

ZROD A SOUČASNOST PRINCIPU NEMO TENETUR SE IPSUM PRODERE (HYPOSTÁZE JEDNOHO ZÁKLADNÍHO PRÁVA)

Pavel Holländer*

Abstrakt: Zápas o princip *nemo tenetur* spojený se zvláštnostmi anglických dějin, se soupeřením mezi protestantskými anglikány a protestantskými kalvinisty, mezi protestantskou korunou a protestantským parlamentem, se odehrál na jevišti, kterým byly královské soudy Hvězdné komory a Vysoké komise. Nástroji strany protestantských anglikánů a protestantské koruny jsou přísaha *ex officio* a tortura, argumenty strany puritánů a parlamentu kanonický princip *nemo tenetur*, absence pravomoci královských institucí, jakož i měnění se systém *common law*. V kontinentální Evropě tento proces probíhá dvěma kroky: prvním je zavedení akuzičního principu v trestním procesu na počátku 19. století, za součást kterého se považuje princip *nemo tenetur*, až druhým je jeho zakotvení v ústavách přijímaných po druhé světové válce, respektive po zhroutilí se komunistických režimů střední a východní Evropy. Původní intence principu *nemo tenetur*: morální dilema spojené s přísahou *ex officio* a odmítnutí tortury vůči obviněnému se stávají postupně v 19. století minulostí. Princip nabývá nové kontury, nové intence – spojené se sebeidentifikační moderny s kategorií svobodného jednotlivce a s kategorií lidské důstojnosti.

Klíčová slova: *nemo tenetur* a anglické dějiny 15. a 16. století, 5. dodatek Ústavy USA, *nemo tenetur* a evropské právní dějiny 19. století, *nemo tenetur* v judikatuře Ústavního soudu ČR, hypostáze privilegia *nemo tenetur*

1. SHAKESPEAROVSKÝ PŘÍBĚH VÍRY, MOCI, NENÁVISTI, ODĚNÝ V PRÁVNÍM HÁVU

1.1 Kapitola anglická

1.1.1 Puritáni vs. anglikáni

Francouzština používá výraz „*cause célèbre*“, tj. slavná kauza, ve významu označení soudní kauzy, která svým ohlasem v odborné i široké veřejnosti zformovala obecný postoj k určitému, dobově významnému problému. Takovou kauzou byla v Ženevě v 16. století kauza *Servet*, ve Francii na konci 19. století kauza *Dreyfus*, v téže době v Rakousko-Uhersku kauza *Hilsner*.¹ Takovou kauzou „*célébré*“ byl v Anglii 17. století případ Johna Lilburna, významného politika, čelního představitele strany *levellerů*, radikálního politického proudu puritánů požadujícího zrušení privilegií, náboženskou svobodu, demokratickou republiku. V roce 1638 byl Lilburne postaven před Soud Hvězdné komory, odmítl složit tzv. přísahu *ex officio* z důvodu, že by tím byl nucen svědčit sám proti sobě. Následovalo jeho odsouzení k zaplacení pokuty, k bičování, k pranýřování a jeho uvěznění. To, že šlo o „*cause célèbre*“, potvrzuje i slavné rozhodnutí Nejvyššího soudu USA v případě *Miranda vs. Arizona* (1966), který se stal *leading*

* Prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc. E-mail: hollanderpavel@seznam.cz.

¹ Viz ZWEIG, S. *Triumf a tragika Erasma Rotterdamského. Svědomí proti násilí. (Castelliův zápas s Kalvínem). (Ein Gewissen gegen Gewalt – Castello gegen Calvin)*. Praha: Odeon, 1970, s. 228 an., MASARYK, T. G. *Nutnost revidovat proces Polenský*. Praha: Čas, 1899, též ČERNÝ, B. *Vražda v Polně*. Praha: MNO, 1968, ZOLA, E. *The Dreyfus Affair – 'l'accuse' & other Writings*. Yale: Yale University Press, 1996.

case k principu *nemo tenetur*,² v případě, který dobře zná každý milovník amerických detektivek (jeho příběh byl inspirací pro tvůrce amerického filmu *Kdo zabil Jo-Ann Marcusovou a Kathy Nelsonovou* z roku 1973, pilotního dílu populárního seriálu *Kojak* v hlavní roli s Tellym Savalasem). Soud v odůvodnění připomněl historický význam kauzy Johna Lilburna a zopakoval Lilburnův výrok: „*lidské svědomí nelze zatěžovat přísahou požadující odpověď na otázky týkající se jeho samého v trestních věcech*“. Uvedl dále, že „*z důvodu Lilburnova procesu zrušil Parlament inkviziční Soud Hvězdné komory*“, že „*vznešené principy, na které se Lilburne odvolal v průběhu procesu, získaly v Anglii popularitu a byly akceptovány*“, že „*tyto postoje našly svou cestu do kolonií a po velkém boji byly zakotveny do Bill of Rights*“. Kauze Johna Lilburna ale mnohé předcházelo.

Retrospektivu, jejímž úkolem je úsilí porozumět intencím, účelům, důvodům utváření a postupného zformování principu *nemo tenetur* v anglosaské a později i v evropské kontinentální právní kultuře, začněme konstatováním amerického medievalisty a právního historika Johna A. Kempa: „*Historie výsady proti sebeobviňování je spojena s revolucí; zpočátku šlo o revoluci proti náboženství, na konci o revoluci proti státu. V počáteční fázi byla součástí soupeření mezi protestantskými anglikány a protestantskými kalvinisty, mezi protestantskou korunou a protestantským parlamentem. Výsada je součástí našeho modelu práva dnes proto, že Anglie se stala anglikánskou zemí v šestnáctém století a protože pro kalvinisty nebyla dostatečně protestantskou. Kořeny pátého dodatku (Ústavy USA – pozn. P. H.) v anglickém právu sahají do velmi matoucího období právní historie. Pozdní patnácté a začátek šestnáctého století vidělo v zavedení některých právních postupů, pramenících z výsad koruny, rozpor s tradicí common law. Jedním z těchto postupů byl ten, který požadoval, aby se osoby svědčící v kriminálních případech, staly nástrojem vlastního odsouzení. Tento postup vstoupil do anglické právní praxe někdy během patnáctého století a byl v rozporu s principy, které dříve platily v středověkém právu.*“³

V letech 1525 až 1540 se z úsilí anglického krále Jindřicha VIII. dosáhnout neplatnosti manželství s Kateřinou Aragonskou, které mu nepřineslo dědice trůnu, a uzavřít manželství nové s Annou Boleynovou zrodil nejen evropský konflikt mezi ním na straně jedné a papežem, jakož i řadou evropských panovníků na straně druhé, ale i ostrý vnitropolitický konflikt o rozsah královských prerogativ, o povaze vztahů Anglie a římského papeže, jakož i o úloze a míře uplatnění protestantismu. Oba tyto konflikty vyvrcholily oddělením se Anglie od Říma. Postupně byly schváleny: *Zákon o jmenování církevních představitelů* (1534), který určil volbu duchovenstva biskupy jmenovanými panovníkem, *zákon o svrchovanosti* (1534), který zakotvil postavení krále jako nejvyšší hlavy církve v zemi, a *zákon o velezradě* (1534), který stanovil, že každý, kdo se dopustí velezrady, což znamenalo, že neuzná dané postavení krále, bude potrestán smrtí. Konečně reakcí na královu exkomunikaci papežem bylo přijetí zákona, tzv. *Peter's Pence Act*, podle kterého Anglie „*není podřízená Bohu, nýbrž jeho Milosti*“, tedy králi.

Jak v tomto období, tak i v období následujícím po panování Jindřicha VIII., zejména pak během panování královny Alžběty I., dvě královské instituce, Soud Hvězdné komory,⁴

² Ke kauze Miranda a k jejímu významu viz: TAYLOR, J. B. *Right to Counsel and Privilege against Self-Incrimination*. Denver – Oxford, 2004, s. 175–245.

³ KEMP, J. A. The Background of the fifth Amendment in English Law: A Study of its Historical Implications. *William and Mary Law Review*. 1958, Vol. 1, No. 2, s. 247.

jehož účelem působení bylo vynucování královské moci vůči veřejně a politicky významným osobnostem, u nichž by soudy *common law* nepředstavovaly záruku dosažení tohoto cíle, a Komise pro církevní záležitosti, mající za cíl dohled nad ochranou postavení anglikánské církve, zaměřují svou pozornost na ochranu anglikánské anglické monarchie. Tento posun akcentu jejich působení byl z pohledu právního spojen s využíváním institutu přísahy zvané přísahou *ex officio*. Instituce povinné přísahy (přísahy *ex officio*) a povinného svědectví byla v soudním procesu v Anglii do 13. století neznáma. Její zavedení souvisí s instalováním inkvizičního procesu především za účelem vedení soudních procesů proti heretikům v průběhu pontifikátu Inocence III. (1198–1216) a zejména pak souvisí s výsledky čtvrtého Lateránského koncilu (1215).⁵ V Anglii se tak stalo dekretem kardinála Ota, papežského legáta, v roce 1236.⁶ Praxe uskutečňování přísahy se přitom omezovala na církevní soudy, a to ve věcech manželských a dědických.⁷ Podle Leonarda Levyho, amerického historika, autora snad nejznámější monografie věnované zrodu privilegia *nemo tenetur*, oceněné Pullitzerovou cenou (mimořádně napsanou dva roky po přijetí rozhodnutí v kauze *Miranda*), byla přísaha *ex officio* poprvé v Anglii použita v roce 1246, a to před církevním soudem. Přísaha nutila dotazované osoby buď výpovědi usvědčit sebe sama, nebo přísahat křivě a tím zatížit své svědomí. Odmítnutí přísahy zakládalo fikci přiznání, považovalo se tedy za stav *pro confesso*, tj. za stav „jak kdyby se vyslýchaný přiznal“, a vedlo k odsouzení za vznesené obvinění.⁸ V polovině 15. století dochází ale už k jejímu použití i před královským soudem: „*První formální popis postupu, kterým byla osoba předvedena před anglický soud a nucena svědčit proti sobě jen v důsledku podezření se nachází v aktu o Hvězdné komoře z roku 1487.*“⁹ Zpočátku existovala jen malá opozice vůči postupu, který vyžadoval svědčit sám proti sobě. Ve skutečnosti byl tento postup populární mezi chudšími lidmi, důvodem čehož byl respekt k autoritě silného krále. Před oddělením se od Říma uskutečněným Jindřichem VIII. se vyskytly námitky proti přísaze pouze v případech, kdy katoličtí biskupové použili přísahu proti heretikům.¹⁰

Skutečným významem přísahy *ex officio* bylo to, že „*soudce měl právo vyžadovat čestnou odpověď pouze „z titulu svého úřadu“ a bez důvodného podezření z viny*“.¹¹ Jinými slovy vyjádřeno, „*přísaha ex officio, nazývaná v kanonickém žargonu přísahou de veritate dicenda, byla položena soudcem na začátku řízení. To vyžadovalo od stran přísahat, že budou pravdivě odpovídat na všechny jim položené otázky. Protože obžalovaní v trestních věcech v době složení přísahy nevěděli přesně, na jaké otázky budou odpovídat, tato běžná praxe vyústila do důsledku, že přísahali svědčit proti sobě samému. To umožňovalo církev-*

⁴ Nazvaný podle označení místnosti ve Westminsterském paláci, v níž soud zasedal.

⁵ Viz ROGAL, K. *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere“ im Strafprozeß*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977, s. 71.

⁶ WIGMORE, J. H. *Nemo tenetur seipsum prodere*. *Harvard Law Review*. 1891, Vol. 5, s. 72–74.

⁷ *Ibidem*, s. 75.

⁸ LEVY, L. *Origins of the Fifth Amendment*. New York: Oxford University Press, 1968, s. 47. Dále ROGAL, K. *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, s. 74.

⁹ KEMP, J. A. *The Background of the fifth Amendment in English Law*, s. 249.

¹⁰ *Ibidem*, s. 251–252.

¹¹ MAGUIRE, M. H. *An Approach of the Common Lawyers on the Oath Ex Officio Administered in the Ecclesiastical Courts of England*. In: C. Wittke (ed.). *Essays in History and Political Theory in Honour of Charles Howard McIlwain*. Cambridge: Harvard University Press, 1936, s. 203.

*ním soudům vydat se na lov dokazování nemorálnosti nebo náboženského kacířství.*¹² Následkem byla „krutá trilema“, když se obžalovaný ocitl v pasti mezi porušením náboženské přísahy, pohrdáním soudem za mlčení a sebeobviněním. V té době byla přísaha brána velmi vážně, její porušení mělo za následek smrtelný hřích a křivopřísežnictví.¹³

V období panování Alžběty I. (1558–1603) v Anglii narůstá vliv kalvinismu, formuje se puritanismus (puritánství), kalvinismem ovlivněný protestantismus: „*Puritáni v parlamentu útočí na instituci biskupů a na královské prerogativy v církevní oblasti.*“¹⁴ Spatřují v nich prvky římské církve. A aby toho pro panovnici nebylo málo, v té době John Knox, mimořádně vlivný skotský náboženský myslitel, zakladatel presbyterianismu, v útoky proti katolickým panovnicím zpochybnil teologickou přijatelnost výkonu funkce panovnice ženou. Tím zahájil debatu i v Anglii o postavení Alžběty: „*V roce 1559 v parlamentu Nicholas Heath, arcibiskup z Yorku, uvedl, že Parlament nemůže svěřit ‚duchovní‘ úřad ženě; žena nemůže zastávat Petrovo místo pastýře stáda.*“¹⁵ Věci se vyhrotily... Alžběta, přestože se snažila o shodu, přestože „*vládla často s okem upřeným na veřejné mínění, zřetelně dávala najevo, že zavedené náboženství se týká výlučně jejího královského prerogativu. [...] Parlament byl stále jejím parlamentem, užívající její autoritu a dávající její rady v jejích zájmech.*“¹⁶ Ve stejném roce vydala Alžběta *Akt jednotnosti*, kterým upravila postupy, kterým ovládala církev a kterým došlo k zásadní personální výměně biskupů: „*Přesně tímhle došlo k popření kalvinismu.*“¹⁷ Dále Komise pro církevní záležitosti, která od roku 1549 začíná aplikovat přísahu *ex officio*, v tom samém roce disponuje již „statutární autoritou“ založenou *Aktem o nezávislosti* (1559), následně kolem roku 1570 získává odlišnou pravomoc, začíná působit jako řádný soud a mění i svůj název na „Vysokou komisi“.¹⁸

Následující události svou dramatickostí i jednáním hlavních aktérů připomínají dramata či tragédie dalšího ze slavných současníků alžbětinské doby – Williama Shakespeara. Jejimi protagonisty byli Thomas Cartwright, patriarcha puritánů v druhé polovině 16. století, John Whitgift, arcibiskup z Canterbury, vedoucí postava anglikánů v té době, sir Edward Coke, jedna z nejvýznamnějších právnických osobností celých evropských dějin, lord Burghley, hlavní poradce královně, lord nejvyšší strážce pokladu, a mnozí další.

V roce 1570 Dolní sněmovna Parlamentu, ovládaná puritány, přijímá deklaraci *Napomenutí Parlamentu*: šlo o „první otevřený manifest strany puritánů“. Reakcí královně bylo uvěznění jeho autorů i vynucená Cartwrightova emigrace. Pod vedením Whitgifta ve funkci arcibiskupa z Canterbury (1583) došlo k čistkám ve státním aparátu i v církvi, přičemž se při nich před Vysokou komisí používala přísaha *ex officio*. V tomto okamžiku se odpor puritánů přenesl od odmítání anglikánství k odmítání „nenáviděné přísahy“. Puritáni se od Vysoké komise odvolali k lordu Burghleyovi, který napsal Whitgiftovi,

¹² HELMHOLZ, R. M. Origins of the Privilege against Self-incrimination: the Role of the European ius commune. *New York University Law Review*. 1990, Vol. 65, s. 965.

¹³ *Ibidem*, s. 983.

¹⁴ KEMP, J. A. The Background of the fifth Amendment in English Law, s. 254.

¹⁵ *Ibidem*, s. 255–256.

¹⁶ *Ibidem*, s. 255.

¹⁷ *Ibidem*, s. 257.

¹⁸ *Ibidem*, s. 252–253.

a „namítl, že vyšetřování komise zavánělo příliš inkvizicí, [...] konečně rozhodnutí však přenechal arcibiskupovi“. Whitgift v odpovědi Burghleyovi bránil opodstatněnost přísahy. Nastává tím „klíčové stadium v historii privilegia. Tlaky proti přísaze se spojily. 14. listopadu 1584 se vynořil veřejný dopis ve prospěch puritánského duchovního Barnabyho Bernisona, který byl uvězněn, protože odmítl přísahu, [...] tento dopis nesl podpisy nejprominentnějších mužů vlády – Warwicka, Knollyse, Mildmaje, Walsinghama, Bromleye, Bedforda, Leicestera, Croftse, Hattona, Howarda a konečně samotného Burghleye. Bylo zřejmé delší dobu, dokonce od začátku panování Alžběty, že Dolní sněmovna nesmírně sympatizuje se stanoviskem puritánů. [...] V každém případě dopis ze dne 14. listopadu byl jedním z nejkonkrétnějších důkazů aliance mezi puritány a Dolní sněmovnou.“¹⁹ Whitgift a biskupové odpověděli v tentýž den, „deklarovali, že pokud nebude existovat přísaha, pak nemohou chránit zřízení“.²⁰ To znamená, že původní konflikt mezi puritány a anglikány nabyl nového – politického – rozměru, rozměru konfliktu mezi puritány ovládaným Parlamentem a anglikánskou panovnicí. V roce 1588 puritáni přicházejí s řadou požadavků vůči královně. Vybrali si špatnou hodinu. Následovaly uvěznění i popravky.

V sérii procesů proti puritánům, vedených před Soudem Hvězdné komory, před Vysokou komisí, ale i před dalšími soudy, se odehrála další, a to „právníká bitva“ o přijatelnost přísahy a tím i donucování k přiznání. Argumentace obou stran se měnila, opírajíc se s různým akcentem o anglické právní dějiny. V tomto zápase klíčovou roli hrály argumenty týkající se postavení principu *nemo tenetur* v kanonickém právu, dále argumenty týkající se povahy řízení před soudy *common law* a konečně argumenty týkající se pravomoci Soudu Hvězdné komory a Vysoké komise, založené královskými prerogativy a v této souvislosti vztah pravomoci těchto dvou soudních orgánů k soudům *common law*.

1.1.2 Kanonické právo a *nemo tenetur*

Postoj kanonického práva v otázce donucování k doznání se vývojem měnil. Vedle Augustina Aurelia, který se se vši rázností odmítavě vymezil vůči mučení,²¹ to v období patristiky byl především Jan Zlatoústý (347 nebo 349–407), kdo v *Epištole Židům* přichází s tezí odmítající donucování k přiznání: „*Non tibi dico ut te prodas in publicum, neque apud alium accuses. Sed in veritatem confiteretur in iudicio accusatus, seipsum proderet et accusaret. Non ergo tenetur veritatem dicere. Et ita non peccat mortaliter si in iudicio mentiatur.*“ („Neříkám, že ses na veřejnosti měl přiznávat, nebo sám sebe obviňovat před ostatními. Ani v soudním vyšetřování přiznat pravdu, obvinít a obžalovat sebe sama. Proto nejsi povinen říkat pravdu. A tak lhát před soudem není smrtelným hříchem.“)²²

¹⁹ Ibidem, s. 258–263.

²⁰ Ibidem, s. 263.

²¹ AURELIUS AUGUSTINUS. *O Boží obci. II. (De civitate Dei)* (413–426). Praha: Vyšehrad, 1950, s. 393–394: „A což když je někdo mučen ve vlastní při, když je o své vině vyslýchán na mučidlech a jsa nevinen trpí za nejistý zločin naprosto jisté tresty, aniž se zjistí, že ho spáchal, ale protože se neví, že ho nespáchal? [...] Rozhodne-li se on [...] raději tento život ukřátiť nežli snášet ještě déle ty muky, přizná se ke spáchání toho, co nespáchal. [...] Bude ten moudrý soudce v tomto temnu pospolitého života zasedat, nebo se toho neodvážít? Jistě bude zasedat. Zavazuje ho totiž a vleče k tomuto úkonu lidská společnost, kterou opustit by měl za hřích. Nemá totiž za hřích to, že nevinní svědkové jsou mučeni v cizích procesech, ani to, že obžalování, zlomení obyčejně mocí bolesti a přiznávající se k nespáchané vině, jsou nevinně trestáni.“

²² ROGAL, K. *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, s. 70.

Tuto kategorickou tezi v období scholastiky modifikuje Tomáš Akvinský. Formuluje základní povinnost vyslychaného vypovědět pravdu, přičemž ale tato povinnost není neomezená, týká se skutkových zjištění, která vedla k obvinění, o skutkových okolnostech, které v důsledku tohoto nebyly známy, obviněný není povinen vypovídat, na ně se vztahuje zásada *nemo tenetur*.²³

Pod vlivem Jana Zlatoústého, vycházejícího z *Listu Židům* sv. Petra, obsahoval *Gratianův dekret*²⁴ tuto tezi: „*Neříkám vám, že se máte prozradit na veřejnosti a ani to, že se máte sami obžalovat před ostatními, nýbrž to, že máte poslouchat proroka, když říká, odhalte své cesty Pánu.*“ Prvním důvodem této teze byla obava z utvoření systému, v němž by nikdo nebyl uchráněn před veřejným pronásledováním, druhým důvodem byla skutečnost, že nucení složit přísahu *de veritate dicenda* by bylo stimulem pro křivou přísahu.²⁵ R. M. Helmholz, právní historik působící na univerzitě v Chicagu, v této souvislosti upozorňuje, že „*kanonický princip obsahoval konstatování, podle něhož, nikdo není povinen, aby svědčil proti sobě, protože nikdo není vázán odhalit svou hanbu.* [...] *Zastával ho a rozpracovával nejprominentnější středověký autor v oboru civilního procesu, Guillelmus Durantis.*“²⁶ Helmholz dále připomíná, že v anglické debatě o privilegii *nemo tenetur* v 16. století všichni, jeho zastánci i oponenti, uznávali existenci výjimek z něj. Za takovou se považovalo rozšíření uplatnění přísahy *ex officio*, přičemž podle dobového přesvědčení závažnost kacířství a s tím spojená závažnost spáchaného zločinu opodstatňovala prolomení privilegia *nemo tenetur*. Uzavírá tezí, podle níž „*žádný ze zde prezentovaných důkazů neznamena, že za moderní privilegium proti sebeobvinění jsme dlužní přímo římskému a kanonickému právu*“, stalo se tak díky jeho recepci a rozšíření právníky *common law*.²⁷

²³ Ibidem, s. 70–71. Viz též AKVINSKÝ, T. *Theologická summa. II-II.* 69, 1. E. Soukup (red.). Olomouc, 1937–1940. Dostupné z: <<http://summa.op.cz/sth.php?&A=1>>: „*Kdokoliv jedná proti povinnosti spravedlnosti, hřeší smrtelně. [...] K povinnosti spravedlnosti však náleží, aby někdo poslouchal svého představeného v tom, nač se vztahuje právo představenství. Soudce však [...] je představeným vzhledem k tomu, jenž je souzen. A proto se povinnosti je vázán obžalovaný vyložití soudci pravdu, které od něho podle pravidel práva vyžaduje. A proto, nechce-li vyznati pravdu, kterou je vázán říci, nebo když ji lživě popře, smrtelně hřeší. Jestliže však soudce vyzvídá, co podle řádu práva nemůže, není mu obžalovaný vázán odpověděti, nýbrž odvoláním nebo jinak dovoleně uniknouti; říci však lež není dovoleno [...] když někdo podle řádu práva jest od soudce tázán, neprozrazuje se sám, nýbrž od jiného je prozrazen, když se mu ukládá povinnost odpověděti od toho, jehož je zavázán poslouchati.*“

²⁴ *Concordia discordantium canonum* (1140), šlo o kompendium církevních předpisů vydaných před rokem 1140. Jeho autorem je mnich a učitel boloňské univerzity Gratianus. Poté, co papež Pius V. roce 1566 zadal vypracování nového Kodexu církevního práva (*Codex iuris canonici*), stal se upravený text Gratiánova dekretu jeho první částí a v římskokatolické církvi měl legální platnost až do 27. května 1917, kdy byl novelizován.

²⁵ HELMHOLZ, R. M. *Origins of the Privilege against Self-incrimination*, s. 982.

²⁶ Ibidem, s. 981. Guillelmus Durantis (1230–1296), francouzský kanonista, biskup v Mende. Jeho nejvýznamnější dílo *Speculum iudiciale* (1271), obsahující všeobecný výklad civilního, trestního a kanonického procesu, je pozoruhodnou syntézou římského a církevního práva, která si získala velikou reputaci a měla výrazný vliv na soudy a právnícké školy. Obsahuje následující formulaci privilegia *nemo tenetur* (*Speculum iudiciale, Lib. II*): „*Nikdo není povinen odpovídat na otázku tak, aby zpřístupnil vlastní přestupek. Tím je ve skutečnosti řečeno, že taková otázka je usvědčující, a proto není povinné na ní odpovídat [...] nejsou povoleny otázky obviněným o jejich zločinu.*“ Teze obsažené v Durantisově díle potvrdil Nicolaus de Tudeschis, řečený Panormitanus (1386–1445), profesor církevního práva v Bologni, významný představitel konciliarismu v církvi a později arcibiskup v Palermu, nejvýznamnější kanonista 15. století, a tyto teze byly připomínány v procesních příručkách šestnáctého a sedmnáctého století.

²⁷ Ibidem, s. 984–985, 989–990.

1.1.3 Common law, sir Edward Coke a nemo tenetur

Common law původně princip *nemo tenetur* neobsahovalo,²⁸ což však bylo důsledkem jeho zvláštní procesní koncepce: „*Před soudem, který striktně postupoval v rámci common law, sebeobvinění nebylo možné; prohlášením obžalovaného bylo popřeno obvinění. Ve skutečnosti, bránit se*‘ (pozn. P. H. ‚obhajovat se‘) znamenalo ‚popřít‘. Formálním popřením si ten, kdo se obhajoval, mohl zvolit možnost klást otázky svědkům, nicméně pokud zvolil takový postup, pak musel přijmout rozhodnutí vynesené z hlediska jejich svědectví. Samozřejmě, obžalovaný se mohl, pokud by si to přál, k trestnému činu přiznat.“²⁹ Na okraj tohoto konstatování J. A. Kemp dodává: „*Skutečným důvodem tohoto stavu byla skutečnost, že obviněný nesvědčil pod přísahou.*“³⁰

V tomto okamžiku obraťme pozornost na soudy *common law*. Na scéně příběhu privilegia *nemo tenetur* se nám tímto objevuje další z jeho klíčových aktérů, sir Edward Coke (1552–1634) – v roce 1589 zvolen do Dolní sněmovny, následně její *speaker*, později, v roce 1606, předseda soudu *Common Pleas*, v roce 1617 předseda soudu *King's Bench* (šlo historicky o nejvyšší soudy *common law*).

Konstitucionalistům je víc než dobře znám příběh z roku 1610, kdy sir Edward Coke, předseda anglického vrchního civilního soudu, v rozhodnutí v případě *Bonham* dospěl k právnímu názoru, v němž vyhlásil přednost obyčejového práva (*common law*) před zákonným právem (*statute law*) v Anglii. V této kauze Královská lékařská společnost odsoudila a uvěznila Thomase Bonhama za provozování lékařské praxe bez licence. Když Bonham protestoval proti svému uvěznění, Coke rozhodl, že Královská společnost ve smyslu Charty a Statutu Parlamentu postrádá pravomoc věznit za provozování lékařské praxe bez licence. Protože stejný subjekt – Královská společnost – jednak utrpěla újmu, ale i uložila trest, Coke argumentoval, že Společnost ve sporu jednala současně jako strana i soudce. Coke k případu obecně uvedl: „*Z našich knih vyplývá, že v mnoha případech bude obyčejové právo dohlížet na právní předpisy vydané parlamentem a někdy je prohlásí za zcela neplatné: když je právní předpis vydaný parlamentem v rozporu s obecným právem či rozumem nebo je s nimi neslučitelný nebo jej není možné aplikovat, zvykové právo převládne a prohlásí takový právní akt za nicotný.*“³¹ Připomeňme, že kauza *Bonham* spadá do období panování prvních Stuartovců (Jakuba I., 1603–1625, a Karla I., 1625–1649) a pokusů etablovat systém absolutistické monarchie. Názor Cokeův se ve své době v Anglii neprosadil, nicméně byl diskutován a odborná veřejnost jej dobře znala.³² S odstupem staletí je považován za zrod ideje ústavního soudnictví.

Udělejme teď filmový střih, abychom mohli převyprávět jiný příběh spjatý se jménem sira Edwarda Cokea: „*21. ledna 1594 zatkla alžbětinská tajná policie osobního lékaře královny Alžběty Roderiga Lopeze. Byl obviněn z úmyslu otrávit královnu za padesát tisíc*

²⁸ „*Privilegium proti sebeobvinění bylo pro common law v tomto období naprosto neznámé.*“ (HOLDSWORTH, W. S. *History of English Law*. V. 3rd rev. ed. London: Methuen & Co, 1923, s. 193–194).

²⁹ POLLOCK, F. – MAITLAND, F. W. *History of English Law before the Time of Edward I*. Vol. II. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, s. 607–610.

³⁰ KEMP, J. A. *The Background of the fifth Amendment in English Law*, s. 248.

³¹ Viz COGAN, N. H. (ed.). *Contexts of the Constitution*. New York: Foundation Press, 1999, s. 109–124. PLUCKNETT, T. F. T. *Bonham's Case and Judicial Review*. *Harvard Law Review*. 1926, Vol. 40, No. 1, s. 30 an.

³² Viz k tomu STERN, K. *Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit*. Berlin – New York: De Gruyter, 1984, s. 26–27.

zlatých, které měl obdržet od španělského krále Filipa II. Roderigo Lopez byl portugalský Žid a údajnou vraždu měl provést s pomocí portugalského prince dona Antonia, který tou dobou dlel v Londýně na návštěvě. [...] Případ [...] se brzy proměnil v jeden z největších politických procesů alžbětinské doby. Přelíčení začalo 28. února 1594, [...] žalobcem byl hlavní prokurátor Jejího Veličenstva a pozdější nejvyšší královský sudí sir Edward Coke, muž, před nímž se třásla celá Anglie a který během své závatně úspěšné kariéry poslal na smrt řadu velkých osobností alžbětinské a jakubovské doby, mezi nimi katolického básníka Edmunda Campiona a známého dvořana, vojáka, diplomata a básníka sira Waltera Raleighe. Sebejistý a arogantní sir Edward Coke (podle dobových svědectví byl podsaditý a nosil pečlivě přistřížený knír) proslul poznámkami, které dodávaly jeho argumentační logice přesvědčivost a barvitost. S mimořádnou vášnivostí se jeho emocionální, vzletná rétorika projevovala v otázkách náboženských. Během procesu s Roderigem Lopezem například neopomněl zdůraznit Lopezův židovský původ a několikrát ho označil za Jidáše. [...] Na popravišti Lopez prohlásil, že miluje královnu a Ježíše Krista. [...] Shromážděný dav ho umlčel smíchem a posměšným voláním „Je to Žid!“.³³

Martin Hlinský dodává, že „Roderigo Lopez se stal legendární postavou“, po jeho popravě byla na motivy jeho příběhu napsána řada her (z nich nejznámější se stala Marlowova hra *Maltský Žid*) a jakkoli „nikdo dodnes přesvědčivě neprokázal, že Graziano má na mysli Lopezovu popravu, když v Kupci benátském říká:

*,Tvůj podlý duch vlád vlku,
Co vraždil lidi. Když ho věšeli,
Ulétla jeho duše z šibenice
Do lůna hříchu, v němž jsi ležel ty,
Vlila se do tebe a od té doby
Máš dravé, vlčí, krvelačné pudy.’ (IV. 1. 132–137)*

[...] Jisté je, že proces s portugalským lékařem vstoupil do všeobecného povědomí natolik, že musel ovlivnit alžbětinské vnímání Shakespearovy hry (*Kupce benátského* – pozn. P. H.).³⁴

Před církevními soudy v procesu týkajícím se obvinění z kacířství, konaném v roce 1538, poprvé to byl John Lambert, protestantský mučedník, odsouzený k smrti upálením, který se hájil odvoláním na maximum *nemo tenetur*. „V našem starodávném právu je psáno: *„Nikdo není povinen odhalit sám sebe“ – Nemo tenetur prodere se ipsum.*“³⁵ V procesu proti Johnu Udallovi (1590), duchovnímu puritánů v Kingstonu nad Temží, který odmítl přísahu, se poprvé objevil v obhajobě argument rozporu přísahy *ex officio* s *Magnou chartou libertatum*³⁶ a dále argument rozporu této přísahy s *common law*. John Udall se „odvolal na svobodu svědomí, [...] argumentoval tím, že nemůže složit přísahu, protože tato je v rozporu s tradicí anglického *common law*“.³⁷ Advokátem Johna Udalla byl Nicholas Fuller, kterému se připisuje první teoretické zdůvodnění privilegia *nemo tenetur*

³³ HILSKÝ, M. Shakespearův Kupce benátský. In: W. Shakespeare. *Kupce benátský*. Brno: Atlantis, 2005, s. 13–14.

³⁴ Ibidem, s. 14–15.

³⁵ LEVY, L. *Origins of the Fifth Amendment*, s. 3 an.

³⁶ Ibidem, s. 164 an.

³⁷ KEMP, J. A. The Background of the fifth Amendment in English Law, s. 267.

akcentující právě její rozpor s *Magnou chartou*. Tím byla definitivně připravena scéna pro vstup sira Edwarda Cokea.

Prvním zjiitelným případem, ve kterém soud opřel své rozhodnutí o princip *nemo tenetur*, byla kauza *Collier vs. Collier* z roku 1589. Příklad rozhodoval soud *common law* (*Court of Common Law Pleas*). Edward Coke, jako právní zástupce žalobce, argumentoval tím, že „*nemo tenetur se ipsum prodere nutno aplikovat v jeho případě, přísahu ex officio lze použít pouze in causa mater. et test.* (v rodinných a dědických věcech – pozn. P. H.), [...] *ve kterých [...] nemůže být strana diskreditována přísahou*“.³⁸ Coke následně zaútočil na Vysokou komisi v kauze Cawdrey, duchovního z Liffinghamu v Suffolku, v roce 1590. Argumentoval tím, že církevní komise nemá právo někoho uvěznit, protože nemá takovou pravomoc na základě *Aktu o nezávislosti* nebo založenou *common law*, které zakazovalo uvěznění církevními soudy. Vyslovil tezi, podle níž Vysoká komise nebyla založena královským prerogativy, šlo podle něj o starodávňý soud, založený na starověkém právu, jen působící za nových okolností: tvrdil, že „*Akt nezávislosti pouze ,obnovil' starou jurisdikci*“. Coke použil tuto argumentaci i v dalších kauzách a nakonec ji rozvedl ve čtvrté části své *Knihy o institutech*: „*Byvše vybavené tímto argumentem soudy ve Westminsteru začaly používat habeas corpus k tomu, aby osvobodily lidi uvězněné komisí*“. Cokeova opozice vůči přísaze se neopírala o náboženské přesvědčení, jako tomu bylo u řady tehdejších významných osobností, on byl příznivcem Erasma Rotterdamského, pro něj šlo o otázku vztahu krále a parlamentu: „*Coke neřekl nikdy, že přísaha byla protiprávní jako taková, jen že byla protiprávní, protože ji používal král*“.³⁹ Jako reakci na tuto argumentaci královští právníci opřeli kompetenci Vysoké komise „*o staré, stále platné kanonické právo*“, čímž nepřímo popřeli královskou autoritu jako právní základ působení komise. To způsobilo zásadní změnu v argumentaci puritánů: „*Pokud dříve argumentovali tím, že královský prerogativ nemůže autorizovat přísahu, nyní začali tvrdit, že ona proti common law a odvolávání se na římské katolické kanonické právo, které ve skutečnosti předcházelo reformaci, neobstojí, protože přísaha v něm byla povolena v případech zahrnujících závěti a manželství*“.⁴⁰

Poté, co se Coke stal předsedou nejvyššího soudu, aplikoval princip *nemo tenetur* v řadě případů, nejznámějším z nich je *Dighton vs. Holt* z roku 1616.⁴¹

1.1.4 Zpátky k Shakespeareovi

Kde ale zůstal shakespearovský příběh nenávisti hlavních aktérů dramatu *nemo tenetur*? Anglikánský arcibiskup z Canterbury John Whitgift, *spiritus agens* užívání přísahy *ex officio*, a patriarcha puritánů Thomas Cartwright se osobně znali ze studií v Cambridge. Whitgift absolvoval dříve, Cartwright byl jedním z jeho studentů, přičemž Whitgift, již ve funkci děkana, rozhodl o vyloučení Cartwrighta z Trinity Colledge v Cambridge. Edward Coke, který také absolvoval v Cambridge, byl Whitgiftovým studentem, znal jeho přisnost, byl přítomen Cartwrightovu suspendování: „*Coke byl kýmkoliv, jen ne nábožensky založeným mužem. [...] Do konfliktu s církevním právem se dostal při příležitosti*

³⁸ WIGMORE, J. H. *Nemo tenetur seipsum prodere*, s. 77.

³⁹ KEMP, J. A. *The Background of the fifth Amendment in English Law*, s. 275–276.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 270–271.

⁴¹ WIGMORE, J. H. *Nemo tenetur se ipsum prodere*, s. 77.

*tajné svatby s Lady Elizabeth Hatton, vnučkou lorda Burghleyle, a Whitgift ho složil na kolena.*⁴² O tajné svatbě se dozvěděl a poslal mu výhružný dopis spolu s Novým zákonem a vyznačenými pasážemi, které se týkaly církevního posouzení jeho věci. To z Cokea udělalo arcibiskupova „smrtného nepřítel“.⁴³ Lady Hatton byla ale důvodem i Cokeova dalšího smrtného nepřátelství – ve vztahu k neúspěšnému rivalovi o její přízeň: nebyl jím nikdo nevýznamnější než filozof, zakladatel tradice anglického empirismu, vědec, iniciátor rozvoje přírodních věd, právník a státník Francis Bacon (1561–1626).⁴⁴ Bacon – jako právník – se stal jedním z protagonistů slavného sporu mezi Edwardem Cokem a králem Jakubem I. na počátku 17. století, sporu, jehož důvodem je již zmíněná kauza *Bonham*, jehož obsahem byl spor o prioritu *common law* před *statute law*. Francis Bacon v tomto sporu stojí, jak jinak, proti Cokeovi na straně krále Jakuba I. Baconovou argumentací spor nabývá právně-filozofický rozměr: „*Bacon je naprosto připraven uznat: ať obecné právo stojí nad právem stanoveným a ať má silnější povahu. Nicméně nad oběma stojí rozum. Zjevně u něj lze pozorovat, že má totožné smýšlení jako evropsko-kontinentální přirozené právo; Baconovy věty by mohly vystupovat stejně tak u Grotia a Pufendorfa, dokonce u samého Rousseaua a Kanta. V pozadí však stojí nové chápání suverenity. Bacon a král Jakub chtějí zabránit soudci, včetně parlamentu* (Coke se totiž ve svých textech podrobně zabývá soudní funkcí parlamentu – pozn. P. H.), *omezit suverenitu.*“⁴⁵

1.1.5 Finále neboli *cause célèbre*

Osobním nepřátelstvím rivalů o přízeň Lady Hatton jsme se „přehoupili“ do dalšího dějství příběhu *nemo tenetur*, do doby panování anglických Stuartovců, Jakuba I. (1603–1625) a jeho nástupce Karla I. (1625–1649).

V roce 1606 parlament přijal návrh zákona, kterým „*odmítl výkon poprav na základě církevního práva nepotvrzeného parlamentem*“, na nátlak biskupů byl ale návrh odmítnut už lordem kancléřem. Situace se v období panování Jakuba I. nezměnila, nadále pokračovala praxe vyžadování přísahy a „*parlament pokračoval v označování přísahy a komise jako institucí excesivního a protiprávního používání královské autority*“.⁴⁶

Karel I. se pokouší dosáhnout odklonu anglikánské církve od kalvinismu směrem k jejímu tradičnímu pojetí. V osobě Williama Lauda, v roce 1633 jmenovaného arcibiskupem canterburským, nachází výraznou podporu. Laud zahajuje nepopulární reformy, které měly zvýšit autoritu církve, usiluje dosáhnout náboženské jednoty zrušením puritánských organizací, trvá na unifikaci církevních obřadů podle jím vydané *Knihy obecných modliteb*. Pro trestání těch, kteří se protíví, Laud využívá dvě instituce – soud Vysoké komise a soud Hvězdné komory. První z nich mohl vynutit na obviněném příznání k porušení desatera a mohl ho odsoudit k jakémukoliv trestu vyjma trestu smrti. Nezákonnost Hvězdné komory dosáhla v Karlově období nevídaného rozsahu ve srovnání

⁴² KEMP, J. A. The Background of the fifth Amendment in English Law, s. 275.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ FRIEDRICH, K. J. *Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive*. Berlin – Göttingen – Heidelberg: Springer, 1955, s. 50.

⁴⁶ KEMP, J. A. The Background of the fifth Amendment in English Law, s. 279–282.

s předchozím obdobím. Obžalovaní byli předváděni bez jakéhokoli obvinění a svědectví bylo vynucováno za použití mučení.⁴⁷

Ano, obloukem dějin se vracíme k *cause célèbre*, vracíme se do roku 1638, ke kauze Johna Lilburna – byla jedním z jejich „spouštěčů“. To se již ocitáme v předvečer anglické revoluce. Po jejím vypuknutí v roce 1640, v roce následujícím Parlament ruší (*Habeas corpus act*, 1641) oba soudy: Hvězdnou komoru a Vysokou komisi. Tento okamžik se v dějinách považuje za implicitní konstituování principu *nemo tenetur*. Listina práv (*Bill of Rights*) z roku 1689, vydaná Williamem III. Oranžským a jeho manželkou Marií II. při příležitosti jejich korunovace, na této skutečnosti nic nepřidala, tj. nezakotvila explicitně zásadu *nemo tenetur*, následující formulací vyloučila ale existenci soudů Hvězdné komory a Vysoké komise: „*jak nařízení zřídit bývalý soudní dvůr komisařů pro církevní záležitosti, tak i nařízení zřídit soudní dvory podobného druhu jsou nezákonná a zhoubná*“. V roce 1646 Sněmovna lordů ruší odsuzující rozsudek v kauze Lilburne a o dva roky později přiznává Johnu Lilburnovi náhradu škody ve výši v té době závratných £ 3000.⁴⁸

Jediný politický dokument, který již obsahoval výslovné zakotvení zásady *nemo tenetur* v období anglické revoluce, byl politický manifest strany levellerů, *Agreement of the Free People of England* (1649): „*V pravomoci žádného orgánu nesmí být trestat nebo nechat potrestat kteroukoli osobu či kterékoli osoby kvůli odmítnutí odpovídat na otázky proti sobě samému v trestních věcech.*“

1.2 Kapitola americká

Na tomto místě jiskřerka utvářejícího se principu *nemo tenetur* přeskakuje Atlantický oceán a přesouvá se na území amerických osad. V průběhu 16. a na počátku 17. století v důsledku útlaku a pronásledování opouštějí generace puritánů Anglii a stěhují se do nového domova. Zakládají nové osady, formulují si pro ně pravidla soužití, stávají se svou kulturou snad tím nejvýznamnějším prvkem Nové Anglie. Jedním z přistěhovalců byl i duchovní puritánů Nathaniel Ward, který opouští svůj původní domov kvůli tlaku reform arcibiskupa Lauda. Ward je autorem dokumentu, souboru (kompilace) právních úprav nazvaného *Body of Liberties*, uznaného v roce 1641 Nejvyšším soudem Massachusetts za pramen práva (v roce 1684 anglický král Karel II. jeho platnost zrušil, nastolil platnost anglického práva platného pro *Commonwealth*, následně vytvořením samostatné kolonie Massachusetts nakrátko obnovil jeho platnost, aby ho v roce 1691 nahradil tzv. chartou provincie). Článek 45 *Body of Liberties* obsahoval princip *nemo tenetur* („*žádný člověk nesmí být nucen mučením k doznání žádného zločinu proti sobě samému*“), a to s výjimkou při obvinění z hrdelního zločinu, ve kterém existovaly jasné a dostatečné důkazy, přičemž v tomto případě se povolovalo mučení, „*avšak nikoli takovou torturou, která by byla barbarská a nehumánní*“. Prakticky ve stejnou dobu a přesně ve stejném kulturním kontextu dochází k přijetí právního kodexu pro Connecticut, nazvaného *Connecticut Code*, respektive *Code of 1650*, nebo, podle jeho autora, *Ludlow's Code*. Obdobně jako Nathaniel Ward i Roger Ludlow byl puritán, emigrant, v Oxfordu vzdělaný

⁴⁷ Ibidem, s. 284.

⁴⁸ ROGAL, K. *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, s. 79.

právník, autor *Fundamental Orders of Connecticut*, dokumentu považovaného v dějinách za první americkou ústavu.⁴⁹ *Connecticut Code* obsahoval ustanovení, podle něhož „nikdo nesmí být nucen mučením přiznat vůči sobě samému jakýkoliv zločin“.⁵⁰

Myšlenka zákazu donucování k sebeobvinění v americkém právním myšlení, zásadně ovlivněném puritánskou kulturou, byla v 17. století už pevně zakořeněná, a tak v oblouku dalšího století, v období boje za nezávislost amerických osad a formování americké ústavnosti, je již nedílnou součástí představ o základních právech a svobodách.

Článek 8 Deklarace práv Virginie z roku 1776 zakotvil princip *nemo tenetur* v podobě této formulace: „nikoho nelze nutit svědčit proti sobě samotnému“. Návrh Deklarace i uvedené formulace předložil George Mason, politik, rebel, přítel George Washingtona (a to do doby, než je rozdělily rozdílné představy o podobě Ústavy USA).⁵¹ Podle vzoru Virginie po vyhlášení nezávislosti USA zakotvily princip *nemo tenetur* i další státy unie ve svých deklaracích práv (šlo o Delaware, Severní Karolínu, Maryland, Massachusetts, Vermont a New Hampshire). V roce 1789 jako důsledek iniciativy států New York, Virginia, Severní Karolína a Rhode Island byl předložen návrh dodatku Ústavy USA obsahující princip *nemo tenetur*. Zformuloval ho John Madison, jeden z „otců“ Ústavy USA a jeden z autorů *Listů Federalistů*, a to v podobě, ve které byl v roce 1791 přijat: „Nikdo nesmí být nucen svědčit v trestním řízení proti sobě samému.“⁵²

1.3 Kapitola evropsko-kontinentální

Opustme nyní americký kontinent a nechme jiskřičku utváření se principu *nemo tenetur* přeskočit na evropskou pevninu.

Idea nepřipustnosti donucování k sebeobvinění žila na kontinentu v dílech humanistů i osvícenců – byla spjata s odmítáním tortury.

V 16. století francouzský renesanční filozof a spisovatel Michel de Montaigne ve svých slavných *Esejích* prudce na torturu zaútočil. Argumentoval jednak její nehumánností, jednak její bezcenností při odhalování pravdy: „Výslechy na mučidlech jsou vynálezem

⁴⁹ Za první ústavy v moderním významu tohoto slova se v dějinách považují charty amerických osad, sepsané osadníky, potvrzené původně anglickým králem a později, po vyhlášení nezávislosti USA, potvrzené jako ústava členského státu americké unie. Prvními z nich jsou *Fundamental Orders of Connecticut* z roku 1639, přijaté puritány vystěhovými z Massachusetts, tvořící základ charty, udělené Karlem II., v roce 1776 potvrzené a platné do roku 1818 jako ústava Connecticutu (obdobným vývojem prošel rovněž Rhode Island, jenž v roce 1663 získal od Karla II. chartu, jejímž základem se staly osadnické smlouvy, a jež platila jako ústava do roku 1848). V době vypuknutí hnutí za nezávislost takovéto charty mělo již všech třináct amerických osad. Po roce 1776 přijímají nové státy ústavy již ve svých zákonodárných sborech: „V těchto ústavních listinách z první epochy americké nezávislosti sluší hledati nejstarší vzory evropských konstitucí, jelikož působily daleko více, než se do nejnovější doby vědělo, na francouzské ústavní zákonodárství z let 1789 až 1791. Tyto listiny se skládají obvykle ze dvou hlavních částí. Uvedeny jsou nejčastěji nějakým bill nebo declaration of rights, která [...] obsahuje stručně shrnutý kodex veškerých veřejných práv jednotlivcových. K němu se pojí plán nebo frame of government, ustanovení to o nejvyšších orgánech státu a o jejich funkcích.“⁴⁹ (JELLINEK, G. *Všeobecná státověda. (Allgemeine Staatslehre)*. Praha: J. Laichter, 1906, s. 549–550.) Dodejme, že idea této základní kostry, tvořící strukturu ústavy, přetrvala dodnes.

⁵⁰ K historii formování principu *nemo tenetur* v průběhu 17. a 18. století v amerických koloniích viz CARTER PITTMAN, R. *The Colonial and Constitutional History of the Privilege Against Self-Incrimination in America. Virginia Law Review*. 1935, 21, May, s. 763 an.

⁵¹ K osobnosti Georgea Masona viz podrobně: BROADWATER, J. *George Mason, Forgotten Founder*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2006.

⁵² LEVY, L. *Origins of the Fifth Amendment*, s. 421 an.

věru nebezpečným a zdá se, že jsou spíš zkouškou odolnosti nežli pravdivosti. A pravda zůstává zatajena stejně, když je člověk snese, jako když je snést nedokáže. Kdepak je totiž důkaz, že mě mučení spíše přiměje přiznat, jak se věci mají, než aby mě přinutilo prohlásit, co se nikdy nestalo? [...] Zdá se totiž, že viníka svědomí na mučidlech nutí, aby svou vinu doznal, a že jej tedy oslabuje; a naopak nevinnému propůjčuje sílu proti utrpení. Abych pověděl pravdu, je to prostředek plný nejistoty a nebezpečí. Co na světě by člověk neprohlásil, co by neudělal, jen aby unikl tak strašlivým bolestem!“⁵³ Stejně smýšlel o tortuře humanista, filosof a právník, zakladatel „sekulárního“ iusnaturalismu v 17. století, Samuel Pufendorf. Ve svém díle *De iure naturae et gentium* (1672) napsal: „*Sed ut quis ultro ad poenam se praebeat aut nomen suum ipse deferat, neminem teneri.*“ („Nikdo není povinován k tomu, aby kvůli snášení trestu ukázal sám na svoje jméno.“)⁵⁴

Z velikých postav osvěcenství 18. století zmiňme dva nejvýznamnější odpůrce tortury: Voltaira a Beccariu. V roce 1762 byl toulonský občan Jean Calas, přívrženec kalvinismu, nevinně odsouzen a následně krutým způsobem lámáním na kole popraven za vraždu svého syna, jíž se měl dopustit kvůli synovu záměru přestoupit ke katolické víře. Na proces reagoval protestným, vůči netoleranci a soudní zvlí burcujícím spisem Voltaire.⁵⁵ Dosáhl jím nejen obnovení procesu, nýbrž díky své proslulosti pro celou tehdejší Evropu otevřel otázku neudržitelnosti středověkého procesu v osvěcenské době nastupujícího racionalismu a liberalismu. Otevřel tím cestu pro přijetí Beccariových myšlenek v jeho slavném díle *O zločinech a trestech*.⁵⁶

Cesareho Beccariu není třeba představovat, možno ale na tomto místě připomenout jeho zásadní odsouzení tortury: „*vyžadovat, aby jeden člověk byl současně žalobcem i žalovaným, aby se bolest stala prubířským kamenem pravdy, ani coby kritérium této pravdy spočívalo ve svalech a tkáni nějakého ubožáka, znamená postavit na hlavu všechny vztahy.*“⁵⁷

Francouzská *Deklarace práv člověka a občana* z roku 1789 ani napoleonský trestní řád z roku 1808 a rovněž trestní řády jednotlivých německých zemí z první poloviny 19. století princip *nemo tenetur* výslovně neobsahovaly. Všechny zmíněné trestněprocesní úpravy ale nahradily inkviziční akuzacním procesem, přičemž vývojem nauky trestního práva procesního v 19. století se pod jeho rámec postupně subsumoval princip *nemo tenetur*. Zmíním na tomto místě alespoň ty nejvýznamnější představitele tehdejší německé vědy: byl jím především P. J. A. von Feuerbach, který v německém prostředí jako první zprostředkovává anglickou koncepci *nemo tenetur*, a H. A. Zachariä, který v principu *nemo tenetur* viděl bezprostřední důsledek akuzacního principu. První trestní řád v německé oblasti, který pod vlivem anglického práva zakotvil princip *nemo tenetur*, byl trestní řád Vévodství Braunschweig z roku 1849, jehož ustanovení § 43 stanovilo,

⁵³ DE MONTAIGNE, M. *Eseje. (Essais)*. Praha: ERM, 1995, s. 260.

⁵⁴ PUFENDORF, S. *De iure naturae et gentium. (1672). Lib. IV.* Amsterdam, 1698, s. 328. K významu Samuela Pufendorfa při sekularizaci přirozeného práva viz HOLLÄNDER, P. *Pojmy v Sisyfovej krošni (čiepky z filozofie práva)*. Bratislava: Kalligram, 2015, s. 86–87.

⁵⁵ AROUET DE VOLTAIRE, Fr.-M. *Rozprava o snášenlivosti napsaná u příležitosti popravu Jana Calase*. Praha: K. St. Sokol, 1912.

⁵⁶ BECCARIA, C. *O zločinech a trestech. (Dei delitti e dele pene. 1764)*. Praha: Bursík a Kohout, 1893. Viz též slovenský překlad: BECCARIA, C. *O zločinech a trestech*. Bratislava: Kalligram, 2009.

⁵⁷ Ibidem, s. 60. Podrobně k Beccariově kritice tortury viz: BOJAR, T. Cesare Beccaria a problém tortury – historické a soudobé aspekty. *Právník*. 2016, č. 4, s. 331–348.

že „obviněný není povinen odpovědět ani podat prohlášení soudci při zahájení prvního výslechu na žádnou z jím položených otázek“. Říšský trestní řád z roku 1877, vydaný po sjednocení Německa, již obsahuje princip *nemo tenetur* jak ve vztahu k obviněnému, tak i svědkovi (§ 136 odst. 1 a § 54). Pokud ve vztahu ke svědkovi je princip zakotven explicitně, ve vztahu k obviněnému v podobě implicitní – stanoví povinnost soudci na začátku hlavního líčení obviněného vyzvat, aby pokud chce, to, co uzná za vhodné, uvedl k obvinění. Následně bylo toto ustanovení ze strany soudů „chápáno v nejširším slova smyslu“.⁵⁸ Rakouský trestní řád z roku 1873 princip *nemo tenetur* zakotvil neúplným způsobem v ustanovení § 199 a § 202. Na jedné straně stanovil, že vyšetřující soudce na začátku výslechu napomene obviněného, aby odpověděl určitě, jasně a pravdivě na položené otázky, zároveň zakázal vyšetřujícímu soudci při výslechu obviněného používat sliby, předstírání, výhrůžky a donucovací prostředky za tím účelem, aby ho pohnuly k přiznání či k uvedení dalších údajů. K interpretaci těchto ustanovení Vladimír Solnař konstatuje, a to v návaznosti na názor Jaroslava Kallaba, že ze dvou výkladových možností týkajících se povinnosti obžalovaného vypovědět pravdu, první ve významu morální a druhé ve významu právní povinnosti, která neobsahuje ale sankci za její nedodržení, třeba za správnější považovat druhou z nich.⁵⁹ Ve vztahu ke svědkovi obsahovalo ustanovení § 152 jeho právo odepřít výpověď, jestliže by mu způsobila „přímou a značnou majetkovou škodu“ nebo pokud by byla jemu nebo jemu blízkým osobám „na hanbu“. V obzvláště závažných případech disponoval soudce oprávněním trvat na výpovědi i za těchto okolností.

Uherský trestní řád z roku 1896 princip *nemo tenetur* ve vztahu k obviněnému zakotvil v ustanovení § 135 a § 133. Intenci této úpravy vidí A. Ráliš v koncepci akuzičního procesu.⁶⁰ Podle prvního z uvedených ustanovení platilo: „pokud obviněný na otázku položenou mu z důvodu přednesu jeho obhajoby prohlásí, že je nevinný, a pokud si nepřehledněji se vyjádří k obžalobě, nepřipouští se klást mu další otázky“. Podle dalšího z uvedených zákonných ustanovení, „za účelem dosáhnout přiznání obviněného nebo pohnout ho k výpovědi není dovoleno použít ani slib, provokování nebo úskoku, ani hrozbu, násilí nebo donucení“. Dané ustanovení zakazovalo dále úmyslné použití nočních výslechů či unavování výslechy za účelem dosáhnout přiznání, a zakazovalo i používat při výsleších neurčité, sugestivní a kapciózní otázky. Ve vztahu ke svědkům pak ustanovení § 208 zahrnovalo oprávnění svědka odepřít svědectví, pokud by toto mělo pro něj nebo pro jeho příbuzné za následek značnou škodu nebo hanbu.

2. PRELUDIUM ÚSTAVNÍHO SOUDU ČESKÉ REPUBLIKY

2.1 *Andante* aneb kauzy *Vaříme s konopím* a donucování koluzní vazbou

Octli jsme se v závěru 19. století. Na tomto místě jednak kvůli pointě vyprávění tohoto příběhu, příběhu *nemo tenetur*, a jednak kvůli prostoru, který je mu vyhrazen rozumným rozsahem článku, udělejme filmový střih a přenesme se – pohledem autora tohoto textu

⁵⁸ ROGAL, K. *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, s. 103.

⁵⁹ SOLNAŘ, V. *Učebnice trestního řízení platného v zemi České a Moravskoslezské*. Praha: Melantrich, 1945, s. 113.

⁶⁰ RÁLIŠ, A. *Trestné právo procesné*. 2. vydání. Bratislava: Justitia, 1942, s. 80–81.

ovlivněným osobní zkušeností – do doby přelomu 20. a 21. století, zaostřeme pohled na malý výsek „dalšího života“ zásady *nemo tenetur* v prostoru judikatury jednoho ze soudů, Ústavního soudu České republiky. Metoda tohoto filmového střihu je vypůjčená ze světa hudby a nazývá se kontrapunkt (z lat. *punctus contra punctum* = „nota proti notě“). Onen kontrapunkt je technikou hudební skladby pocházející z období renesance a baroka, technikou, která dosáhla svého vrcholu u Johanna Sebastiana Bacha. Připomeňme, že nejjednodušší formou kontrapunktu v hudební teorii je „protihlas“ k dané melodii. Inu, ať je judikatura Ústavního soudu České republiky příkladem tohoto protihlasu, příkladem umožňujícím ukázat protihlas v jedné konkrétní melodii.

Přístup Ústavního soudu ČR k otázce principu *nemo tenetur* lze charakterizovat linií směřující od kauzy *Vaříme s konopím*, přes kauzy donucování k doznání koluzní vazbou, kauzy věci ukládání pořádkových pokut za neuposlechnutí výzvy k vydání věci, přes kauzu *ne bis in idem*, kauzu pachové stopy a bukálního stěru, až po stanovisko pléna sjednocujícího rozkolísanou judikaturu.

V kauze *Vaříme s konopím* (nález sp. zn. III. ÚS 149/97) šlo o ústavní stížnost šéfredaktora nakladatelství Votobia, které vydalo knihu *Vaříme s konopím*. Po podání obžaloby vůči odpovědným osobám nakladatelství pro podezření ze spáchání trestného činu šíření toxikomanie byl stěžovatel vyzván vypovídat jako svědek, což však s odkazem na ustanovení § 100 odst. 2 tr. ř. odmítl, maje za to, že pravdivá svědecká výpověď by mu mohla přivodit nebezpečí trestního stíhání. Nalézací soud v hlavním líčení „*zvažoval, zda odmítnutí výpovědi svědka je odůvodněné, přičemž dospěl k závěru, že svědek není oprávněn odepřít vypovídat*“ a s přihlédnutím k ustanovení § 66 odst. 1 tr. ř. mu uložil pořádkovou pokutu; podle odůvodnění tohoto rozhodnutí měl být stěžovatel vyslechnut „*ohledně náplně své práce, svých pracovních povinností a organizace práce*“. Odvolací soud uložení pořádkové pokuty potvrdil. Ústavní soud opřel kasační nález o argument porušení principu *nemo tenetur*: „*I když, jak podle ustálené praxe obecných soudů, tak i podle nauky, je v řízení před soudy dokazování výpovědi svědka založeno na obecné svědecké povinnosti, jejíž splnění lze i postupem v zákoně upraveným (lhostejno, zda jde o řízení trestní či občanskoprávní) vynucovat, nelze opomenout, že právo svědka odepřít výpověď (za podmínek stanovených zákonem) je důsledkem ústavní ochrany proti sebeobviňování (čl. 37 odst. 1 Listiny základních práv a svobod), která má hluboký historický základ, a již je přirozené v právním státě dát přednost před účelem toho kterého řízení (§ 1 odst. 1, 2 tr. ř., § 1 o. s. ř.), a to i tehdy, jestliže by v tom kterém případě mohla vést k důkazní nouzi. Jde o zcela subjektivní ústavně zaručené právo svědka, který v uvažovaných případech, po poučení poskytnutém mu orgánem veřejné moci, sám váží a rozhoduje, zda svého práva odepřít výpověď využije, či nikoli, a to téměř výlučně podle okolností (důvodů), jak sám je cítí a vnímá; v tomto smyslu nemůže a nesmí být potenciálně ohrožený svědek ve svém rozhodování omezován, či dokonce ke složení svědecké výpovědi nucen. V případech odepření svědecké výpovědi pro nebezpečí trestního stíhání (§ 101 odst. 2 tr. ř., § 126 odst. 1 al. 3 o. s. ř.) jde o krajně subtilní problematiku, zejména jestliže zákon (v řízení občanskoprávním) nebo ustálená praxe (v řízení trestním) svěřují soudům (jiným orgánům veřejné moci) právo o důvodnosti odepření výpovědi rozhodnout (§ 126 odst. 1 al. 2 za středníkem o. s. ř.); má-li totiž jít vskutku o rozhodovací proces (orgánů veřejné moci), musí být k dispozici alespoň v nezbytné míře dostatečné informace, na nichž by bylo toto rozhodnutí (o důvodnosti odepření výpovědi) založit, což však na druhé straně snadno*

může vést k nebezpečí prolomení práv ústavně daných zákonem.“ Ústavní soud dále konstatoval, že právo odepřít výpověď se nevztahuje na výpověď *en bloc*, ale „*jestliže zákon (§ 101 odst. 2 al. 2 tr. ř., § 126 odst. 3 al. 1 o. s. ř.) vyžaduje, aby na počátku výslechu byla dána svědkovi možnost, aby spontánně a souvisle vylíčil, co o věci ví, je mu tím současně umožněno, aby ve své výpovědi pominul to, co (ze zákonem stanoveného důvodu) pokládá pro sebe (pro zákonem vyjmenované osoby) za nebezpečné; teprve tehdy, jsou-li mu kladeny upřesňující či doplňující otázky, přísluší mu oprávnění odpověď na ně odmítnout.*“⁶¹ Tuto linii soud sleduje i v následující judikatuře (ilustrativně lze v této souvislosti uvést nálezy sp. zn. II. ÚS 642/04 a I. ÚS 4642/12).

V nálezu ve věci sp. zn. III. ÚS 188/99 Ústavní soud posuzoval ústavní stížnost směřující proti rozhodnutí o vzetí do vazby, přičemž dle vazebního soudu spatřoval „*důvod koluzní vazby i v postoji stěžovatele ke sdělenému obvinění a výsledkům doposud provedeného dokazování, když tento k věci odmítl vypovídat*“. Ústavní soud v kasačním nálezu opět poukázal na porušení principu *nemo tenetur*. Odkázal na jeho zakotvení v čl. 14 odst. 3 písm. g) Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, dále v čl. 40 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, jakož i v § 92 odst. 1 a § 164 odst. 3 tr. ř., jehož důsledkem je skutečnost, že obviněný „*za případnou nepravdivou výpověď nemůže být trestně odpovědný podle § 175 tr. z.*“. Dospěl v dané věci k závěru, dle něhož „*uvalení vazby v důsledku odepření výpovědi obviněného, v čemž je soudem spatřován důvod koluzní vazby, nutno proto považovat jednak za donucování obviněného přiznat vinu, a tudíž za porušení čl. 14 odst. 1 písm. g) Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, za omezení práva na obhajobu dle čl. 40 odst. 3, 4 Listiny základních práv a svobod.*“

2.2 Largetto aneb kauzy výzev k vydání věci a kauza *ne bis in idem*

Další etapu ve vývoji judikatury Ústavního soudu ČR k principu *nemo tenetur* představují rozhodnutí ve věci ukládání pořádkových pokut za neuposlechnutí výzvy k vydání věci, respektive příkazu k odnětí věci (§ 66 odst. 1, § 78 odst. 1, § 79 odst. 1 tr. ř.), a to v případech nevydání peněžního deníku jako věci důležité pro trestní řízení (II. ÚS 118/01), účetních dokumentů (II. ÚS 255/05, II. ÚS 552/05, III. ÚS 561/04, I. ÚS 402/05), v případě věcí pocházejících z trestné činnosti (I. ÚS 431/04) a v případě nevydání motorového vozidla (III. ÚS 644/05). Do této skupiny lze zařadit i nálezy sp. zn. Pl. ÚS 29/2000. Ústavní soud v něm zamítl návrh na zrušení ustanovení § 46 odst. 4 zákona o advokacii, zakotvujícího oprávnění přístupu pro členy Kontrolní rady České advokátní komory ke všem písemnostem a dokumentům advokátů a České advokátní komory. Odůvodnění nálezu soud opřel o podrobnou interpretaci zásady *nemo tenetur*. Připomněl ustanovení čl. 37 odst. 1 Listiny (podle něhož každý má právo odepřít výpověď, jestliže by jí způsobil nebezpečí trestního stíhání sobě nebo osobě blízké), jakož i k němu speciální ustanovení čl. 40 odst. 4 Listiny (které přiznává právo odepřít výpověď obviněnému, přičemž tohoto

⁶¹ Ústavní soud doplnil svoji argumentaci o stručnou komparatistiku: „*Právní řády demokratických států upravují posuzovanou otázku různě; tak kupř. právní úprava platná v SRN sice vyžaduje (§ 56 tr. ř.), aby svědek, který zamýšlí využít práva odepřít výpověď, podložil své rozhodnutí věrohodným vysvětlením, nicméně za dostatečné pokládá přisežné ujištění [...] Jiný způsob, přinucení odpírajícího svědka k výpovědi než přísahou je nepřipustný, platí však, že samotná přísaha podléhá obvyklým zásadám volného hodnocení důkazů.*“

práva nesmí být žádným způsobem zbaven). Tento ústavní rámeček soud vyložil extenzivně: „Nad rámeček zákazu donucování jiného k sebeobvinění výpovědi lze zmíněné ústavní právo chápat v širším rozsahu tak, že ani jiné důkazy není občan povinen proti sobě poskytovat. V tomto rozsahu je předmětné ústavní právo garantováno čl. 40 odst. 2 Listiny, zakotvujícím presumpci nevinu. Z této zásady plyne zásada jiná, a sice in dubio pro reo, zakládající přinejmenším povinnost orgánů činných v trestním řízení dokazovat vinu obviněného, má-li dojít k odsouzení. A contrario pak z této povinnosti vyplývá neexistence povinnosti samotného obviněného se usvědčovat jakýmkoliv způsobem, nejen vlastní výpovědí. Logickým důsledkem bude zákaz jakéhokoli donucování občana k sebeobvinění. Pomocí stejného logického argumentu je možné dovodit neexistenci povinnosti k sebeobvinění z čl. 40 odst. 3 Listiny, kde se mimo jiné hovoří o právu osobní obhajoby. Doznání obviněného je v této souvislosti výlučným jeho právem.“ Soud dále uvedl, že „kárně obviněný“ (§ 33 odst. 1 zákona o advokacii) má analogické postavení jako „trestně obviněný“ (§ 35e odst. 2 zákona o advokacii), přičemž „návrhem na zrušení napadené ustanovení zákona o advokacii je svou povahou obdobné zajišťovacímu institutu ,povinnosti k vydání věci‘ ve smyslu § 78 tr. ř., jež zavazuje každého, tedy i obviněného. [...] Půjde-li však o věc, kterou pro účely trestního řízení bude nutno zajistit, což je patrně ve většině případů, a obviněný ji dobrovolně nevydá (nesplní ediční povinnost), může mu být odňata. Tu se však uplatní podpůrně další zajišťovací úkon podle § 79 tr. ř., a sice odnětí věci. Přitom takovéto ,odnětí věci‘ nelze chápat jako donucení k vydání věcného důkazu proti sobě samému. Odnětí věci zde má z tohoto hlediska stejnou povahu, jako jiné zajišťovací úkony podle trestního řádu, aplikované bez ohledu, resp. proti vůli obviněného (srov. např. ,Zajištění peněžních prostředků na účtu u banky‘, § 79a tr. ř., ,Domovní a osobní prohlídka‘, § 82, § 84, § 85 tr. ř. apod.). V těchto případech nejde o donucování obviněného k poskytnutí důkazů proti sobě samému, nýbrž o nucené zajištění věcných důkazů byť proti vůli obviněného. Provedení takovýchto úkonů proti vůli obviněného v rozporu s ústavou není. Kdyby přesto měla být ústavnost chápána takto široce, koneckonců by se tím paralyzovalo trestní řízení, tedy získávání důkazů a jejich provádění v jeho průběhu.“

Ve věci sp. zn. III. ÚS 26/03 posuzoval Ústavní soud případ stěžovatele pravomocně odsouzeného trestním příkazem, proti němuž nepodal odpor, který v téže trestní věci, pokračující po podání odporu spoluobviněným, odepřel svědeckou výpověď. Obecný soud neuznal opodstatněnost odepření výpovědi z důvodů uvedených v § 99 odst. 1 a 2 a § 100 odst. 1 a 2 tr. ř., přičemž argumentoval pravomocně skončeným trestním řízením ve věci stěžovatele. Ústavní soud především upozornil na skutkové odlišnosti věci ve srovnání s předchozí judikaturou: „Odlišnosti skutkového stavu nyní projednávané věci ve srovnání s případem posuzovaným v řízení sp. zn. III. ÚS 149/97 spočívají v okolnosti, že stěžovatel ve věci sp. zn. III. ÚS 26/03 byl trestně stíhán a odsouzen v trestní věci totožné s trestní věcí, v níž měl jako svědek vypovídat. Byl tedy osobou na stíhaném trestném jednání evidentně zúčastněnou.“ Pokud obecné soudy kvůli překážce *ne bis in idem* považovaly za nepřipustné použít svědeckou výpověď obviněného jako důkaz proti němu samému, Ústavní soud zaujal rozdílné stanovisko: „Donucování svědka k výpovědi s odvoláním na nepřipustnost jeho opětovného trestního stíhání pro překážku *rei iudicatae* neobstojí. Výpověď svědka i za uvedených okolností může totiž přinést informace o důkazech, jež by byly s to založit nové právní posouzení předchozí věci, a založit tak důvod k obnově řízení v neprospěch obviněného v již skončeném řízení. Zásada *ne bis in idem*

by tudíž vzhledem k možnosti obnovy řízení, nemluvě pak o možném sebeobvinění ve věci odlišné, nevytvořila bariéru k zákazu donucování k sebeobvinění podle čl. 37 odst. 1 Listiny. Odmítnutí akceptace odepření svědecké výpovědi za uvedených skutkových okolností by otevřelo rovněž prostor pro ústavně nesouladnou procesní taktiku orgánů činných v trestním řízení umožňující obcházení ústavního zákazu donucování k sebeobvinění, jež by např. spočívala ve vyloučení věci, jejím skončení a následně výslechu obviněného v pozici svědka, jemuž nesluší právo odmítnout výpověď podle § 100 odst. 2 tr. řádu. Veden těmito úvahami kupř. rakouský zákonodárce v ustanovení § 152 odst. 1 tr. řádu zakotvil právo odepřít svědeckou výpověď i v tom případě, byl-li svědek v téže věci pravomocně odsouzen.“

2.3 *Allegro con moto* aneb posun judikatury: kauzy strpění odněti pachové stopy a bukálního stěru

K posunu judikatury soudu dochází v jeho nálezech sp. zn. I. ÚS 671/05 a III. ÚS 655/06. V prvním z nich byl stěžovatel vyzván policejním orgánem ve smyslu ustanovení § 114 odst. 2 a 3 tr. ř., aby strpěl odněti pachové stopy pro účely porovnání s pachovou stopou zajištěnou na místě činu, což odmítl. Usnesením policejního orgánu byla stěžovateli uložena podle ustanovení § 66 odst. 1 tr. ř. pořádková pokuta, a to s odkazem na to, že odmítl strpět odněti pachové stopy, přestože byl o povinnosti strpět tento úkon a možnosti uložení pořádkové pokuty poučen. Ústavní soud v kasačním nálezu konstatoval, že „stěžovateli – v postavení obviněného v trestním řízení – byla uložena pokuta orgánem veřejné moci, protože odmítl součinnost v poskytnutí důkazu, který jej mohl usvědčovat (odmítl tak právě proto, aby proti sobě neposkytl věcný důkaz – sejmutí srovnávací pachové stopy)“, z čehož vyvodil, že „tím byl založen ústavně nepřijatelný způsob vynucování součinnosti stěžovatele, a to na základě takové interpretace trestního řádu, která ponechává mimo pozornost“ ústavní garance ochrany principu *nemo tenetur*. Ve druhém z uvedených nálezů, posouvajících judikaturu Ústavního soudu, šlo o uložení pořádkové pokuty obviněnému za odmítnutí poskytnout biologický vzorek vlasů a bukální stěr. Porušení principu *nemo tenetur* soud opřel o závěry vycházející z předchozího případu (sp. zn. I. ÚS 671/05), když konstatoval „zjevný nedostatek relevantního odlišení od skutkového základu ve věci již judikované Ústavním soudem“.

Vůči nálezu sp. zn. III. ÚS 655/06 uplatnil odlišné stanovisko soudce Jan Musil.⁶² Uvedl v něm, že pravidlo *nemo tenetur* bylo do českého ústavního pořádku zavedené pod vlivem 5. dodatku Ústavy USA, přičemž „teprve v dalším vývoji judikatury v USA a v evropských zemích došlo k rozšíření interpretace tohoto ustanovení tak, že obviněný nesmí být donucován nejen k výpovědi, ale ani k jinému aktivnímu jednání, jímž by přispíval k obstarávání důkazů proti sobě. [...] Donucení (compulsion, Zwang) je podle této rozšiřující interpretace vyloučeno nejen tehdy, je-li od obviněného požadována výpověď, ale též jiná součinnost nebo aktivní jednání sloužící k jeho usvědčení, jako je např. napsání rukopisného textu (zkoušky písma) k písmoznalecké identifikaci, chůze a jiné motorické zkoušky sledující koordinaci pohybů při tzv. ambulantním vyšetření příznaků opilosti, plnění úkolů souvisejících s vyšetřovacím pokusem (§ 104c odst. 4 tr. řádu) atd. K prove-

⁶² Významnou část z něj následně publikoval i v rámci svého článku: MUSIL, J. Zákaz donucování k sebeobviňování (*nemo tenetur se ipsum accusare*). *Kriminalistika*. 2009, č. 4.

dení těchto úkonů může být obviněný vyzván (eventuálně též předvolán či předveden), nesmí k nim však být donucován, a to ani bezprostředním fyzickým donucením, ani uložením pořádkové pokuty. [...] Nejpřesněji je současné pojetí principu *nemo tenetur* vyjádřeno v rezoluci XV. Mezinárodního kongresu trestního práva, kde se praví: ‚Nikdo není povinen přispět aktivním způsobem, přímo či nepřímo, k vlastnímu odsouzení.‘ (Revue internationale de droit pénal No. 1–2/1995, s. 37.). [...] V posuzovaném případě byl stěžovatel – obviněný – vyzván, aby se podrobil odběru vzorku vlasů a tzv. bukálnímu stěru za účelem získání srovnávacího materiálu k analýze DNA, umožňující individuální identifikaci osoby podle stop zanechaných na místě činu. Právní oporu pro provedení tohoto úkonu obsahuje ustanovení § 114 odst. 2 tr. řádu. V obou případech jde o tzv. neinvazivní metody odběru biologického materiálu, které jsou naprosto bezbolestné a nejsou spojeny s nebezpečím pro zdraví osoby, která se jim podrobuje. Odběr vzorku vlasů se provádí odstřížením malé kštice vlasů, bukální stěr spočívá v setření povrchu vnitřní plochy ústní dutiny tamponem ze sterilní normalizované odběrové soupravy. [...] jde o zcela bezpečný a rutinní úkon, trvající několik málo minut, a nijak nezatěžuje osobu ani fyzicky ani psychicky. Jde tedy v obou případech o postupy, které principiálně nevyžadují žádné aktivní jednání obviněného, nýbrž toliko strpění těchto postupů.“ Disentující soudce poukázal i na s jeho stanoviskem souladné zahraniční právní úpravy.⁶³ Kriticky se v disentu vymezil i vůči nálezu sp. zn. I. ÚS 671/05, přičemž dodal, že v něm „citovaná judikatura Evropského soudu pro lidská práva, z níž je dovozována protiústavnost uložení pořádkové pokuty, vesměs nedopadá na konkrétní skutkové okolnosti v nálezu posuzovaného případu“.⁶⁴ Dissenting opinion ústí do následujícího apelu: „Pravidlo *nemo tenetur* se

⁶³ „Jako příklad takových zahraničních úprav lze uvést § 81a německého trestního řádu (StPO), upravující tzv. *Körperliche Untersuchung des Beschuldigten*, podle něhož vynutitelné je za určitých podmínek strpění nejen neinvazivních úkonů (bukální stěr, sejmутí otisků prstů, sejmутí vzorku pachu), ale dokonce i invazivní odběr krve nebo jiných biologických materiálů. Četné odkazy na judikaturu a na literární prameny, které zákonnost těchto postupů zdůvodňují, obsahuje např. reprezentativní komentář MEYER-GOßNER, L. *Strafprozessordnung. Kurzkommentar. § 81a StPO*. 46. vydání. München: C. H. Beck, 2003, s. 254 an. Přijetnost takových úkonů aproboval i Spolkový ústavní soud (judikáty BVerfGE 47, 239, 248; BVerfGE 16, 194, 202; BVerfGE 17, 108, 117; BVerfGE 27, 211), který však ve svých judikátech často zdůrazňuje nutnost přihlídnout při konkrétní aplikaci těchto donucovacích opatření k hledisku proporcionality mezi závažností trestného činu a intenzitou donucovacího prostředku. Poučné je rovněž přihlídnutí k judikatuře Nejvyššího soudu USA, tedy země, kde se „*privilege against self-incrimination*“, odpovídající evropskému pravidlu *nemo tenetur*, v moderním pojetí zrodilo. Nejvyšší soud USA v řadě judikátů poskytuje ochranu proti donucování k sebeobviňování a konstatuje porušení Pátého dodatku americké ústavy v případech, kdy jde o donucování obviněného k aktivnímu jednání, označovanému jako tzv. *testimonial* nebo *communicative act*. Mezi taková jednání, k nimž donucování není dovoleno, patří kromě ústní výpovědi obviněného také např. vyhotovení zkoušky ručního písma. Jako tzv. *noncommunicative act* pasivní (neaktivní) povahy, k jehož strpění může být obviněný donucován, aniž by byl porušen zákaz donucování k sebeobviňování, patří podle judikatury Nejvyššího soudu USA násilné snímání otisků prstů, vyšetření těla rentgenem, svlečení oděvu, aby bylo viditelné tetování, sejmутí otisků zubů, při rekognici je povinen obviněný sejmout brýle, navléci si masku, klobouk, paruku, umělé vousy (četné citace judikátů *Supreme Court* k této problematice v KRAFT, O. K.-E. *Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des Beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Strafprozessrechts*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2002, s. 133). Obviněný může být donucen i k nedobrovolnému odběru krve při podezření, že řídil auto v opilosti [judikát *Supreme Court* ve věci *Schember v. California*, 384 U. S. 757 (1966)].“

⁶⁴ V odlišném stanovisku následuje podrobný rozbor těchto kauz: „*Kauzy, v nichž Evropský soud pro lidská práva konstatoval porušení Úmluvy, se vesměs týkaly případů, v nichž byl obviněný donucován k aktivnímu jednání, majícímu povahu sebeusvědčování. Např. v citovaných věcech J. B. proti Švýcarsku č. 31827/96 a Funke proti Francii č. 10828/84 šlo o povinnost vydat usvědčující písemné doklady v rámci řízení o porušení devizových*

ipsum accusare pokládám za jeden z fundamentálních principů trestního procesu v demokratickém právním státě. Ani toto pravidlo však není bezbřehé a neposkytuje obviněnému absolutní ochranu; zejména toto pravidlo nezakazuje, aby orgány činné v trestním řízení donucovaly obviněného k pasivnímu strpění důkazních úkonů. Při posuzování toho, jaký stupeň ústavněprávní ochrany poskytnout tomuto principu, je třeba zvažovat také obecný zájem společnosti na efektivním výkonu trestní spravedlnosti. Excesivní výklad principu nemo tenetur by mohl vést k paralyzování účinného potírání kriminality. Ochrana společnosti před kriminalitou ospravedlňuje požadavek, aby obviněný strpěl některá přiměřená omezení a aby byl k takovému strpění důkazních úkonů přiměřeně donucován. Takovéto donucení (v našem případě uložení pořádkové pokuty) není porušením ústavních práv a svobod.“

2.4 *Allegro moderato* aneb sjednocující stanovisko a následující judikaturní vývoj: kauzy *nemo tenetur* v civilním řízení a u právnických osob

Rozkolísanou judikaturu ustálilo stanovisko pléna sp. zn. Pl. ÚS-st 30/10, které přijalo závazný právní názor k odebrání pachové stopy, odebrání vzorku vlasů a bukálního stěru z hlediska zákazu donucování k sebeobvinění. Šlo přitom o posouzení právního názoru II. senátu Ústavního soudu ve věci vedené pod sp. zn. II. ÚS 2369/08, který se lišil od názoru vysloveného v nálezech sp. zn. I. ÚS 671/05 a III. ÚS 655/06. Ústavní soud v otázce ústavnosti posouzení kautel aplikace principu *nemo tenetur* ve vztahu k součinnosti obviněného vyžadované v trestním řízení při opatřování důkazů strpěním provedení důkazů, nebo aktivním spolupůsobením při provádění důkazů zaujal tento autoritativní závěr: „*Na úkony dle § 114 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, spočívající v sejmutí pachové stopy, odebrání vzorku vlasů a bukálního stěru, jejichž cílem je získání objektivně existujících důkazů pro forenzní vyšetření a které nevyžadují aktivní jednání obviněného či podezřelého, ale toliko strpění jejich provedení, nelze pohlížet jako na úkony, jimiž by byl obviněný či podezřelý donucován k ústavně nepřijatelnému sebeobviňování. K zajištění součinnosti obviněného či podezřelého při opatřování těchto důkazů je tudíž možno užít zákonných donucovacích prostředků.*“ Odůvodnění plenárního stanoviska v zásadě opakuje argumenty obsažené v odlišném stanovisku soudce Jana Musila ve věci sp. zn. III. ÚS 655/06. Uvedené stanovisko soud aplikoval ve svojí další judikatuře (například v nálezu sp. zn. II. ÚS 2369/08).

V nálezu sp. zn. III. ÚS 3162/12 Ústavní soud posuzoval otázku možnosti uplatnění principu *nemo tenetur* subjekty obligačního vztahu. Ve věci samé šlo v řízení před obecnými soudy o uplatnění regresního nároku pojišťovny vůči pojistníkovi. Právní základ posouzení věci na úrovni podústavního práva byl vymezen ustanoveními zákona č. 168/1999 Sb., o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem vozidla. Podle

a celních předpisů; ve věci John Murray proti Spojenému království č. 14310/88 šlo o porušení práva mlčet při vlastním výslechu; ve věci Saunders proti Spojenému království (rozsudek ze 17. 12. 1996, Recueil VI/1996) šlo o to, zda lze v trestním řízení před soudem použít výpovědi získané předtím pod hrozbou trestní sankce při mimosoudním vyšetřování prováděném obchodními inspektory; ve věci Servés proti Francii (rozsudek z 20. 10. 1997, Recueil VII/1997) šlo o to, že v trestním řízení proti obžalovanému byl u soudu přečten protokol o jeho předchozím svědeckém výslechu, provedeném v jiném (samostatném) trestním řízení vedeném proti ostatním spolupachatelům.“

ustanovení § 8 odst. 1 uvedeného zákona v případě zákonného pojištění motorových vozidel je pojistník povinen bez zbytečného odkladu písemně oznámit pojistiteli, že došlo ke škodné události s uvedením skutkového stavu týkajícího se této události, předložit k tomu příslušné doklady a v průběhu šetření škodné události postupovat v souladu s pokyny pojistitele. Podle odstavce 2 citovaného ustanovení je pojistník povinen pojistiteli bez zbytečného odkladu písemně oznámit, že a) bylo proti němu uplatněno právo na náhradu škody, a vyjádřit se k požadované náhradě a její výši, b) v souvislosti se škodnou událostí bylo zahájeno správní nebo trestní řízení, a neprodleně informovat pojistitele o jeho průběhu a výsledku, c) poškozeným bylo uplatněno právo na náhradu škody u soudu nebo u jiného příslušného orgánu, pokud se o této skutečnosti dozví. V souladu s ustanovením § 10 odst. 1 písm. e) zákona č. 168/1999 Sb. má pojistitel proti pojistníkovi právo na náhradu toho, co za něj plnil, jestliže prokáže, že pojistník bez zřetele hodného důvodu nesplnil povinnost podle § 8 odst. 1, 2 a v důsledku toho byla ztížena možnost řádného šetření pojistitele podle § 9 odst. 3. V dané věci pojistník odmítl splnit povinnost vyplývající z ustanovení § 8 odst. 1, 2 zákona č. 168/1999 Sb. s odvoláním na princip *nemo tenetur* a na čl. 37 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, přičemž soudy I. i II. stupně tuto argumentaci akceptovaly. Pojišťovna v řízení před Ústavním soudem vůči uvedenému namítla argument *regresu ad absurdum*, podle kterého by aprobace takového postupu pojistníka eliminovala zákonnou možnost uplatnění regresního nároku pojišťovny. Ústavní soud vyslovil právní názor, dle něhož „*uplatnění práva odepřít výpověď s odvoláním se na osobu blízkou v souladu s čl. 37 odst. 1 Listiny je namíste pouze v rámci trestního či správního (přestupkového) řízení, ale nikoliv v rámci řízení občansko-právního, ve kterém ve vzájemném vztahu vystupují subjekty, které mají rovné postavení. Poskytnutí informací pojistiteli v souladu se zákonem či smluvním ujednáním účastníků nelze považovat za výpověď, která by mohla způsobit nebezpečí trestního stíhání osobě blízké, neboť pojistitel není státním orgánem [...]. Pojištěný není nucen, aby vypovídal v trestním či správním řízení. Odmítnutí splnění povinností dle § 8 odst. 1 zákona č. 168/1999 Sb. je tak nedůvodné. [...] Občansko-právní důsledky plynoucí pro pojištěného z nesplnění jeho povinnosti informovat pojistitele o skutkovém stavu škodní události (včetně toho, kdo řídil vozidlo), musí nést sám pojištěný. Zásada rovnosti smluvních stran vylučuje, aby jedna ze smluvních stran byla privilegována tím, že nesplnění její smluvní informační povinnosti jí bude tolerováno s odkazem na princip *nemo tenetur se ipsum accusare*; takový postup by vedl ke znevýhodnění druhé smluvní strany.“*

Posledním z řady vybraných rozhodnutí Ústavního soudu k principu *nemo tenetur* je usnesení sp. zn. IV. ÚS 158/13. Stěžovatel, takto obviněný v trestním řízení, jenž byl stíhán za zločin obchodování s lidmi, byl soudem I. stupně vyzván předložit listinné důkazy důležité pro trestní řízení, týkající se činnosti přesně označené obchodní společnosti, jejíž byl společníkem a jednatelem. Poté, co odmítl splnit tuto výzvu soudu s odvoláním na princip *nemo tenetur*, mu byla uložena pořádková pokuta podle § 66 odst. 1 tr. ř. Ústavní soud v odůvodnění svého zamítavého rozhodnutí odkázal v první řadě na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva: „*Původně odmítavé stanovisko Evropského soudu k možnosti vynucovat poskytování dokumentů obchodních společností plynoucí z jeho rozsudku ze dne 25. 2. 1993 ve věci Funke proti Francii (stížnost č. 10828/84) bylo zjevně překonáno rozsudkem velkého senátu ze dne 17. 12. 1996 ve věci Saunders proti Spojenému Království (stížnost č. 19187/91), kde v odst. 69. jmenovaný soud výslovně*

uvedl, že právo neobviňovat sám sebe je primárně spojeno s respektováním vůle obviněné osoby nevyprovídat. Jako obecně uznávané právo v právních systémech smluvních stran Úmluvy i jinde nevztahuje se na užití dokumentů, jež mohou být od obviněného získány donucením, existujících nezávisle na vůli obviněného, jako např. dokumentů získaných na základě příkazu k prohlídce, vzorků dechu, krve, moči a krevní tkáně pro účely testování DNA.“ Následně soud navázal na svůj právní názor vyslovený v stanovisku sp. zn. Pl. ÚS-st 30/10, dle něhož „různý režim získávání důkazů z hlediska práva neusvědčovat sám sebe se opírá o odlišný charakter výpovědi a uvedených důkazů. Posledně jmenované existují objektivně, nezávisle na vůli obviněného, při jejich opatřování je sice postupováno proti vůli obviněného, nevyžaduje se však po něm jeho aktivní součinnost, ale pouze strpení donucovacích úkonů. Naproti tomu výpověď, slovo, neexistuje objektivně, nezávisle na vůli obviněného, a lze je získat jen proti vůli obviněného, je-li tato zlomena fyzickým nebo psychickým donucením, tj. jen když se poníží důstojnost člověka jako svobodné bytosti [...]“ Soud z pohledu komparativního argumentoval i judikaturou Nejvyššího soudu USA relevantní pro posouzení rozhodované věci.⁶⁵ Tenorem rozhodnutí se stal následující závěr: „Základní právo neobviňovat se je osobní povahy, a proto se na ně nemůže odvolávat žádná obchodní společnost ani osoby představující její orgány. Proto obchodní společnost a osoby jako její orgány nemohou bez dalšího oprávněně odmítnout žádosti orgánů veřejné moci o poskytnutí obchodních knih a dokladů obchodní společnosti s poukazem na zákaz obviňovat sám sebe, a tudíž mohou být oprávněně donucovány k jejich nedobrovolnému poskytnutí. Jinak řečeno, pokud statutární orgán obchodní (či jiné) společnosti poskytne záznamy a dokumenty společnosti, jeho jednání nezakládá svědecké sebeobvinění; je nicméně chráněn proti obviňování sebe sama vlastním ústním svědectvím.“

Německá terminologie teorie ústavního práva používá pojem *Grundrechtsdogmatik*, přičemž má na mysli právně relevantní vymezení předmětu ochrany z pohledu jednotlivých základních práv, především na základě judikatury Spolkového ústavního soudu SRN. Pokusme se o totéž ve vztahu k ústavnímu principu *nemo tenetur* (čl. 37 odst. 1 a čl. 40 odst. 4 Listiny základních práv a svobod), a to ve vazbě na judikaturu Ústavního soudu ČR:

Ústavní soud považuje základní právo vyplývající z principu *nemo tenetur*:

- za právo osobní, jehož subjektem je fyzická osoba v trestním řízení v postavení obviněného nebo svědka, případně účastníka nebo svědka ve správním (přestupkovém) řízení, nikoli ale právnícké osoby ani osoby jednající jejich jménem, a ani subjekty

⁶⁵ Viz rozsudek ve věci *Braswell* proti USA [*Braswell v. United States*, 487 U.S. 99, 108 S.Ct. 2284, 101 L.Ed.2d 98 (1988), 493]), podle něhož „držitel obchodních knih a dokladů obchodní společnosti nemůže odporovat donucení směřujícímu k jejich vydání turzením, že vydání samo o sobě by bylo pro něj sebeobviňující. V uvedeném rozsudku Nejvyšší soud USA též uvedl: ‚Dále poznamenáváme, že příznáním dobrodiní plynoucího z páteho dodatku ve prospěch držitelů záznamů kolektivních společností by mělo neblahý dopad na vládní snahu stíhat ‚kriminální bílých límečků‘, jeden z nejzávažnějších problémů, s nimiž jsou konfrontovány úřady prosazující dodržování zákona. Větší část důkazů o nezákonné činnosti organizace nebo jejich zástupců se obvykle nachází v oficiálních záznamech a dokumentech takové společnosti. Měly-li by být tyto neosobní záznamy zastřeny závojem výsady, efektivní prosazování mnohých federálních a státních zákonů by bylo nemožné [...] Pokud by držitelé takových dokumentů uplatňovali výsadu, bylo by mařeno nejenom úsilí těchto úřadů o prosazení zákona vůči jednotlivcům ale také při stíhání organizací.‘“

soukromoprávních vztahů v synallagmatických vztazích; právo svědka odepřít výpověď se přitom nevztahuje na výpověď *en bloc*, nýbrž na jednotlivé otázky (soudu v těchto případech nepřísluší posuzovat relevanci důvodů odmítnutí), toto právo svědka platí i v případě, je-li vůči němu rozhodovaná věc již věcí rozhodnutou,

- z pohledu principu *nemo tenetur* nutno rozlišovat výpověď obviněného a jiné důkazní prostředky – protože tyto existují objektivně, nezávisle na vůli obviněného, při jejich získávání lze postupovat proti vůli obviněného, je ale nepřijatelné vyžadovat při jejich obstarávání jeho aktivní součinnost, přípustné je pouze vyžadovat strpení donucovacích úkonů (nemají-li mučivou povahu, respektive nedotýkají-li se práva na důstojnost); výpověď neexistuje objektivně, nezávisle na vůli obviněného, a lze ji v případě jejího odmítnutí získat pouze proti vůli obviněného, což je s principem *nemo tenetur* v rozporu.

3. HYPOSTÁZE JEDNOHO ZÁKLADNÍHO PŘÁVA

John H. Wigmore, vynikající americký právník, zaměřující se na oblast důkazního práva, na konci 19. století ve studii, která je dodnes jedním ze základních pramenů poznání problematiky principu *nemo tenetur*, vyslovil mimořádně závažnou tezi: „*Sotva existuje nějaká instituce, která je lepším příkladem ilustrace toho, jak historie může zamlžit původ právního principu, zničit všechny stopy jeho skutečného významu, změnit a přepracovat jeho účel a jeho použití, a to při současném zachování totožnosti jeho formy, [...] než pravidlo nemo tenetur.*“⁶⁶

Jaké hodnoty to byly původně a jaké jsou dnes těmi hodnotami, které princip *nemo tenetur* chrání?

Teologická zdrženlivost vůči donucování k sebeobvinění v období patristiky a scholastiky byla spojena s několika účely: s klíčovou rolí akuzčního principu v trestním procesu v té době (donucování jedné strany by porušilo rovnosti stran),⁶⁷ s pochybnostmi při odhalování pravdy v důsledku použití tortury, s obavou před vytvořením společenského systému bezpráví, ve kterém by nikdo nebyl uchráněn před veřejným pronásledováním, jakož i s morální obavou z toho, že donucování složit přísahu *de veritate dicenda* by bylo stimulem pro křivou přísahu. Prolomení akuzčního inkvizitickým principem, spojené s dobou papeže Inocence III. a s vedením soudních procesů proti heretikům, zavedení tortury v období vrcholného středověku předchozí stav mění. Namísto nejrozličnějších podob hereze nastupuje v 16. století protestantismus, v Anglii *nota bene* v kumulaci se zavedením anglikánské státní církve. Zápas o princip *nemo tenetur* spojen se zvláštnostmi anglických dějin, se soupeřením mezi protestantskými anglikány a protestantskými kalvinisty, mezi protestantskou korunou a protestantským parlamentem, se odehrál na jevišti, kterým byly královské soudy Hvězdné komory a Vysoké komise. Nástroji strany protestantských anglikánů a protestantské koruny jsou přísaha *ex officio* a tortura, argumenty strany puritánů a parlamentu kanonický princip *nemo tenetur*, absence pravomoci královských institucí, jakož i měnící se systém *common law*. Spojovat tento vývoj

⁶⁶ WIGMORE, J. H. *Nemo tenetur seipsum prodere*, s. 71.

⁶⁷ K historii akuzčního principu v trestním procesu viz: AMBOS, K. Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und – verfahren aus historischer Sicht. *JURA*. 2008, Heft 8, s. 586–594.

s kategorií svobody by historicky nebylo přesné: „*Středověký člověk nemá vůbec smysl pro svobodu v moderním chápání toho slova. Svobodou je pro něj výsada, a slova se raději užívá v plurálu. [...] Není svobody bez společenství. Svoboda může spočívat jen v závislosti, kdy představený zaručuje podřízenému respektování jeho práv.*“⁶⁸

Američtí puritáni, jsouce buď přímo exulanty, nebo jejich potomky, nesouce si v sobě trpkou zkušenost z pronásledování, vkládají již princip *nemo tenetur* do nového civilizačního vzorce, do kultury svobody jednotlivce. Princip *nemo tenetur* se stává součástí listin práv jednotlivých amerických osad, později přímo obsahem pátého dodatku Ústavy USA. Proměna USA v 20. století na světovou supervelmoc přímo zakládá i vliv Ústavy USA na formování klíčových ústavních a mezinárodněprávních dokumentů, na strukturu a obsah ústav utvářejících se demokracií či na soustavu základních práv a svobod zakotvených v mezinárodních smlouvách. V kontinentální Evropě tento proces probíhá dvěma kroky: prvním je zavedení akuzičního principu v trestním procesu na počátku 19. století, za součást kterého se považuje princip *nemo tenetur*, až druhým je jeho zakotvení v ústavách přijímaných po druhé světové válce, respektive po zhroutilosti se komunistických režimů střední a východní Evropy. Původní intence principu *nemo tenetur*: morální dilema spojené s přísahou *ex officio* a odmítnutí tortury vůči obviněnému se stávají postupně v 19. století minulostí. Princip nabývá nové kontury, nové intence – spojené se sebeidentifikací moderny s kategorií svobodného jednotlivce a s kategorií lidské důstojnosti. Tím se ale otázky nekončí. Modernou nově nastolený problém vztahu jednotlivce a celku vede k nacházení nových proporcí mezi nimi. Trajektorie tohoto vývoje může směřovat, respektive i reálně směřuje k vychýlení kyvadla. V jednotlivosti, na pozadí principu *nemo tenetur* platí slova soudce Jana Musila z jeho výše uvedeného odlišného stanoviska: „*Excesivní výklad principu nemo tenetur by mohl vést k paralyzování účinného potírání kriminality.*“

Právní pojmy, právní instituce lze charakterizovat fenoménem hypostáze, zpodstatnění, povýšením abstrakce na samostatnou kategorii s „vlastním bytím“. Historické impulzy vedou k utvoření idejí, normativních ideálů, dějinné zlomové okamžiky přinášejí jejich institucionalizaci, zpozitivnění, jejich proměnu do podoby pozitivního práva. V tomto okamžiku jako by se začaly od původních kontextů a intencí odpoutávat, „žít“ vlastním bytím, bytím, jež je hermeneutické. Je průmětem nových a nových, neustále se měnících hermeneutických vzorců. Pojem tak postupem času nabývá, respektive může nabýt posunutého, či dokonce rozdílného obsahu a účelu, než byl ten původní. Katalogy základních práv a svobod nevznikají *a priori* formulováním jejich základních kvalifikačních znaků, jako je tomu kupř. u Mendělejevovy periodické tabulky chemických prvků. Katalogy základních práv jsou produktem dějin, historických konfliktů, jsou zrcadlením Jheringova „boje za právo“.⁶⁹ Pouze *ex post* hledáme pro ně analytickou strukturu. *Ex post* vkládáme do nich nové a nové hermeneutické vzorce, jinak řečeno, nové a nové představy o podobě vztahu jednotlivce a celku. A tak i interpretace principu *nemo tenetur*, posouzení jeho extenze, není ničím jiným než hledáním proporcí ve vztazích mezi jednotlivcem a celkem. Nejsme na konci dějin, jak si to představoval Francis Fukuyama

⁶⁸ LE GOFF, J. *La Civilisation de l'Occident médiéval*. Paris: Arthaud, 1964, 1982. Cit dle českého překladu: LE GOFF, J. *Kultura středověké Evropy*. Praha: Vyšehrad, 1991, s. 270–271.

⁶⁹ VON JHERING, R. *Boj za právo. (Kampf um's Recht. 1872)*. Bratislava: Kalligram, 2009.

na počátku 90. let 20. století.⁷⁰ Zakotvení trestní odpovědnosti právnických osob v evropském rámci nepochybně v následujících letech otevře otázku uplatnění principu *nemo tenetur* v novém kontextu. Totéž platí pro jeho posouzení tváří v tvář nastupujícímu „věku terorismu“ – známý případ z dějin kriminalistiky v Německu z roku 2002 i dějin principu *nemo tenetur*, kauza *Gäfgen*,⁷¹ s velkou pravděpodobností v budoucnu nezůstane osamocen. Pokud žádné základní právo v kolizi s jiným základním právem či ústavou chráněným veřejným dobrem nemá přednost *a priori*, ale tato přednost je dána až na základě posouzení metodou proporcionality, otázkou je, zda základní právo vyplývající z principu *nemo tenetur* je výjimkou, je právem absolutním, majícím v takové kolizi přednost za všech okolností, nebo jde o základní právo, jehož uplatnění podléhá testu proporcionality, tj. jde o základní právo které je předmětem poměrování (*Abwägungsfähigkeit*). To, jaké odpovědi najdeme na tyto otázky, bude záležet od naší vzdělanosti, od poznání minulých i současných intencí principu *nemo tenetur*, bude to záležet od hodnot, které jsou našimi ideály, od hledání umírněnosti jejich obsahu a vyváženosti jejich vztahu.

⁷⁰ FUKUYAMA, F. *Konec dějin a poslední člověk. (The End of History and the Last Man. 1992)*. Praha: Rybka Publishers, 2002.

⁷¹ Šlo o případ únosu za účelem vydírání rodičů a následně i vraždy unesené oběti. Vůči únosci policejní vyšetřovatelé s cílem získat informaci o místě pobytu unesené oběti a záchrany jejího života použili nátlak výhrůžkou násilí. V té době byla oběť však již zavražděna. Pachatel poté obvinil vyšetřovatele z porušení zásady *nemo tenetur*, v důsledku čehož byla vůči nim vyvozena trestněprávní odpovědnost. Ve věci samé podal obviněný kvůli porušení principu *nemo tenetur* stížnost Evropskému soudu pro lidská práva (viz *Gäfgen vs. Německo*, rozsudek č. 22978/05 ze dne 30. 6. 2008). Případ vyvolal v Německu rozsáhlou diskusi u odborné i laické veřejnosti (viz např. ERB, V. Nicht Folter, sondern Nothilfe. Wolfgang Daschner wollte den entführten Jakob von Metzler retten. Dafür verdient er den Schutz des Staates. *Die Zeit*. 9. 12. 2004, Nr. 51; GEYER-HINDEMITH, Ch. Straßburg bekräftigt das Folterverbot. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 30. 6. 2008. Dostupné z: <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/gaefgen-urteil-strassburg-bekraeftigt-das-folterverbot-1546690.html>>; KIRN, T. Eine umstrittene Berühmtheit. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 29. 4. 2008. Dostupné z: <<http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/frankfurt/polizei-eine-umstrittene-beruehmtheit-1540869.html>>).

The Birth and present of the Principle *nemo tenetur se ipsum prodere* (Hypostasis of a Fundamental Right)

Pavel Holländer

Abstract: The struggle for the principle *nemo tenetur* connected with the peculiarities of the English history, the rivalry between the Anglicans and the Puritans, among the Protestant crown and the Protestant parliament, took place on the stage, which was the Royal Star Chamber and the High Commission. The tools of the Anglican crown were the oath *ex officio* and torture, the arguments of the Puritans were the canonical principle *nemo tenetur*, the lack of powers of royal institutions, as well as changing the system of common law. In continental Europe, this process takes place in two steps: the first is the introduction of an adversarial principle in the criminal process at the beginning of the 19th century, which is considered the principle *nemo tenetur*, the second is its inclusion in the constitution adopted after World War II, respectively after the collapse of the communist regimes of Central and Eastern Europe. The original intentions of the principle *nemo tenetur*: the moral dilemma associated with the oath *ex officio* and the rejection of torture against the accused, are in the 19th century becoming gradually obsolete. The principle takes on new contours, new intentions – associated with self-identification of modernity with the category of individual freedom and categories of human dignity.

Key words: *nemo tenetur* and the English history of the 15th and 16th centuries, the fifth amendment to the US Constitution, *nemo tenetur* and the European legal history of the 19th century, *nemo tenetur* in the jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic, hypostases *privileges nemo tenetur*