praha, a. s., 2008. 751 s.
- ZAHRADNÍKOVÁ, Radka a kol. *Civilní právo procesní.* 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015. 579 s.

7.2. Komentáře

- BAŇOUC, Hynek a kol. *Komentář k usnesení o vyhlášení listiny základních práv a svobod.* Praha: Wolters Kluwer, 2010 (čl. 13 Listiny základních práv a svobod).
- JIRSA, Jaromír. In: HAVLÍČEK, Karel (ed.). *Občanské soudní řízení (soudcovský komentář). Kniha I. § 1 – 78g občanského soudního řádu.* Vydání druhé, doplněné a upravené. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 42 (§ 6 o. s. ř.).
- ŠÁMAL, Pavel. In ŠÁMAL, Pavel (ed.). *Trestní právo procesní.* 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 367 - 368.
- ŠVESTKA, Jiří. In ŠVESTKA, Jiří (ed.). *Občanský zákoník I, II.* 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, s. 175 – 176 (§ 12 obč. zák.)
- TŮMA, Pavel. In LAVICKÝ, Petr (ed.). *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář.* Praha: C. H. Beck, 2014, s. 503 (§ 84)).
- TŮMA, Pavel. In BÍLKOVÁ, Jana a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654).* 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 533 (§ 88 o. z.).
- WAGNEROVÁ, Eliška (ed.). In WAGNEROVÁ, Eliška, a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář.* Praha : Wolters Kluwer ČR, a. s, 2012, s. 9 – 32 (Úvod).

7.3. Příspěvky ve sborníku

BARTOŇ, Michal. Formy působení základních práv. *Acta iuridica olomucensia*. 2015, roč. 10, č. 1, s. 16.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*. Festschrift für Ulrich Klug. Band II, Köln, 1983, s. 477 - 491.

STAVINOHOVÁ, Jaruška. Povinnosti účastníků civilního soudního řízení ve světle díla prof. Josefa Macura. In LAVICKÝ, Petr, SPÁČIL, Jirí (ed.). *Macurův jubilejní památník: k nedožitému osmdesátinám prof. Josefa Macura*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 65 – 70.

7.4. Časopisecké články

BRINKMANN, Moritz. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus der Perspektive des Schadenrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. Köln: Mohr Siebeck, 2006, s. 763 – 764.

HANUŠ, Libor. Ústavněprávní vady důkazního procesu z pohledu judikatury Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, 2006, roč. 14, č. 18, s. 647 – 653.

KIETHE, Kurt. Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess. *Monatsschrift für Deutscher Recht*. 2005, č. 17, s. 967.

LAVICKÝ, Petr, STAVINOHOVÁ, Jaruška. Sankce v civilním právu procesním. *Právní fórum*, 2008, roč. 5, č. 9, s. 369.

MACUR, Josef. Povinnost pravdivosti a její legislativní úprava v civilním soudním řádu. *Právní rozhledy*, 1999, roč. 7, č. 4, s. 172.

MAŘÁDEK, David. Pořízení zvukového záznamu soukromou osobou a obecné možnosti jeho použití jako důkazního prostředku v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 13 – 14, s. 481 – 487.

MAŘÁDEK, David. Soukromě pořízený zvukový a zvukově obrazový záznam jako důkazní prostředek a důkaz v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 20, s. 705 – 710.

MORÁVEK, Jakub. Kdy lze jako důkazní prostředek připustit záznam z kamerového systému? *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 13, s. 457 – 463.

MÜLLER-HEIDELBERG, Till. Strikte Beweisverwertungsverbote – Ein Gebot des Rechtsstaats. Ein kriminalpolitisches Plädoyer für eine grundlegende Reform. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2018, č. 5, s. 259 - 266.

ONDŘEJJEK, Pavel. Účinky lidských práv v soukromém právu. *Právník*. 2011, č. 1, s. 33 – 52.

SEIDEL, Jan. Protiprávně získané nebo použité důkazy v civilním soudním řízení. *Právní fórum*, 2010, roč. 7, č. 8, s. 381 – 394.

SÝKORA, Jan. Přípustnost důkazu zvukovými a obrazovými záznamy v civilním dokazování. *Právní fórum*, 2012, roč. 9, č. 12, s. 532 – 539.

TELEC, Ivo. Svolení, nebo zákonné licence v právu osobnostním. *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 24, s. 879 – 883.

TICHÝ, Luboš. Působení základních práv na soukromoprávní poměry a jeho meze (skica k doktríně prozařování). *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, č. 1, s. 10 – 17.

VÁŠUTOVÁ, Vendula. Specifika dokazování v odlišných právních procesech. *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 22, s. 795 – 803.

VÁVRA, David. Zvukový záznam testingové situace jako důkazní prostředek v případech diskriminace. *Právní rozhledy*, 2008, roč. 16, č. 3, s. 108 – 110.

WAGNEROVÁ, Eliška. Poznámky k vývoji a k různým pojetím základních práv. *Politologický časopis*. 1995, č. 1, s. 47 – 48.

WERNER, Olaf. Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. *Beiträge zum Zivil- und Zivilprozessrecht*. 1988, s. 350 – 351.

ZEISS, Walter. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. *Zeitschrift für Zivilprozess*. Köln: 1976, 89. Band, Heft 4, s. 377.

7.5. Internetové články

BRUTHANS, Martin. *Možnost použití nahrávky hovoru s klientem jako důkazu* [online]. epravo.cz, 26. března 2009, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/moznost-pouziti-nahravky-hovoru-sklientem-jako-dukazu-55619.html>>.

HALÍK, Tomáš. *Vstupujeme do 30. roku svobody (listopad 2018)* [online]. halik.cz, 17. listopadu 2018 [cit. 28. března 2021]. Dostupné na <<http://halik.cz/cs/tvorba/clanky-eseje/clanek/470/>>.

ICHIKAWA, Jonathan Jenkins, STEUP, Matthias. *The Analysis of Knowledge. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.)* [online]. plato.stanford.edu, 7. března 2017, [cit. 28. března 2021]. Dostupné na <<https://plato.stanford.edu/entries/knowledge-analysis/#GettProb>>.

JIRSA, Jaromír. *Důkaz tajným zvukovým záznamem* [online]. pravni prostor.cz, 30. ledna 2015 [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://www.pravni prostor.cz/judikatura/ustavni-pravo/dukaz-tajnym-zvukovym-zaznamem>>.

JIRSA, Jaromír. *Zásah Ústavního soudu do dokazování* [online]. pravni prostor.cz, 23. listopadu 2015. [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<http://www.pravni prostor.cz/judikatura/ustavni-pravo/zasah-ustavnihosoudu-do-dokazovani>>.

KRAMPERA, Jan, MACHÁČOVÁ, Paulína. *Přípustnost nezákonně získaných důkazů v civilním řízení okem Nejvyššího a Ústavního soudu* [online]. epravo.cz, 11. června 2019. [cit. 31. března 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/pripustnost-nezakonne-ziskanych-dukazu-v-civilnim-rizeni-okem-nejvyssiho-a-ustavniho-soudu-109476.html>>.

KÜHN, Zdeněk. *K přípustnosti důkazu utajenou audiovizuální nahrávkou v civilním řízení* [online]. jinepravo.blogspot.com, 12. prosince 2009, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<http://jinepravo.blogspot.cz/2009/12/k-pripustnosti-dukazu-audiovizualni.html>>.

NOVOTNÝ, Bořivoj. *SMS jako důkazní prostředek* [online]. epravo.cz, 23. května 2001, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/sms-jakodukazni-prostredek-7855.html>>.

POTMĚŠIL, Jan. *Přípustnost audio a video nahrávek jako důkazu* [online]. jinepravo.blogspot.com, 16. prosince 2009 [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2009/12/jan-potmesil-pripustnost-audio-video.html>>.

SIVÁK, Jakub. *Nové důkazní prostředky a ochrana osobnosti v právu ICT* [online]. pravni prostor.cz, 19. října 2015 [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<http://www.pravni-prostor.cz/clanky/procesni-pravo/nove-dukazni-prostredky-a-ochrana-osobnosti-v-pravu-ict>>.

ŠEBESTA, Kamil, BOUČKOVÁ, Jana. *Využívání kamerového systému z pohledu zákona o ochraně osobních údajů* [online]. epravo.cz, 6. 10. 2010, [cit. 27. 3. 2021]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/vyuzivani-kamerovehosystemu-z-pohledu-zakona-o-ochrane-osobnich-udaju-66983.html>>.

ŠEBESTA, Patrik. *Použitelnost audio a video nahrávek jako důkazu II. aneb je to horší než jsme si mysleli* [online]. jinepravo.blogspot.com, 26. ledna 2010, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2010/01/patrik-sebesta-pripustnost-audio-video.html>>.

VOŠMÍKOVÁ, Helena; KRABEC, Martin. *K použití zvukového záznamu v civilním soudním řízení* [online]. elaw.cz, 7. května 2010, [cit. 15. února 2017]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/clanek/k-pouziti-zvukoveho-zaznamu-jako-dukazu-v-civilnim-soudnim-rizeni>>.

ZEMAN, Milan. *Důkaz nahrávkou pořizovanou soukromou osobou nebo projevem na sociálních sítích* [online]. epravo.cz, 5. října 2015, [cit. 27. března 2021]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/dukaz-nahravkou-porizenou-soukromou-osobou-nebo-projevem-na-socialnich-sitich-98326.html>>.

7.6. Judikatura

7.6.1. Česká

nález pléna ÚS ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, č. 214/1994 Sb. (N 46/2 SbNU 57)

nález ÚS ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 (N 163/9 SbNU 399)
rozsudek NS ze dne 21. 10. 1998, sp. zn. 21 Cdo 1009/98, č. 39/99 Sb. rozh. civ.
nález ÚS ze dne 14. 1. 2000, sp. zn. III.ÚS 617/2000 (N 143/23 SbNU 27)
nález ÚS ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl.ÚS 36/01 (N 80/26 SbNU 317)
usnesení NS ze dne 9. 10. 2002, sp. zn. 29 Cdo 2893/2000, č. 40/2003 Sb. rozh. civ.
nález ÚS ze dne 10. 10. 2002, sp. zn. III. ÚS 173/02 (N 127/28 SbNU 95)
nález ÚS ze dne 11. 11. 2003, sp. zn. II. ÚS 182/02 (N 130/31 SbNU 165)
nález ÚS ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 733/01 (N 26/32 SbNU 239)
nález ÚS ze dne 29. 6. 2004, sp. zn. III. ÚS 569/03 (N 130/31 SbNU 165)
nález ÚS ze dne 29. 6. 2004, sp. zn. III. ÚS 569/03 (N 87/33 SbNU 339)
nález ÚS ze dne 30. 6. 2004, sp. zn. IV. ÚS 570/03 (N 91/33 SbNU 377)
rozsudek NS ze dne 21. 12. 2004, sp. zn. 30 Cdo 1224/2004
nález ÚS ze dne 16. 6. 2005, sp. zn. II. ÚS 418/03 (N 125/37 SbNU 573)
nález ÚS ze dne 20. 7. 2005, sp. zn. I. ÚS 585/04 (N 143/38 SbNU 117)
usnesení ÚS ze dne 23. 9. 2005, sp. zn. III. ÚS 359/05 (U 22/38 SbNU 579)
nález ÚS ze dne 13. 9. 2006, sp. zn. I. ÚS 191/05, č. N 161/42, SbNU 372
rozsudek NS ze dne 4. 11. 2008, sp. zn. 22 Cdo 4172/2007
nález ÚS ze dne 8. 12. 2009, sp. zn. I. ÚS 118/09 (N 254/55 SbNU 455)
rozsudek NS ze dne 23. 6. 2010, sp. zn. 22 Cdo 3717/2008
usnesení ÚS ze dne 5. 1. 2012, sp. zn. II. ÚS 1183/11
usnesení NS ze dne 20. 9. 2012, sp. zn. 25 Cdo 1111/2011
rozsudek NS ze dne 27. 3. 2013, sp. zn. 30 Cdo 1585/2012
rozsudek NS ze dne 24. 9. 2014, sp. zn. 30 Cdo 1982/2012, č. 22/2015 Sb. rozh. civ.
nález ÚS ze dne 9.12.2014, sp. zn. II. ÚS 1774/14 (N 221/75 SbNU 485)
rozsudek NS ze dne 27. 5. 2015, sp. zn. 30 Cdo 5216/2014
usnesení NS ze dne 26. 4. 2017, sp. zn. 33 Cdo 2065/2016
usnesení NS ze dne 29. 11. 2017, sp. zn. 20 Cdo 3599/2017
nález ÚS ze dne 27. 2. 2018, sp. zn. II. ÚS 2299/17 (N 35/88 SbNU 491)
nález ÚS ze dne 31. 7. 2018, sp. zn. III. ÚS 4071/17 (N 129/90 SbNU 139)
rozsudek NS ze dne 14. 8. 2018, sp. zn. 21 Cdo 1267/2018, č. 83/2019 Sb. rozh. civ.

7.6.2. Německá

rozsudek BGH ze dne 19. 6. 1970, sp. zn. IV ZR 45/69
usnesení BVerfG ze dne 3. 6. 1980, sp. zn. 1 BvR 185/77

rozsudek BGH ze dne 24. 11. 1981, sp. zn. VI ZR 164/79
rozsudek BGH ze dne 17. 2. 1982, sp.zn. VIII ZR 29/81
rozsudek BGH ze dne 13. 10. 1987, sp. zn. VI ZR 83/87
rozsudek BGH ze dne 4. 12. 1990, sp. zn. XI ZR 310/89
usnesení BVerfG ze dne 19. 12. 1991, sp. zn. 1 BvR 382/85
rozsudek BAG ze dne 29. 10. 1997, sp. zn. 5 AZR 508/96
rozsudek BVerfG ze dne 14. 7. 1999, sp. zn. 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95 a 1 BvR 2437/95
usnesení BVerfG ze dne 9. 10. 2002, sp. zn. 1 BvR 1611/96 a 1 BvR 805/98
rozsudek BGH ze dne 18. 2. 2003, sp. zn. XI ZR 165/02
rozsudek BGH ze dne 12. 1. 2005, sp. zn. XII ZR 227/03

7.6.3. ESLP

rozsudek pléna ESLP ze dne 23. 9. 1982, č. 7151/75 a 7152/75, ve věci *Sporrong a Lönnroth proti Švédsku*

rozsudek ESLP ze dne 12. 7. 1988, č. , ve věci *Schenk proti Švýcarsku*

rozsudek ESLP ze dne 7. 7. 1989, č. 10873/84, ve věci *Tre Traktörer AB proti Švédsku*

rozsudek ESLP ze dne 25. 6. 1997, č. 20605/92, ve věci *Halford proti Spojenému království*

rozsudek ESLP ze dne 11. 7. 2006, č. 54810/00, ve věci *Jalloh proti Německu*

rozsudek ESLP ze dne 5. 9. 2017, č. 61496/08, ve věci *Bărbulescu proti Rumunsku*

rozsudek ESLP ze dne 17. 10. 2019, č. 1874/13, ve věci *López Ribalda a ostatní proti Španělsku*

7.7. Právní předpisy

ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů

usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky ve znění pozdějších předpisů

ústavní zákon č. 23/1991 Sb., kterým se uvozuje LZPS jako ústavní zákon Federálního shromáždění ČSFR

zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 292/2013 Sb. o zvláštních řízeních soudních ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 141/1961 Sb. o trestním řízení soudním (trestní řád) ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 6/2002 Sb. o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 85/1996 Sb. o advokacii ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 104/2013 Sb. o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorského zákona), ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 582/1991 Sb. o organizaci a provádění sociálního zabezpečení ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 117/1995 Sb. o státní sociální podpoře ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 111/2006 Sb. o pomoci v hmotné nouzi ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 361/2003 Sb. o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů ve znění pozdějších předpisů

Grundgesetz, německá ústava, zákon č. BGBl. I S. 2347

Zivilprozessordnung, německý civilní procesní řád, zákon č. BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781

Strafprozessordnung, německý trestní procesní řád, zákon č. BGBl. I S. 1074, 1319

Bürgerliches Gesetzbuch, německý občanský zákoník, zákon č. BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738

zákon č. 160/2015 Z. z., Civilný sporový poriadok, ve znění pozdějších předpisů

8. Shrnutí (Abstrakt)

Autor se v této disertační práci věnuje vytvoření základu teorie nezákonného důkazu v civilním soudním řízení v mezích současného českého právního řádu. Nejprve odpovídá na otázku, proč je právní problém nezákonného důkazu tak důležitý. Poté jej v obecné rovině zasazuje do širších souvislostí českého *legis lata*. Dále mapuje základní teorie nezákonného důkazu, jež byly představeny ve Spolkové republice Německo. Poté hledá základní normativní právní ideu, která může být základem české teorie nezákonného důkazu. Po jejím nalezení identifikuje základní právní pravidlo, které z ní plyne, a základní aplikační model teorie. Na podkladě této právní myšlenky pak pojmenovává čtyři základní formy nezákonného důkazu a jejich právní následky. Zde završuje pojednání o aplikačních modelech, metodách a právních pravidlech základu teorie. Tyto poznatky pak aplikuje na pomyslné civilní soudní řízení, v němž analyzuje proces právní kvalifikace důkazu ze strany prvostupňového i opravného soudu.

Autor v celém textu čerpá poznatky především z německé procesualistiky a z německé a české judikatury.

Summary (Abstract)

The author of this dissertation thesis deals with a creation of basis of theory of unlawful evidence in civil proceedings within the scope of application of the current czech legal order. He initially answers the question, why is the legal problem of a unlawful evidence so significant. Then he puts it in a broad context of czech *legis lata* from the general point of view. Thereafter he conducts a survey of fundamental theories of unlawful evidence, which were introduced in the Federal Republic of Germany. Then he seeks a basic normative legal idea, which could become a basis of a czech theory of unlawful evidence. After its discovery he identifies a basic legal rule, which follows from it and a basic model of application, implied in the theory. On the basis of the abovementioned normative legal idea he then identifies four elemental forms of unlawful evidence and its legal consequences. There he completes a treatise about the models of application, methods and legal rules of the basis of the theory. He applies these findings on an imaginary civil proceedings, in which he analyzes a process of legal qualification of evidence exercised by a court of the first instance as well as the court of appeal.

Author gains his findings throughout the text above from a german science of civil procedural law and from german and czech judicature.

9. Seznam klíčových slov

nezákonný důkaz; funkční vazby; systémový charakter práva; forenzní pravda; materiální právní stát; princip legality; mocenský monopol státu; model pravidlo – výjimka; model poměrování

List of keywords

unlawful evidence; functional linkage; systemic character of law; forensic truth; material legal state; principle of legality; monopoly of state's power; model of rule – exception; model of balancing