

Soudcovské dotváření pravidel dělení důkazního břemena

Petr Lavický*

Abstrakt: Článek se zabývá otázkou, zda je soudce oprávněn odchýlit se od základního pravidla nebo od zvláštních pravidel dělení důkazního břemena. Důvodem pro takový postup nemohou být spravedlnostní úvahy odůvodněné jedinečnými okolnostmi konkrétní věci. Soudce se však může od pravidel dělení důkazního břemena odchýlit, pokud jsou splněny metodologické předpoklady soudcovského dotváření práva; taková situace se pak označuje jako tzv. obrácení důkazního břemena. Základním předpokladem obrácení důkazního břemena cestou soudcovského dotváření práva je proto existence mezery v zákoně. Typicky půjde o případy, kdy zákon bude obsahovat zvláštní pravidlo dělení důkazního břemena pro určitou situaci, avšak bez jakéhokoliv rozumného důvodu stejné zvláštní pravidlo nevztáhne na skutkovou podstatu obdobnou. Mohou se vyskytnout i jiné situace, kdy doslovné znění pravidla dělení důkazního břemena bude v rozporu s teleologickým pozadím předpisu upravujícího civilní řízení soudní, respektive obecnými právními principy. O takový případ půjde především tehdy, pokud bude strana – typově vzato – zatížena rizikem důkazní nouze ohledně těch znaků skutkové podstaty, ohledně nichž vůbec nemůže podat důkaz. K obrácení důkazního břemena by však nemělo docházet tam, kde lze porušení principu rovnosti, popřípadě jiné teleologické důvody zcela uspokojivě odstranit pomocí jiných procesních nástrojů, např. volným hodnocením důkazů.

Klíčová slova: důkazní břemeno, obrácení důkazního břemena, soudcovské dotváření práva, meze v zákoně, zmaření důkazu

Uvedení do problému

Rozdělení důkazního břemena mezi strany civilního sporného řízení nemůže být vzhledem k principům právní jistoty a rovnosti ponecháno volnému uvážení soudce, ale musí být obecně regulováno právními pravidly. Tato pravidla dělení důkazního břemena vytvářejí systém, v jehož jádru se nalézá tzv. základní pravidlo dělení důkazního břemena, doplněné pravidly zvláštními. Byť základní pravidlo není ve všech právních řádech výslovně upraveno, jeho existence se všeobecně uznává, stejně jako to, že má povahu pravidla právního. Zvláštní pravidla, která základní pravidlo modifikují, mají nejčastěji podobu vyvratitelných zákonných domněnek; v ojedinělých případech obsahují právní předpisy také výslovná speciální pravidla dělení důkazního břemena.

Stanovení pravidel dělení důkazního břemena, jak vyplývá z uvedeného, je v právním státě založeném na principu dělby moci věcí zákonodárce, a nikoliv soudce. Soudce pouze pravidla vytvořená nebo uznaná zákonodárcem interpretuje a aplikuje při projednávání a rozhodování jednotlivých sporů. Přitom může čelit situaci, kdy se tato pravidla nebudou jevit jako vyhovující. Např. strana zatížená důkazním břemenem nebude moci podat důkaz rozhodné skutečnosti proto, že její protistrana zničila listinu, kterou mohl být důkaz úspěšně veden. Má za této situace soudce použít předem daných obecných pravidel dělení důkazního břemena a rozhodnout v neprospěch strany zatížené důkazním břemenem, nebo může zohlednit to, že strůjcem stavu *non liquet* je její odpůrce? Může takové zohlednění mít dokonce podobu obrácení důkazního břemena, tj. přesunutí důkazního břemena

* Doc. JUDr. Petr Lavický, Ph.D., odborný asistent na katedře občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. E-mail: 11233@mail.muni.cz

na odpůrce strany, která by jinak – tj. podle základního pravidla dělení důkazního břemena, nebo podle zákonných vyvratitelných domněnek či podle výslovných zvláštních pravidel dělení důkazního břemena – byla zatížena důkazním břemenem? V uvedeném příkladu zmaření důkazu by to znamenalo, že strana, která zničila listinu či jinak znemožnila podání důkazu, by musela podat plný důkaz opaku toho, co ve svém přednesu uvedla strana zatížená důkazním břemenem; stav *non liquet* by šel k její tíži.

Právě otázkou, zda soudce je vůbec oprávněn odchýlit se od základního pravidla dělení důkazního břemena nebo od zvláštních zákonných pravidel, a tím měnit zákonné rozdělení rizika důkazní nouze, se zabývá tento článek.

1. Může se soudce odchýlit od pravidel dělení důkazního břemena?

V procesualistické literatuře se soudci zcela kategoricky upírá možnost *ad hoc* odchýlit se od pravidel dělení důkazního břemena na základě vlastních spravedlnostních úvah v jednotlivém případě. Takový postup by se přičil principu rovnosti, neboť by stejné situace mohly být v různých řízeních posuzovány různě, a nikoliv stejně, a samozřejmě také principu předvídatelnosti, jež je jádrem právní jistoty. Při zvažování vyhlídek na úspěch ve věci je pro strany mimořádně důležité, aby věděly, ohledně jakých neobjasněných znaků skutkové podstaty budou zatíženy nepříznivými následky. Rozdělení rizika důkazní nouze musí být regulováno pomocí abstraktních pravidel, neboť jedině tak je pro strany dopředu seznatelné, a nikoliv až úvahou soudu podle konkrétních okolností daného případu. Okolnosti konkrétní věci lze zohlednit jenom při hodnocení důkazů, a nikoliv pružným *ad hoc* přesouváním objektivního důkazního břemena.¹

Může tedy soudní moc modifikovat základní pravidlo dělení důkazního břemena nebo zvláštní zákonná pravidla dělení důkazního břemena, a přitom zároveň zachovat zmíněné požadavky rovnosti a předvídatelnosti? Jedinou přijatelnou variantu představuje tzv. soudcovské dotváření práva, které v určitých typově vymezených situacích doplňuje právní úpravu o pravidlo překlenující mezeru v úpravě dělení důkazního břemena. Právě takový postup je převážně označován jako tzv. obrácení důkazního břemena, byť nejen v naší, ale i v zahraniční literatuře se tímto výrazem někdy vystihuje pouze to, že zákonná úprava obsahuje výslovné pravidlo dělení důkazního břemena či vyvratitelnou domněnku, které riziko důkazní nouze rozdělují mezi strany opačně než základní pravidlo, popřípadě se používá ve významu odpovídajícím pojmu konkrétního břemena vedení důkazu.² Není však důvodu, proč by jevy, jež jsou popsány jinými pojmy, měly být označovány jako obrácení důkazního břemena; nemluvě o tom, že konkrétní břemeno vedení důkazu nemá se stavem *non liquet* nic společného, ale vypovídá pouze o tom, která procesní strana má podat důkaz v situaci, kdy soud na základě hodnocení provedených důkazů dospěl průběžně k určitému závěru ohledně pravdivosti nebo nepravdivosti skutkového tvrzení. Proto se v této práci pojem obrácení důkazního břemena používá výlučně pro odchýlení se od

¹ K tomu v zahraniční literatuře srov. např. AHRENS, H. – J. *Der Beweis im Zivilprozess*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2015, s. 192. AHRENS, H. – J. Die Verteilung der Beweislast. In: LORENZ, E. (ed.). *Karlsruher Forum 2008: Beweislast*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 2009, s. 12. LAUMEN, H. W. In: BÄUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*. 3. vydání. Köln – München: Carl Heymanns Verlag, 2016, s. 168–169, 174–175. PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur ZPO*. 4. vydání. München: C. H. Beck, 2013, komentář k § 286, marg. č. 93, 108. U nás k tomu podrobněji viz LAVICKÝ, P. Flexibilní důkazní břemeno. *Právní rozhledy*. 2016, č. 22, s. 763 an., nebo LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha: Leges – Česká společnost pro civilní právo procesní, 2017, s. 225 an.

² K tomu viz LAVICKÝ, P. *Flexibilní důkazní břemeno*, s. 763 an. a literatura v tomto článku citovaná. Srov. též WINTEROVÁ, A. In: WINTEROVÁ, A. – MACKOVÁ, A. a kol. *Civilní právo procesní*. 7. vydání. Praha: Linde, 2014, s. 250–251.

základního pravidla dělení důkazního břemena nebo od zvláštních zákonných pravidel jeho dělení cestou soudcovského dotváření práva. Důkazním břemenem se má v této souvislosti na mysli objektivní důkazní břemeno, a nikoliv konkrétní břemeno vedení důkazu.

Existují různé názory na to, zda je vůbec myslitelné touto cestou modifikovat základní pravidlo dělení důkazního břemena nebo zvláštní zákonná pravidla jeho dělení. Možnost obrácení důkazního břemena v naší literatuře odmítá J. Macur.³ Takový postup se podle jeho stanoviska „*dostává do rozporu s obecnou legislativní úpravou*“. Obrácení důkazního břemena může spočívat jenom v tom, že obecná normativní úprava určitý skutkový znak nezahrne pod skutkovou podstatu základní normy, ale učiní jej součástí skutkové podstaty protinormy. Připouští-li J. Macur modifikaci základního pravidla dělení důkazního břemena jenom prostřednictvím zákona,⁴ logicky tím zároveň vylučuje, aby tato pravidla byla doplňována cestou soudcovského dotváření práva.⁵

Většina procesualistů tento názor nesdílí a obrácení důkazního břemena připouští za předpokladu, že budou dodrženy metodologické požadavky, jež jsou obecně stanoveny pro soudcovské dotváření práva. Kritizuje se spíše to, že rozhodovací praxe ne vždy tyto předpoklady dodržuje a uchyluje se k modifikaci pravidel dělení důkazního břemena tam, kde lze problém důkazní nouze řešit jinou cestou.⁶

S tím je nutno souhlasit. Absolutní odmítnutí možnosti obrácení důkazního břemena se ocitá v rozporu s přístupem k soudcovskému dotváření práva, který je zastáván nejen v nám příbuzném německém, rakouském či švýcarském právním prostředí, ale také v naší literatuře.⁷ Připouští se totiž, aby za určitých přesně vymezených předpokladů soudní rozhodnutí doplnilo právní řád o další pravidlo; k nim viz dále. Tvorba právních pravidel není pochopitelně úkolem justice, ale zákonodárce. Proto také představuje soudcovské dotváření práva z hlediska množství pravidel tvořících právní řád zcela zanedbatelnou výjimku, již má být překlenuta zákonodárcem neplánovaná mezera v zákoně. Podstatné je rovněž to, že soudcovské dotváření práva, jak bude ukázáno dále, se sice odchyľuje od textu zákona, ale doplňuje jej o pravidlo souladné s jeho účelem. Konečně soudcovské dotváření práva se může uplatnit ve většině právních odvětví; nelze nijak zdůvodnit, proč by mělo být výjimkou právě civilní právo procesní nebo ta jeho část, která se týká dělení důkazního břemena.

Problémem tedy není to, zda se může soudcovské dotváření práva uplatnit také ohledně pravidel dělení důkazního břemena. Správně položená otázka míří na předpoklady, za nichž mohou být pravidla dělení důkazního břemena touto cestou modifikována. Těmito předpoklady se zabývá následující text. V něm jsou nejprve vztaženy obecné poznatky o soudcovském dotváření práva na oblast dělení důkazního břemena; vyústění této pasáže představuje konkretizace předpokladů soudcovského dotváření pravidel dělení důkazního břemena. V následující partii jsou pod zorným úhlem těchto závěrů kriticky posuzovány některé typické situace, v nichž se v rozhodovací praxi civilních soudů soudcovská pravidla dělení důkazního břemena uplatňují.

³ MACUR, J. *Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu*. Brno: MU, 1996, s. 90–91.

⁴ Jinak zřejmě výrazy „obecná legislativní úprava“ nebo „obecná normativní úprava“ přeložit nelze.

⁵ Na s. 89 téže monografie však J. Macur při kritice nauky o principech dělení důkazního břemena uvádí, že obsahová kritéria mohou být pohnutkou nejen k určité legislativní úpravě, ale popřípadě též k soudcovské tvorbě práva. Ohledně soudcovského dotváření pravidel dělení důkazního břemena tedy Macurova monografie vyznívá vnitřně rozporně.

⁶ Srov. např. AHRENS, H. – J. *Der Beweis im Zivilprozess*, s. 214–215 a literaturu tam citovanou.

⁷ K tomu srov. nejen dále citované prameny, ale z těch starších např. KNAPP, V. *Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích*. *Právník*. 1969, roč. 108, č. 2, s. 86 an. KNAPP, V. *Přínos střeoevropského soudnictví k evropské právní kultuře*. *Právník*. 1993, roč. 132, č. 9, s. 725 an. ZOULÍK, F. *Soudcovské právo*. In: *Teoretické problémy práva na prahu 21. století. Pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc.* Praha: Karolinum, 2002, s. 91 an.

2. Předpoklady soudcovského dotváření práva obecně

Především v německy psané odborné literatuře se rozlišuje mezi soudcovským dotvářením práva⁸ a pouhou interpretací (označovanou také jako interpretace ve vlastním či úzkém slova smyslu, popřípadě nalézání práva *secundum legem*).⁹ Kritérium, podle něhož se od sebe odlišují, se převážně spatřuje v jazykovém významu ustanovení zákona. Pokud lze závěr podřadit pod nejširší možný jazykový význam textu zákona, pohybujeme se v oblasti interpretace. Je-li však nejširší možný slovní význam zákonného ustanovení překročen, představuje učiněný závěr dotváření práva.¹⁰ Zatímco interpretace se pohybuje *intra verba legis*, tj. nejširší možný jazykový význam právní normy konkretizuje, vyjasňuje a rozvíjí, dotváření práva je překračuje, tj. vyplňuje oblast *praeter verba legis*, popřípadě se od jazykového významu odchyluje, tj. působí *contra verba legis*.¹¹

Zdaleka ne vždy je možno jednoznačně a na první pohled určit, co přesně ještě odpovídá nejširšímu jazykovému významu znění zákona a co jej již překračuje. Pomůcku představuje tzv. model tří oblastí, podle něž je možno u každého pojmu rozlišovat jádro pojmu, jeho neurčitou část a oblast nacházející se mimo rozsah pojmu.¹² V analytické teorii řeči se tyto oblasti označují jako pozitivní, neutrální a negativní kandidáti.¹³ Soudcovské dotváření práva *praeter verba legis* cestou analogie vztahuje právní normu na situace nacházející se v oblasti mimo rozsah pojmu. Tím se liší od extenzivní interpretace, která se pohybuje v neurčité části pojmu. Pro soudcovské dotváření práva *contra verba legis* platí, že se cestou teleologické redukce právní norma nepoužije v situaci, která nepochybně spadá pod oblast jádra pojmu. Tím se odlišuje od restriktivní interpretace, která vylučuje z dosahu právní normy situace náležející pod oblast neurčité části pojmu a omezuje ji toliko na případy, jež lze subsumovat pro jádro pojmu.

Soudcovské dotváření práva slouží k vyplňování mezer v zákoně, tj. k překlenutí situace, kdy chybí právní norma, jejíž skutková podstata by při nejširším možném jazykovém významu byla přímo použitelná na posuzovanou věc.¹⁴ Pojem mezery v zákoně vlastně

⁸ V následujícím textu je řeč o soudcovském dotváření práva, které se pohybuje v mezích teleologie zákona a slouží k vyplňování mezer (tzv. *gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*). Stranou se nechává problematika soudcovského dotváření práva, které překračuje tuto hranici a spočívá na vůdčích principech celého právního řádu (tzv. *grenzüberschreitende Rechtsfortbildung*). LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1991, s. 366.

K soudcovskému dotváření práva překračujícímu zákon viz např. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 239 an. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 413 an.

⁹ Na soudcovské dotváření práva se odvolávají také německé právní předpisy. Poprvé se zmínka o něm objevila v souvislosti s povinností předložit věc velkému senátu roku 1935 v § 137 *Gerichtsverfassungsgesetz* (nyní jde o jeho § 132 odst. 4). Dotváření práva se používá též při vymezení připustnosti opravných prostředků (viz § 511 odst. 4 bod č. 1, § 534 odst. 2 bod č. 2, § 566 odst. 4 bod č. 2 ZPO). K tomu viz WIEDEMANN, H. *Richterliche Rechtsfortbildung. Neue Juristische Wochenschrift*. 2014, s. 2407.

¹⁰ K tomu srov. např. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 55, 183–186, 239–240. BYDLINSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. vydání (přepřeloval P. Bydlinski). Wien: Facultas, 2012, s. 76–77. WENDEHORST, Ch. – ZÖCHLING-JUD, B. *Privatrecht. Teil II*. 4. vydání. Wien: MANZ, 2014, s. 11. MAULTZSCH, F. *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 23. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 366. CANARIS, C. W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964, s. 198. V naší literatuře MELZER, F. *Methodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 212–214, HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 217–218.

¹¹ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 55.

¹² MELZER, F. *Methodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 213. WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 45 an. ŠVÁRA, O. Metodologická hodnota nauky o třech oblastech pojmu. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Methodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 300 an. Zčásti kriticky viz SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva, 2011, s. 311, 312.

¹³ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 62.

¹⁴ BYDLINSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, s. 81. K různým názorům na mezery v právu a v zákoně v české nauce viz PULKRÁBEK, Z. K problému (otevřenosti) psaného práva a možnostem jeho dotváření. *Právník*. 2000, roč. 139, č. 11, s. 1025 an. V oblasti procesního práva viz STEINER, V. *Základní otázky občanského práva procesního*. Praha: Academia, 1981, s. 118 an.

vyjadřuje hranice soudcovského dotváření práva.¹⁵ Claus-Wilhelm Canaris, autor základní monografie věnované této problematice, vymezuje mezeru v zákoně jako protiplánovou neúplnost uvnitř pozitivního práva (tj. zákona v rámci jeho možného jazykového významu a obyčejového práva), poměřovanou měřítkem celého platného právního řádu. Totéž vyjadřuje jinými slovy tak, že mezeru v zákoně existuje tehdy, pokud zákon v rámci jeho nejširšího možného jazykového významu ani obyčejové právo neobsahují určité pravidlo, ačkoliv právní řád jako celek takové pravidlo vyžaduje.¹⁶

Citované obecně uznávané vymezení mezery v zákoně je založeno na dvou znacích. Prvním je neúplnost zákona, tím druhým, že tato neúplnost nebyla z hlediska zákonodárce v plánu, tj. je „protiplánová“. Neúplnost zákona znamená, že předpis neobsahuje pravidlo pro takovou otázku, pro niž by z hlediska záměru zákona pravidlo obsahovat měl.¹⁷ Neúplnost je tedy nutno posuzovat z hlediska zákona, tj. z pohledu záměru právní úpravy, jejího účelu, či jinak řečeno z hlediska legislativního plánu.¹⁸

Důraz na protiplánovost mezery v zákoně (z hlediska záměru zákonodárce) klade také český Ústavní soud. V nálezu III. ÚS 2264/13 (viz odstavce 16 a 17) konstatuje, že „soudce zásadně není oprávněn vyplnit vědomou mezeru v zákoně. Pokud je hodnotově nekoherentní úprava zákonodárcem skutečně chtěná (je si vědom rozporu s teleologickým pozadím právního řádu, a přesto takovou úpravu přijme), je tím posílen demokratický princip a princip dělby moci, když tvorba práva přísluší primárně demokraticky zvolenému zákonodárci, nikoli soudci.“ V takovém případě je možné pouze zrušení ustanovení právního předpisu pro rozpor s principem rovnosti.¹⁹ Kramer stejnou myšlenku vyjadřuje tak, že protiplánovou absencí určitého pravidla musí být možno dovodit z platného právního řádu, tj. z teleologicky posuzovaného *lex lata*; nepostačí úvahy *de lege ferenda*, které nemají dostatečný základ v platném právu. Jinak řečeno, musí jít o mezeru *de lege lata*, a nikoliv *de lege ferenda* (právně politickou mezeru).²⁰

Nález Ústavního soudu klade větší důraz na vědomé rozhodnutí zákonodárce (někdy se mluví o vědomé mezeře), tj. vyzdvihuje historický výklad, E. Kramer naproti tomu se zmiňuje o teleologické interpretaci. Jedno ale nevylučuje druhé, neboť při zjišťování plánu zákona je nutno použít jak historického, tak i teleologického výkladu. Zohlednit je zapotřebí, jak uvádí K. Larenz, nejen záměry a vědomě učiněná rozhodnutí zákonodárce, ale také objektivní právní účely a obecné právní principy (typickým příkladem je princip rovnosti požadující, aby se se stejným zacházelo stejně).²¹

¹⁵ To platí pro zákonu imanentní soudcovské dotváření práva, nikoliv pro dotváření práva překračující plán zákona (tím se ale tento článek nezabývá, jak bylo uvedeno shora). Viz LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 370.

¹⁶ CANARIS, C. W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 30, 39, 198. Zmínka o obyčejovém právu znamená, že pokud sice určité pravidlo není součástí zákona, ale je alespoň součástí obyčejového práva, nejde o mezeru a není dán důvod pro použití analogie. S odkazem na Canarise vymezuje v podstatě shodně pojem mezery v zákoně také Kramer; jediným rozdílem je, že vypouští zmínku o obyčejovém právu. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 191. Obdobně jako Canaris také Larenz konstatuje, že mluví-li o zákonu, rozumí tím zkrácený výraz pro souhrn aplikace způsobilých právních pravidel vyjádřených v zákonech nebo v obyčejovém právu. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 370. Obecně se však uznává, že pokud jde o oblast dělení důkazního břemena, je obyčejové právo bez významu. Viz MUSIELAK, H. J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1975, s. 320 a dále tam citovaná v pozn. č. 218.

¹⁷ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 372.

¹⁸ *Ibidem*, s. 373.

¹⁹ Soudcovského dotváření práva se týká i řada dalších nálezů Ústavního soudu, v nichž se např. uvažuje o tom, kdy je soudce oprávněn a povinen odchýlit se od doslovného znění zákona (Pl. ÚS 21/96, jenž je hojně citován v dalších nálezech; z poslední doby např. Pl. ÚS 9/15, bod 13.).

²⁰ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 192, 194–195.

²¹ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 373–375.

Mezery v zákoně se třídí do různých kategorií. Vzhledem k tématu tohoto článku bude pozornost věnována rozlišování mezer pravých (technických, logických) a nepravých (teleologických), a dále mezer otevřených a skrytých.²²

Existence pravé mezery je natolik závažná, že bez jejího vyplnění nelze právní případ posoudit;²³ aplikace jedné právní normy totiž předpokládá existenci právní normy jiné, avšak ta chybí a existující právní normu bez ní nelze vůbec použít.²⁴ Soudce tak vlastně stojí před volbou, zda má odepřít rozhodnout ve věci, nebo doplnit zákon; vzhledem k existenci zákazu *denegatio iustitiae* je ale v těchto případech nucen právo dotvořit.²⁵ V oblasti civilního práva procesního taková situace hrozila na konci roku 2013. Blížilo se nabytí účinnosti nového občanského zákoníku, ale nové procesní předpisy, které byly nezbytným předpokladem pro projednávání věcí patřících do nesporného řízení, nebyly stále přijaty. K tomu došlo až na poslední chvíli. Pokud by se tak nestalo, vznikla by pravá mezera např. ohledně postupu soudu při prohlášení za nezvěstného. Předchozí hmotně-právní úprava s tímto institutem nepočítala, a proto na něj nereagovalo ani procesní právo; obecná pravidla sporného řízení by na ně aplikovat nešla. Pokud by nebyl přijat na konci roku 2013 zákon o zvláštních řízeních soudních, zcela by chyběla procesní pravidla, podle nichž by měl soud při prohlášení za nezvěstného postupovat. Zřejmé by pak takovou mezera musel uzavřít analogickou aplikací ustanovení o řízení o způsobilosti k právním úkonům jakožto obsahem a účelem nejbližšího nesporného řízení. Bez vyplnění této mezery by soud nemohl vůbec rozhodnout; šlo by tedy o odepření spravedlnosti v pravém slova smyslu, nikoliv jenom o odepření obsahově spravedlivého rozhodnutí.

Nepravá mezera nevede k *denegatio iustitiae*. Právní posouzení věci je sice možné, ale v porovnání s jinou obdobnou skutkovou podstatou, která je v zákoně výslovně upravena, přináší bez jakéhokoliv rozumného důvodu odlišné řešení; tím se ocitá v rozporu s principy rovnosti a hodnotové bezrozpornosti právního řádu.²⁶ Tato situace je jenom zdánlivě méně závažná než existence pravé mezery. Princip rovnosti je ústavním principem, a podústavní právo s ním nesmí být v rozporu; tím je bezpochyby odůvodněno soudcovské dotváření práva i v případě nepravých mezer.

Nepravá mezera může být buď otevřená, nebo skrytá. Nepravou otevřenou mezera představuje situace, kdy je text zákona formulován příliš úzce. Jeho nejširší jazykový význam dopadá na určitou skutkovou podstatu, ovšem bez rozumného důvodu se nevztahuje na jinou, obdobnou skutkovou podstatu. Takovou mezera je nutno uzavřít pomocí analogie zákona.²⁷ O nepravou skrytou mezera jde naproti tomu tehdy, pokud text zákona dopadá na určitou situaci, ačkoliv by na ni dopadat neměl. Lze také říci, že v zákoně obsažené pravidlo by z hlediska jeho smyslu a účelu potřebovalo určité omezení, avšak toto omezení v zákoně chybí a jeho absence se jeví jako mezera.²⁸ Jazykový význam textu

²² K problémům s terminologií viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 224 a 225, pozn. č. 598.

²³ HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 17–18.

²⁴ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 215, 229.

²⁵ CANARIS, C. W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 199. Naproti tomu F. Melzer obecně zákaz odmítnutí spravedlnosti za legitimační důvod dotváření práva nepovažuje. Spatřuje jej v porušení principu účelnosti, podle něž nelze rozumně očekávat, že zákonodárce nebude vytvářet právní normy, které nebude vůbec možno aplikovat. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 219, 226. Příklad s řízením o prohlášení za nezvěstného, který je dále uváděn v textu tohoto článku, však dokládá, že pravá mezera skutečně k odepření spravedlnosti (rozhodnutí ve věci) vést může, respektive by mohla, pokud by nebyla vyplněna. O tom, že pravá mezera je zároveň v rozporu s principem účelnosti, samozřejmě není pochyb. Pro vlastní téma soudcovského dotváření pravidel dělení důkazního břemena je ale tato otázka zcela marginální.

²⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 215.

²⁷ GRIGOLEIT, H. Ch. – NEUNER, J. *Claus-Wilhelm Canaris, Gesammelte Schriften*. De Gruyter, 2012, s. 116–117.

²⁸ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 370, 377.

zákonu je příliš široký, a proto je nutno jej pomocí teleologické redukce zúžit; nestačí pouhý restriktivní výklad omezující uplatnění právní normy na oblast jádra pojmu, ale ze samotného jádra pojmu se odebrá něco, co by do něj podle jazykového významu patřilo. Jinak řečeno, v zákoně chybí výjimka z jazykově široce formulovaného pravidla.²⁹

Při posuzování možnosti dotváření práva v konkrétním případě, je nutno podle F. Melzera poměřovat kolidující právní principy. Těmi jsou princip právní jistoty, princip dělbý státní moci a demokratický princip na straně jedné, a princip účelnosti, princip bezrozpornosti právního řádu a princip rovnosti na straně druhé;³⁰ dle názoru zastávaného v tomto článku sem patří – pokud jde o právé mezery – také zákaz odepření spravedlnosti. V případě teleologické redukce F. Melzer ve shodě s F. Bydlinkem zdůrazňuje, že se více dotýká právní jistoty než analogie; proto „*musí být právní principy hovořící ve prospěch teleologické redukce (zejména princip bezrozpornosti a s ním příbuzný princip rovnosti) dotčeny v takové míře, že převáží nad principem právní jistoty*“.³¹ Toto posuzování samozřejmě nemůže být založeno na jedinečných okolnostech konkrétního případu, nýbrž ve vztahu k abstraktně vymežitelné skupině případů.³² Jde totiž o uzavírání mezer zákona (tj. protiplánové neúplnosti obecné normativní úpravy), a nikoliv o hledání individuální spravedlnosti v jednotlivé věci.

Vyplnění mezer v zákoně pomocí analogie (včetně argumentu *a minori ad maius*, *a maiori ad minus* či argumentu *a contrario*) nebo teleologické redukce (restrikce) musí být provedeno tak, aby odpovídalo účelu zákona. Ostatně právě výraz teleologická redukce (restrikce) to vyjadřuje sám o sobě dosti jasně: příliš široký text zákona je s ohledem na jeho účel a smysl omezen (redukován),³³ v důsledku čehož se nepoužije na situaci, na níž by sice dopadal podle jazykového významu, ale nikoliv podle svého smyslu a účelu.

3. Konkretizace předpokladů soudcovského dotváření pravidel dělení důkazního břemena

Pravidla dělení důkazního břemena vytvářejí určitý systém.

Jeho jádrem je základní pravidlo, podle něžž je každá strana zatížena důkazním břemenem a břemenem tvrzení ohledně skutkových znaků jí příznivé právní normy. Pomíne-li speciální případy (typicky negativní určovací žaloby), je žalobce zatížen důkazním břemenem ohledně znaků skutkové podstaty nárokové normy, zatímco žalovaného tíží důkazní břemeno ve vztahu ke znakům skutkové podstaty protinormy zabraňující vzniku nároku, způsobující zánik nároku či jeho prosaditelnosti. Nebude-li v řízení o zaplacení odměny za zprostředkování zjištěno, že byla uzavřena zprostředkovatelská smlouva, soud rozhodne tak, jako by dokazováním zjistil, že tato smlouva uzavřena nebyla. Zůstane-li ve sporu o zaplacení kupní ceny neobjasněna otázka, zda žalovaný dlužník zaplatil, soud rozhodne tak, jako by dokazováním zjistil, že dlužník nezaplatil.

²⁹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 213. Podaný výklad potvrzuje postřeh Wiedemanna, že jak analogie, tak teleologická redukce spočívají na zásadě rovnosti, akorát jsou odlišně formulovány: první z nich směřuje k tomu, aby se se stejným nakládalo stejně, druhá chce, aby to, co není stejné, nebylo stavěno sobě na roveň. WIEDEMANN, H. *Richterliche Rechtsfortbildung*, s. 2411. Ostatně porušení principu rovnosti, jak bylo shora uvedeno, je tak říkajíc pojmovým znakem nepravé mezery v zákoně.

³⁰ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 215 an., 234.

³¹ *Ibidem*, s. 215 an., 251.

³² Srov. BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer, dotisk 2011, s. 480.

³³ Srov. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 391.

Základní pravidlo doplňují pravidla zvláštní, ať již jde o výslovná zákonná pravidla (např. § 4 odst. 1 zákona o obchodních korporacích nebo § 1111 o. z.), nebo o zákonné vyvratitelné domněnky; těch je daleko větší množství, než výslovných zákonných pravidel (např. § 7, § 27, § 573, § 776, § 994, § 1050, § 2053 a další o. z.).

Pro úvahy o mezerách v tomto systému je podstatný vztah základního pravidla a zvláštních pravidel. Tento vztah je založen na poměru obecného a zvláštního, tj. zvláštní pravidla mají před základním pravidlem přednost, avšak nedopadá-li na určitý znak skutkové podstaty zvláštní pravidlo, použije se základního (a v tomto smyslu obecného) pravidla dělení důkazního břemena.

Z toho plyne, že prává mezera v případech pravidel dělení důkazního břemena nemůže nastat. Chybí-li totiž pravidlo zvláštní (což je u důkazního břemena obvyklá situace), uplatní se pravidlo základní. O pravé mezeře by bylo možno uvažovat pouze v těch právních řádech, které žádné základní pravidlo výslovně neupravují, a dále za předpokladu přijetí extrémně pozitivistického stanoviska stavícího rovnítko mezi pojem práva a text zákona. Nedostatek výslovné zákonné úpravy základního pravidla dělení důkazního břemena se týká nejen současné české právní úpravy, ale je z komparativního hlediska poměrně častý; platí – byť pokaždé z jiného důvodu – i pro nám příbuzné civilněprocesní oblasti rakouského a německého práva. Přesto se však i v těchto právních řádech existence základního pravidla uznává, a to jako pravidla právního, tj. pravidla, které je součástí pozitivního práva. Stejně tak i v českém právním řádu lze základní pravidlo důkazního břemena považovat za právní pravidlo obsažené v nepsaném prameni práva.³⁴ V takovém případě nemůže nastat situace, která by za stavu *non liquet* neumožňovala soudci rozhodnout. Vždy totiž bude mít k dispozici přinejmenším základní pravidlo dělení důkazního břemena, jež pokrývá všechny ty situace, na něž nedopadají pravidla zvláštní.³⁵

Konec konců i samotný pojem obrácení důkazního břemena naznačuje, že není na místě uvažovat o pravé mezeře v systému pravidel dělení důkazního břemena. Obrácení důkazního břemena znamená jeho odlišné (opačné) posouzení oproti pravidlu, které podle svého jazykového znění na určitou skutkovou podstatu dopadá, ač by nemělo. Pokud by takové pravidlo neexistovalo, nemělo by rozumný smysl uvažovat o „obracení“, protože by nebylo co „obrátit“.

Mezery v systému pravidel důkazního břemena tak mohou být pouze mezerami nepravými (teleologickými). Shora popsany systém pravidel dělení důkazního břemena rovněž znamená, že na stav *non liquet* ohledně jakéhokoli znaku skutkové podstaty vždy dopadá buď zvláštní, nebo základní pravidlo dělení důkazního břemena; nejsou znaky skutkové podstaty, na něž by se tato pravidla nevztahovala. Proto nepravá mezera bude mít vždy povahu mezery skryté:³⁶ na určitý znak skutkové podstaty sice bude nějaké pravidlo dělení důkazního břemena dopadat, avšak dopadat by na něj nemělo. Chybí pravidlo stanovující výjimku z tohoto (buď základního, nebo zvláštního zákonného) pravidla. Mezery v zákoně – pro jednodušší vyjadřování pod zákonná pravidla zahrnujeme i základní pravidlo dělení důkazního břemena – je nutno uzavřít shora popsáním způsobem pomocí teleologické redukce. Ta může být někdy kombinována s analogií; např. teleologickou redukcí se vyloučí uplatnění základního pravidla dělení důkazního břemena a na znak skutkové

³⁴ Podrobně k tomu viz LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*, s. 138 až 143.

³⁵ Obdobně MUSIELAK, H. J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, s. 314.

³⁶ PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 613, připouští také otevřenou mezery. To ale vzhledem k důvodům uvedeným v tomto článku nepovažujeme za přesné.

podstaty se analogicky vztáhne výslovné zákonné pravidlo či zákonná vyvratitelná domněnka, jež jsou předepsány zákonem pro obdobné případy.

Při posuzování otázky, zda v zákoně skutečně chybí výjimka z pravidla, je nutno respektovat všechny shora vypočtené metodologické poznatky, jimiž současná právní věda podmiňuje soudcovské dotváření práva.

V prvé řadě je nemyšlitelné, že by se soudce mohl odchýlit od normativních pravidel dělení důkazního břemena jenom proto, aby reagoval na situaci, která nastala v konkrétním řízení a jež je zcela jedinečná. K tomu viz též dále. S ohledem na principy rovnosti a předvídatelnosti je předpokladem obrácení důkazního břemena vždy obecná povaha či typovost situace, která je důvodem soudcovského dotváření práva. Ke zohlednění individuálních okolností případu slouží hodnocení důkazů, jež ponechává soudci prostor pro volnou úvahu (samozřejmě ale nikoliv svévolnou, nýbrž plně logicky odůvodněnou).

Mezera musí mít dále povahu protiplánové neúplnosti zákona. Jak bylo shora ukázáno, při posuzování toho, co vlastně bylo plánem zákona, je nutno vycházet jak z vědomých rozhodnutí zákonodárce, tak i z objektivních hledisek. Nemůže pochopitelně jít pouze o odlišný názor na to, jak by bylo vhodnější dělení důkazního břemena upravit; pak by šlo pouze o právně politickou mezeru, která důvodem soudcovského dotváření práva není. Vědomá rozhodnutí zákonodárce nebudou v našem právním řádu ohledně pravidel dělení důkazního břemena většinou přítomna. Zákonodárce spíše postupuje tak, že upraví určitou hmotněprávní oblast a na problematiku rozdělení důkazního břemena, jež s tím souvisí, většinou nepomyslí. Pokud by ale takové rozhodnutí zákonodárce učinil, byla by tím cesta pro soudcovské dotváření práva uzavřena a ve hře by byla pouze možnost zrušení takového pravidla v řízení před ústavním soudem pro rozpor s principem rovnosti.

Mnohem častěji bude nutno na protiplánovost mezery usuzovat teleologicky, tj. vzít v úvahu objektivní účely, které jsou součástí právního řádu a obecné právní principy. Důvodem pro obrácení důkazního břemena bude především porušení principu rovnosti a – jak uvádí F. Melzer (viz výše) – hodnotové bezrozpornosti právního řádu, a to za předpokladu, že v testu proporcionality se prosadí oproti jinému klíčovému ústavně garantovanému principu – právní jistotě.

Porušení principu rovnosti je nutno posuzovat vzhledem k platnému právnímu řádu, tj. především s ohledem na ostatní pravidla dělení důkazního břemena, která jsou v něm obsažena. Princip rovnosti by byl porušen, pokud by zákon bez jakéhokoliv rozumného důvodu obsahoval zvláštní pravidlo dělení důkazního břemena pro určitou situaci (skutková podstata A), avšak bez jakéhokoliv rozumného důvodu by stejné zvláštní pravidlo (tj. výjimku ze základního pravidla) nevztáhl na skutkovou podstatu obdobnou (skutková podstata B). Pro skutkovou podstatu B by se proto mělo uplatnit jiné (základní) pravidlo rozdělující mezi strany riziko důkazní nouze opačně než zvláštní pravidlo pro skutkovou podstatu A, ačkoliv by pro to nebyl žádný racionální důvod.

Takto postupuje německá praxe a teorie v souvislosti s § 345 BGB (a dříve též § 358, § 543 odst. 3 a 636 odst. 2 BGB). Toto ustanovení zatěžuje dlužníka důkazním břemenem ohledně splnění povinnosti zajištěné smluvní pokutou (s výjimkou povinnosti zdržet se určitého jednání). H. J. Musielak k tomu uvádí, že BGB postrádá úpravu důkazního břemena pro skutkové podstaty, které se v podstatných znacích shodují s těmi, pro něž zákonodárce v § 345, § 542 odst. 3 a § 636 odst. 2 BGB učinil výslovné rozhodnutí ohledně důkazního břemena. Mezeru, která se tím otevírá, lze podle něj spatřovat v tom, že zákonodárce opomněl pro všechny srovnatelné případy dělení důkazního břemena formulovat stejná ustanovení o důkazním břemeně. Tato mezera představuje protiplánovou neúplnost,

a nikoliv vědomé rozhodnutí ve prospěch jiné úpravy důkazního břemena. K omezení tohoto pravidla jenom na případy v zákoně výslovně uvedené přitom neexistuje žádný závažný důvod. S ohledem na to, že se stejným by mělo být zacházeno stejně, je nutno obecně použít v zákoně výslovně uvedená pravidla i na ostatní případy splnění závazku.³⁷ Důsledkem toho je zatížení žalovaného dlužníka důkazním břemenem ohledně splnění závazku nejen tehdy, bude-li mít splnění povahu protinormy způsobující zánik nároku, ale i tehdy, bude-li patřit ke znakům skutkové podstaty nárokové normy, jako u již zmíněné smluvní pokuty nebo u odstoupení od smlouvy (s výjimkou případů, kdy plnění spočívalo ve zdržení se určitého jednání; důkazní nouze ohledně porušení této povinnosti jde k tíži žalujícímu věřiteli).

Klade se otázka, zda lze porušení principu rovnosti posuzovat jenom ve vztahu k pravidlům dělení důkazního břemena, jak bylo uvedeno v předchozím odstavci, nebo zda lze takto uvažovat také vzhledem k postavení procesních stran v důkazním řízení.³⁸ Zřejmě tímto směrem míří náleží Ústavního soudu I. ÚS 173/13. Ústavní soud v něm chápe zásadu rovnosti jako zásadu rovnosti zbraní, jejímž cílem je dosažení spravedlivé rovnováhy mezi stranami sporu. Odvolává se na náleží Pl. ÚS 37/04, v němž se konstatuje, že „v právu na spravedlivý proces obsažená zásada rovnosti zbraní v civilním řízení obecně zahrnuje též rovnost břemen, která jsou na účastníky řízení kladena (a která nesmí být nepřiměřená)“. Právo na rovnost účastníků řízení tak podle Ústavního soudu „vyžaduje, aby důkazní břemeno kladené na jednoho účastníka řízení nebylo nepřiměřené“.

Je proto nutno položit si otázku, zda je skutečně porušením principu rovnosti, pokud je pro jednu stranu obtížnější podat důkaz než pro stranu druhou.

V souladu se shora uvedenými východisky je zřejmé, že důkazní nouze, která je dána okolnostmi jednotlivé konkrétní věci, nemůže být důvodem pro odchýlné posouzení důkazního břemena.³⁹ Obrácení důkazního břemena cestou soudcovského dotváření práva předpokládá mezeru v zákoně; na ni však nelze usuzovat z konkrétních okolností případu (tj. z oblasti bytí, „sein“), ale jediné na základě analýzy normativní úpravy (tj. úvahy se pohybují v oblasti toho, co má být, „sollen“).

Obzvlášť významné je v této souvislosti Prüttingovo upozornění na to, že nelze směřovat hodnocení důkazů, jež je nástrojem tzv. ulehčení důkazu (*Beweiserleichterung*), s obrácením důkazního břemena. Pravidla upravující objektivní důkazní břemeno, jak zdůrazňuje, vyjadřují abstraktní rozdělení rizika a obsahují výlučně normy ukládající soudci, jak má za stavu *non liquet* rozhodnout.⁴⁰ Z principu právní jistoty a principu rovnosti vyplývá, že pravidla dělení důkazního břemena musí být stanovena již před procesem, a to v abstraktní a obecné podobě.⁴¹ Mají tedy povahu právně závazných obecných pravidel (právních norem). Obtíže spojené s podáním důkazu v konkrétním řízení nemo-

³⁷ MUSIELAK, H. J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, s. 314–315.

³⁸ Jeden z recenzních posudků tohoto článku k tomu výstižně uvádí, že v případě nikoliv stejných možností podat důkaz v podstatě nejde o rovnost, která je formálním základem spravedlnosti (se stejným se má nakládat stejně a s nestejným odlišně podle míry jejich různosti), o níž byla dosud řeč jako o legitimačním důvodu dotváření práva, ale spíše o materiální rovnost stran.

³⁹ Srov. PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 610 a literatura tam citovaná.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 612. Tuto okolnost patrně přehlíží náleží II. ÚS 1430/13, v němž se opakovaně konstatuje, že soud na žalobce „uvalil“ nesplnitelné důkazní břemeno. Důkazní břemeno ovšem neuvazuje na stranu soud, ale vyplývá z pravidel dělení důkazního břemena. Krom toho objektivní důkazní břemeno ani břemeno vedení důkazu nelze ani splnit nebo nesplnit; strana může pouze podat nebo nepodat důkaz.

⁴¹ LAUMEN, H. W. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*. 3. vydání. Köln – München: Carl Heymanns Verlag GmbH, 2016, s. 612.

hou měnit obecná pravidla dělení důkazního břemena; pokud by soudce takto postupoval, nešlo by o dotváření práva, ale o nesprávné (protiprávní) posouzení rozdělení důkazního břemena. Pravidla dělení důkazního břemena mají povahu právních norem, a proto je jimi soudce vázán; odchýlení se od nich krom metodologicky odůvodněných případů je tak vlastně porušením principu vázanosti soudce zákonem.⁴²

Výsledkem obrácení důkazního břemena odůvodněného jenom individuálními okolnostmi by konečně ani nemohlo být to, k čemu má soudcovské dotváření pravidel dělení důkazního břemena směřovat, tedy k vytvoření zvláštního pravidla (normy) dělení důkazního břemena.⁴³

Fakt, že v konkrétním případě je pro jednu stranu obtížnější podat důkaz než pro stranu druhou, tedy není porušením principu rovnosti a neodůvodňuje obrácení důkazního břemena cestou soudcovského dotváření práva. Větší obtížnost podání důkazu však není sama o sobě důvodem obrácení důkazního břemena, ani kdyby se vyskytovala typově, obecně. Pravidla, která rozdělují mezi procesní strany riziko důkazní nouze, nevycházejí z požadavku rovnoměrnosti rozdělení tohoto rizika. Základní pravidlo dělení důkazního břemena je odůvodněno především ochranou pokojného stavu. Strana, která uplatňuje právní následek, usiluje v podstatě o změnu pokojného stavu (v širokém slova smyslu), a proto musí prokázat existenci skutečností, které zakládají jí uplatňovaný právní následek. Zůstanou-li tyto skutečnosti neobjasněny, nebude změna dosavadního pokojného (právního) stavu odůvodněna a pravidla důkazního břemena ji budou chránit.⁴⁴ Požadavek rovnoměrnosti rozdělení důkazního břemena nelze dovodit ani z principu rovnosti.⁴⁵ Ostatně shora citovaný náleží Ústavního soudu, přestože se na rovnost – ve smyslu rovnosti zbraní – odvolává, vylučuje pouze „nepřiměřenost“ rozdělení důkazního břemena, kterou spojuje s „nesplnitelností“ důkazního břemena (I. ÚS 173/13, odstavec 47, II. ÚS 1430/13).

O takový případ půjde především tehdy, pokud bude strana zatížena rizikem důkazní nouze ohledně těch znaků skutkové podstaty, ohledně nichž vůbec nemůže podat důkaz.⁴⁶ V souladu s tím, co bylo shora řečeno, však nejde o důkazní nouzi v jednotlivém případě, ale o typově vymezené situace, tj. o obecné skutkové podstaty důkazní nouze strany zatížené břemenem vedení důkazu a objektivním důkazním břemenem. Bylo by totiž v rozporu s právem na spravedlivý proces, pokud by procesní právo obecně kladlo na stranu přehnané a nesplnitelné požadavky ohledně břemena vedení důkazu, objektivního důkazního břemena či míry důkazu.⁴⁷ Jedině v tomto smyslu lze vykládat a akceptovat shora uvedené úvahy Ústavního soudu o „nepřiměřenosti“ rozdělení důkazního břemena.

Teleologické důvody soudcovského dotváření práva je vždy nutno poměřovat principem právní jistoty. Ten je založen na stabilitě a předvídatelnosti. Proto by k obrácení důkazního břemena nemělo docházet tam, kde lze porušení principu rovnosti, popřípadě

⁴² Ibidem, s. 232.

⁴³ GEIPEL, A. *Handbuch der Beweiswürdigung*. 2. vydání. ZAP Verlag, 2013, s. 1005. MUSIELAK, H. J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, s. 136.

⁴⁴ Viz např. LEIPOLD, D. *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966, s. 48. LEIPOLD, D. In: STEIN, F. – JONAS, M. *Kommentar zum Zivilprozessordnung. Band 4 (§§ 253–327)*. 22. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 704. PRÜTTING, H. *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: C. H. Beck, 1983, s. 277–278. KLICKA, T. *Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht*. Wien: Manz, 1995, s. 59. AHRENS, H. – J. *Die Verteilung der Beweislast*, s. 30.

⁴⁵ Ibidem, s. 27–28.

⁴⁶ PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 251. Prütting k tomu počítá rovněž situaci, kdy možnost podání důkazu bude podstatně ztížena. K tomu je nutno dodat, že by muselo jít o natolik podstatné ztížení možnosti podat důkaz, které by nebylo možno řešit pomocí nástrojů, jež má civilní proces k ulehčení důkazu.

⁴⁷ LAUMEN, H. W. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 214–215.

jiné teleologické důvody zcela uspokojivě odstranit pomocí jiných procesních nástrojů. Je tedy nejprve nutno zvažovat, zda situaci nelze uspokojivě řešit např. pomocí sekundárního břemena tvrzení, vysvětlovací povinnosti strany nezátížené důkazním břemenem, redukcí míry důkazu, důkazem *prima facie* či v oblasti volného hodnocení důkazů, které vždy zahrnuje také hodnocení jednání procesních stran. Pouze v situacích, kdy tyto nástroje nebudou dostačující, lze přistoupit k obrácení objektivního důkazního břemena. V této souvislosti literatura rovněž právem upozorňuje na to, že obrácení důkazního břemena může vést také k obrácení důkazní nouze,⁴⁸ tj. k tomu, že rozhodný znak skutkové podstaty zůstane i nadále neobjasněn, neboť ani druhá strana nemůže důkaz podat, akorát nepříznivé důsledky s tím spojené ponese ona. Obrácení objektivního důkazního břemena je z tohoto hlediska řešením sice jednoznačným, ale ne vždy vyhovujícím. Procesní právo by mělo směřovat k tomu, aby počet rozhodnutí založených na pravidlech objektivního důkazního břemena byl co nejmenší, a naopak aby se rozhodnutí soudu opíralo co nejčastěji o objasněný skutkový stav. Proto by k obrácení důkazního břemena nemělo docházet tam, kde ani druhá strana není – typově vzato – riziko důkazní nouze s to překlenout. Je nutno využít jiných nástrojů usnadňujících objasnění skutkového stavu. Tato úskalí spojená s obrácením důkazního břemena a jiné možnosti překlenutí důkazní nouze budou dále rozebrány na vybraných příkladech z judikatury.

4. Vybrané příklady z praxe

S obrácením důkazního břemena se lze setkat především v judikatuře německých soudů. Odborná literatura závěry rozhodovací praxe třídí do několika typových skupin a zkoumá, zda jde v těchto případech vždy skutečně o obrácení objektivního důkazního břemena, a popřípadě zda se k němu judikatura uchyluje důvodně. Patří sem např. odpovědnost výrobce za škodu způsobenou vadou výrobku,⁴⁹ oblast medicínských sporů,⁵⁰ hrubé porušení povinností vyplývajících z jiných povolání sloužících k ochraně života a zdraví,⁵¹ porušení zákonné povinnosti provést šetření nebo kontrolu, které mají sloužit k ochraně poškozené strany,⁵² porušení povinnosti vést dokumentaci (opomenutí vytvořit důkazní prostředek)⁵³ nebo tzv. zmaření důkazu. Každá z těchto oblastí by zasluhovala samostatnou

⁴⁸ Ibidem, s. 218.

⁴⁹ Počínaje tzv. *Hühnerpest-Entscheidung* z roku 1968 se oproti znění § 823 odst. 1 BGB ukládá na základě analogie k § 836 BGB (ale i jiných, z metodologického hlediska obtížně přijatelných argumentů) výrobci, aby ve sporech z delikttní odpovědnosti podal plný důkaz nedostatku svého zavinění. K tomu viz PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 615 an.

⁵⁰ Např. je-li zdravotní dokumentace zjevně nedostačující, a objasnění skutkového stavu pacientem je tím neúnosně ztíženo, vychází se z domněnky, že opatření, které nebylo uvedeno v dokumentaci, nebylo učiněno. Nejdůležitější případ obrácení důkazního břemena ale představuje hrubá chyba při léčení. Pokud k ní dojde, obrací se důkazní břemeno ohledně příčin, které vedly k újmě na zdraví. Viz LEIPOLD, D. In: STEIN, F. – JONAS, M. *Kommentar zum Zivilprozessordnung. Band 4 (§§ 253–327)*, s. 745 an. Judikatura týkající se obrácení důkazního břemena v medicínských sporech byla převzata a kodifikována zákonem o právech pacientů (*Patientenrechtegesetz*), jímž byl od 20. 2. 2013 vložen do BGB mj. § 630h. Pro oblast delikttní odpovědnosti si však závěry judikatury zachovávají i nadále platnost. Viz PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 311. K problémům při dokazování v těchto sporech se v české literatuře věnuje HOLČAPEK, T. *Dokazování v medicínskoprávních sporech*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 150 an. K ulehčení důkazu nebo obrácení důkazního břemena ohledně kauzality viz DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, s. 180 an.

⁵¹ Jde o vztažení závěrů, které učinila judikatura ohledně hrubé chyby při léčení na jiné profese. Např. se takto obrací důkazní břemeno ohledně nedostatku kauzality v případech, kdy učitel plavání ponechal žáka bez dozoru a ten se během této doby utopil. Viz PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 629.

⁵² LEIPOLD, D. In: STEIN, F. – JONAS, M. *Kommentar zum Zivilprozessordnung. Band 4 (§§ 253–327)*, s. 742.

⁵³ Ibidem, s. 742–743.

pozornost. S ohledem na nedostatek prostoru bude hlouběji rozebrána pouze naposled uvedená problematika zmaření důkazu.

Zmařením důkazu (*Beweisvereitelung*) se obecně rozumí zaviněné (úmyslné nebo nedbalostní) chování strany nezatížené objektivním důkazním břemenem (nebo třetí osobou, jejíž jednání je této straně přičitatelné), které vede k zabránění nebo ke ztížení možnosti podat důkaz. Ke zmaření důkazu může dojít jak před zahájením řízení, tak i v jeho průběhu, a může se týkat všech důkazních prostředků. Typickými příklady jsou zničení listiny nebo předmětu ohledání.⁵⁴ Nepříznivé následky pro stranu, která se jej dopustila, mohou nastat pouze tehdy, pokud tato strana měla povinnost uschovat takový důkazní prostředek, popřípadě zdržet se jeho poškození či jinak umožnit, aby jím byl veden důkaz. Tato povinnost může vyplývat ze smlouvy, ze zákona nebo z obecných zásad (zejména ze zásady *Treu und Glauben*, jež je u nás překládána jako zásada poctivosti; viz § 6 a 7 o. z.).⁵⁵

Německý ZPO reguluje zmaření důkazu odpůrcem jenom zřídka: pro listiny v § 427, § 441 odst. 3 a v § 444, pro výslech stran v § 446, § 453 odst. 2, § 451 odst. 1, a pro ohledání v § 371 odst. 3. Obecné pravidlo ohledně předpokladů a právních následků zmaření důkazu postrádá; návrh komise pro civilní právo procesní z roku 1977, podle něž mělo vést zaviněné zmaření důkazu k obrácení důkazního břemena, se součástí zákona nestal.⁵⁶ V ostatních případech, na které přímo nedopadá žádné z citovaných ustanovení, část německé judikatury dovodila, že zmaření důkazu má za následek obrácení důkazního břemena. Půjde kupř. o situace, kdy odpůrce strany zatížené důkazním břemenem zatají adresu svědka, kterou zná jenom on; přiměje svědka změnit místo pobytu a držet je v tajnosti; odepře soudci nebo znalci vstup na pozemek za účelem jeho ohledání; nezproští svou banku mlčenlivosti (tj. zneužije bankovního tajemství); nezproští lékaře mlčenlivosti, ačkoliv to lze po něm rozumně vyžadovat; odmítne podstoupit lékařské vyšetření znalcem; zničí závěť, o jejíž formu nebo obsah šlo; znalci pojistitele odmítne bezdůvodně uskutečnit prohlídku havarovaného vozidla.⁵⁷

V literatuře je závěr, že by zmaření důkazu mělo vést k obrácení důkazního břemena, podrobován kritice.⁵⁸ V první řadě se namítá, že zmaření důkazu spočívá vždy ve zvláštních okolnostech jednotlivého případu; na nich nemůže být rozdělení důkazního břemena závislé. Stejně tak je nepřijatelné, aby konečný závěr o rozdělení důkazního břemena byl učiněn až v průběhu řízení.⁵⁹ Tato argumentace však není zřejmě zcela přiléhavá. Nelze pochopitelně nic namítat proti závěru, že rozdělení důkazního břemena nemůže být závislé na okolnostech konkrétního případu; o tom již byla řeč shora. V případě zmaření důkazu by ale o takovou situaci nešlo, neboť skutkové podstaty zmaření důkazu jsou vymezeny typově (obecně a abstraktně), a nikoliv okolnostmi jednotlivé věci. Tyto okolnosti

⁵⁴ Ibidem, s. 741–742. PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur ZPO*, komentář k § 286, marg. č. 80. Obdobně v rakouské literatuře vymezuje zmaření důkazu FASCHING, H. W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. 2. vydání. Wien: Manz Verlag, 1990, s. 472.

⁵⁵ LEIPOLD, D. In: STEIN, F. – JONAS, M. *Kommentar zum Zivilprozessordnung. Band 4 (§§ 253–327)*, s. 741–742.

⁵⁶ PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 311.

⁵⁷ K této (a mnoha dalším) případům viz MUSIELAK, H. J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, s. 133; PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur ZPO*. 5. vydání. München: C. H. Beck, 2016, komentář k § 286, marg. č. 81; LEIPOLD, D. In: STEIN, F. – JONAS, M. *Kommentar zum Zivilprozessordnung. Band 4 (§§ 253–327)*, s. 743. Zajímavý případ, uváděný v citované literatuře, představuje situace, kdy ošetřující lékař neuschoval tampon, který byl v ráně zapomenut při první operaci a který byl odstraněn až při následné reoperaci.

⁵⁸ LEIPOLD, D. In: STEIN, F. – JONAS, M. *Kommentar zum Zivilprozessordnung. Band 4 (§§ 253–327)*, s. 741–742. PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 634. PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur ZPO*, komentář k § 286, marg. č. 85.

⁵⁹ PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur ZPO*, komentář k § 286, marg. č. 85.

buď mohou skutkovou podstatu zmaření důkazu naplňovat, či nikoliv. Požadavkům na normativní úpravu dělení důkazního břemena proto vyhovuje pravidlo, které např. zní: „Znič-li strana zaviněně listinu, a tím znemožní svému odpůrci zatíženému důkazním břemenem vedení důkazu touto listinou, má se za to, že skutková tvrzení strany zatížené důkazním břemenem, jejichž pravdivost měla být listinou dokázána, jsou pravdivá, neprokáže-li strana, která důkaz zmařila, opak.“

Druhý argument považuje obzvláště v případech pouhého nedbalostního zmaření důkazu obrácení důkazního břemena za příliš přísnou, strnulou a nepřiměřenou sankci. Po straně, která zmařila důkaz, vyžaduje, aby podala důkaz opaku; to často samo o sobě vede ke ztrátě pře.⁶⁰ Německá judikatura se tuto strnulost snažila překonat pružnějším přístupem, spočívajícím v tom, že by soudce měl podle okolností konkrétní věci rozhodnout, zda následky zmaření důkazu spočívají pouze v ulehčení důkazního břemena nebo v jeho obrácení (používala se formule „*Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr*“). V literatuře byl tento pokus odmítnut pro nepřipustné směřování oblasti hodnocení důkazů, do níž náleží problematika ulehčení důkazu, s oblastí důkazního břemena; na základě toho sám Spolkový nejvyšší soud toto řešení opustil.⁶¹ Jinou možnou variantu pružnějšího přístupu nabízí D. Leipold: v případě úmyslného nebo hrubě nedbalostního zmaření důkazu by následek spočíval v obrácení důkazního břemena, zatímco se zmařením důkazu z lehké nedbalosti by se soudce vypořádával v rámci volného hodnocení důkazů.⁶² Na rozdíl od řešení, které po jistou dobu zastávala judikatura, však není volba následku zmaření důkazu ponechána na úvaze soudce, ale závisí na formě zavinění.

Český občanský soudní řád zmaření důkazu neupravuje, a to nejen obecně, ale ani v souvislosti s jednotlivými důkazními prostředky. To se promítá i v závěrech zastávaných v judikatuře. V jednom rozhodnutí se kupř. dovozuje, že nepředložení listiny odpůrcem nemá za následek obrácení důkazního břemena, ale může se projevit v hodnocení důkazů v neprospěch strany, která nesplnila ediční povinnost.⁶³ V jiném rozhodnutí vyslovil – ale neodůvodnil – Nejvyšší soud závěr, že pokud družstvo v důsledku porušení povinnosti zjišťovat a uvést do zápisu, zda je členská schůze usnášeníschopná, popřípadě kolik hlasů bylo pro přijetí usnesení, kolik proti a kolik se zdrželo hlasování, znemožnilo vést důkaz, že členská schůze nebyla usnášeníschopná, dochází k přenosu důkazního břemene z člena na družstvo.⁶⁴ Obě uvedená rozhodnutí se zabývají situací, kdy odpůrce zaviněně znemožnil straně zatížené důkazním břemenem podat důkaz. Přesto je jejich vyznění odlišné: v prvním případě spatřoval soud řešení v oblasti hodnocení důkazů, ve druhém v obrácení důkazního břemena. To nelze považovat za správné, neboť pro odlišná řešení neexistují rozumné důvody; situace, které ke zmaření důkazu vedly, nijak ze své povahy nevyžadují, aby s nimi bylo procesně nakládáno odlišně. Ostatně ani z hlediska předvídatelnosti rozhodování není žádoucí, aby se pro různé skutkové podstaty zmaření důkazu vytvářely bez rozumného důvodu odlišné konstrukce. Je proto nutno zvážit, zda má mít

⁶⁰ Ibidem; LEIPOLD, D. In: STEIN, F. – JONAS, M. *Kommentar zum Zivilprozessordnung. Band 4 (§§ 253–327)*, s. 742. V německém právu se rovněž argumentuje tím, že ani zvláštní skutkové podstaty zmaření důkazu, které jsou výslovně upraveny, nespátřují následky zmaření důkazu v oblasti důkazního břemena, ale hodnocení důkazů.

⁶¹ K tomu stručně viz PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur ZPO*, komentář k § 286, marg. č. 88.

⁶² LEIPOLD, D. In: STEIN, F. – JONAS, M. *Kommentar zum Zivilprozessordnung. Band 4 (§§ 253–327)*, s. 742.

⁶³ Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 29 Odo 440/2013. Nesprávný je však závěr o možnosti vynucovat splnění ediční povinnosti ve vztahu k procesní straně pořádkovou pokoutou. K tomu viz LAVICKÝ, P. in LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský soudní řád (§ 1 až 250). Řízení sporné. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 640–641.

⁶⁴ Rozhodnutí sp. zn. 29 Odo 41/2002, uveřejněné ve Sbírce rozhodnutí a stanovisek pod č. R 25/2004.

přednost řešení, které spojuje se zmařením důkazu obrácení důkazního břemena, nebo to, jež míří do oblasti volného hodnocení důkazů, a zvolenou variantu pak jednotně a důsledně prosazovat v rozhodovací praxi.

Důvody, které vedou k odmítnutí obrácení důkazního břemena, lze uznat jako správné. Kromě těch, které již byly zmíněny, se jako další argument uvádí situace, kdy strana zatížená důkazním břemenem zmaří protistraně možnost podat protidůkaz. V takovém případě je totiž řešení spočívající v obrácení objektivního důkazního břemena zcela nepoužitelné.⁶⁵

Není ani nutno rozlišovat mezi případy úmyslného zavinění a hrubé nedbalosti na straně jedné a případy lehkého zavinění na straně druhé. Může-li být cestou volného hodnocení důkazů uspokojivě překlenuto zmaření důkazu, k němuž došlo jenom z lehké nedbalosti (k tomu viz dále), tím spíše je možno stejné cesty využít pro posouzení situací, kdy protistrana zmařila důkaz z nedbalosti hrubé či dokonce záměrně. Ani z praktického hlediska by takové rozlišování zřejmě nebylo žádoucí, neboť by znamenalo, že v soudním řízení bude nutno zaměřit dokazování na formu a stupeň zavinění protistrany při zmaření důkazu; předmětem dokazování by tak byly skutečnosti, které neodpovídají znakům skutkové podstaty právní normy dopadající na věc samu.

Z jazykového hlediska se může na první pohled jevit překvapivým, že by zmaření důkazu mělo být zohledněno při hodnocení důkazů. Nebyl-li v důsledku chování odpůrce důkaz proveden, není ani co hodnotit. Nelze se však nechat mást obratem „hodnocení důkazů“, který je sice tradiční, ale – jak už to u řady klasických institutů bývá – rozhodně ne přesný. Obecně se totiž uznává, že soud volně hodnotí nejen provedené důkazy, ale také chování procesních stran. Současný občanský soudní řád tuto okolnost výslovně vyjadřuje v § 132 v části za středníkem, podle níž soudce „*pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo za řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci*“. Proto může soud hodnotit nejen informace, které získal z jednotlivých důkazních prostředků, ale také to, že jedna strana zaviněně zabránila straně druhé v tom, aby byl proveden důkaz určitým důkazním prostředkem. Přitom může dospět k závěru, že skutkové tvrzení, které mělo být zmařeným důkazem prokázáno, je nutno považovat za pravdivé. Tak tomu může být zejména tehdy, dospěje-li soud k závěru, že odpůrce zničil listinu úmyslně, a to právě proto, aby jemu nepříznivý obsah nevyšel v soudním řízení najevo. Takový závěr soud učinit může, ale nemusí. Předností tohoto řešení je, že není černobílé a umožňuje soudci přijmout závěr odpovídající okolnostem případu. Např. nedbalostní zničení listiny nemusí v kontextu s ostatními skutkovými zjištěními vést k přesvědčení soudce, že obsahem listiny bylo právě to, co strana zatížená důkazním břemenem tvrdila.

Proti tomuto převažujícímu přístupu, který následky zmaření důkazu klade do oblasti volného hodnocení důkazů,⁶⁶ namítá Prütting, že nikoliv vždy bude moci soudce nabýt vnitřního přesvědčení o pravdivosti tvrzení strany, jejíž vedení důkazu bylo zmařeno, např. v případě nedbalostního zmaření důkazu před zahájením řízení nebo pokud zmaření důkazu neposkytuje žádné opěrné body pro závěr o výsledku dokazování.⁶⁷ Ani v těchto

⁶⁵ K tomu viz MUSIELAK, H. J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, s. 138, jemuž přitakává PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 328.

⁶⁶ Viz např. MUSIELAK, H. J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, s. 139. FASCHING, H. W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, s. 472.

⁶⁷ PRÜTTING, H. In: BAUMGÄRTEL, G. – LAUMEN, H. W. – PRÜTTING, H. *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, s. 328. Své vlastní řešení zakládá na analogickém použití § 427 a § 444 ZPO, které pro případ zmaření důkazu listinou výslovně dávají soudu oprávnění považovat tvrzení, která kvůli zmaření tohoto důkazu zůstala neprokázaná, za pravdivá. To podle Prüttinga v podstatě znamená fikci výsledku dokazování, ačkoliv soudce nemohl dokazováním nabýt jinak vyžadovaného vnitřního přesvědčení o existenci skutečnosti. Pro náš právní řád nemá tato úvaha místa, neboť obdobná ustanovení, která by bylo možno analogicky

případech však není vyloučeno, aby soudce nabyl vnitřního přesvědčení o pravdivosti skutkového tvrzení; na závěr o pravdivost tvrzení se usuzuje nepřímou z povahy a způsobu protiprávního chování odpůrce, který zmařil podání důkazu, z míry jeho zavinění, ze spoluzavinění strany zatížené důkazním břemenem,⁶⁸ jakož i z ostatního chování stran a výsledků získaných provedením ostatních důkazů. Na věc lze pohlížet i z opačného úhlu: je pro stranu, která pouze z lehké nedbalosti zmařila podání důkazu, skutečně přiměřeným následkem to, že se bude bez dalšího pokládat za pravdivé tvrzení její protistrany? O tom lze mít závažné pochybnosti. Řešení ležící v oblasti volného hodnocení důkazů lze proto považovat za přiměřenější, byť samozřejmě nikoliv bezproblémové (takové řešení ale z povahy věci u zmaření důkazu ani neexistuje).

Popsané řešení se nijak nedotýká míry důkazu. Ta vyjadřuje, jak vysoká musí být pravděpodobnost určité skutečnosti či jakého stupně musí dosáhnout vnitřní přesvědčení soudce, aby bylo možno považovat skutkové tvrzení za pravdivé. V současnosti zcela jednoznačně převažuje subjektivní teorie, v souladu s níž lze mít důkaz za úspěšně podaný tehdy, pokud soudce nabude vnitřního přesvědčení o pravdivosti skutkového tvrzení, aniž o něm má rozumné pochybnosti.

Být míra důkazu úzce souvisí s hodnocením důkazů, je zapotřebí mezi obojím důsledně rozlišovat. Hodnocení důkazů je otázkou skutkovou; naproti tomu míra důkazu představuje otázku právní. Míra důkazu vyjadřuje hranici, jíž je třeba dosáhnout, aby byl důkaz podán. Zda této hranice bylo dosaženo, již patří do sféry hodnocení důkazů.⁶⁹

Nastíněné odlišnosti se promítnou ve způsobu překonávání důkazních problémů. Spočívá-li řešení v oblasti volného hodnocení důkazů, nic se tím nemění na právním pravidlu stanovícím, jakého stupně musí dosáhnout vnitřní přesvědčení soudce o pravdivosti skutkového tvrzení. Zmaření důkazu v kontextu s ostatním vykonaným dokazováním a chováním procesních stran by pro stranu, jejíž důkaz byl zmařen, mělo příznivý dopad, pouze pokud by dovedlo soud k vnitřnímu přesvědčení, že to, co strana zatížená důkazním břemenem tvrdila a mělo být dokázáno zničenou listinou (či pomocí jinak zmařeného důkazu), je pravda a nelze o tom mít rozumné pochybnosti. Řešení ležící ve sféře míry důkazu je jiné, neboť snižuje samotnou hranici míry důkazu: důkaz lze považovat za úspěšně podaný i tehdy, pokud bude dosaženo takto stanoveného nižšího stupně vnitřního přesvědčení soudce, např. pouhé převažující pravděpodobnosti místo vnitřního přesvědčení o pravdě vylučující rozumné pochybnosti. Míra důkazu však má povahu právního pravidla, a její stanovení proto není věcí úvahy soudce v jednotlivém konkrétním případě.⁷⁰ Pro snížení míry důkazu by musela být opora buď v ustanovení zákona, které na věc přímo dopadá, nebo by musely být splněny předpoklady soudcovského dotváření zákona; v tom je situace stejná jako v případě soudcovských pravidel dělení důkazního břemena. Vzhledem k tomu, že v případě zmaření důkazu zákon sice obsahuje mezeru, ale lze ji překlenout hodnocením důkazů, nejsou pro redukci míry důkazu cestou soudcovského dotváření práva splněny předpoklady. A i kdyby takový pokus byl učiněn, neobstál by podobně jako obrácení důkazního břemena v případě, že bylo zmařeno podání protidůkazu; v takovém případě totiž již soudce nabyl vnitřního přesvědčení, že hlavní důkaz

použit, postrádá. Od převažujícího řešení se však nakonec Prüttingův názor příliš neliší, neboť fingovaný výsledek dokazování má i nadále podléhat volnému hodnocení soudcem. Ostatně Schreiber, který ve stejném díle sepsal komentář k § 427 a § 444 ZPO, se zmiňuje pouze o volném hodnocení důkazů (komentář k § 427, marg. č. 3, komentář k § 444, marg. č. 5).

⁶⁸ PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur ZPO*, komentář k § 286, marg. č. 92.

⁶⁹ K tomu viz LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*, s. 21 an. a tam citovaná literatura.

⁷⁰ Srov. PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur ZPO*, komentář k § 286, marg. č. 87.

byl podán, a proto snížení míry důkazu by nijak nepomohlo straně, která chtěla podáním protidůkazu otrást prozatímně nabytým vnitřním přesvědčením soudu.

Lze shrnout, že jedinou schůdnou cestou, jak překlenout zmaření důkazu v českém procesním právu, je za současného stavu volné hodnocení důkazů. Pro obrácení důkazního břemena ani snížení míry důkazu nejsou splněny metodologické předpoklady, a i kdyby byly, stejně by toto řešení selhávalo v případech zmaření protidůkazu.

Závěrem

Předmětem tohoto článku byla otázka, zda je soudce oprávněn odchýlit se od základního pravidla nebo od zvláštních pravidel dělení důkazního břemena, a pokud ano, jaké předpoklady musí být splněny.

Z podaného výkladu vyplývá, že je nepřijatelné, aby se soudce odchýlil od pravidel dělení důkazního břemena v jednotlivém případě, např. proto, že by považoval s ohledem na jedinečné okolnosti daného případu za spravedlivější jiné rozdělení rizika důkazní nouze mezi procesní strany. K odchýlení se však může dojít, pokud jsou splněny metodologické předpoklady soudcovského dotváření práva; taková situace se pak označuje jako tzv. obrácení důkazního břemena.

Předpokladem obrácení důkazního břemena cestou soudcovského dotváření práva je existence mezery v zákoně, tj. v systému pravidel dělení důkazního břemena. S ohledem na podobu tohoto systému budou mít mezery povahu nepravých skrytých mezer; jako mezera se bude jevit absence pravidla, které by z příliš široce jazykově formulovaného základního nebo zvláštního pravidla učinilo určitou výjimku. Nástrojem jejího uzavření je teleologická redukce (restrikce).

Pojmovým znakem mezery je to, že představuje protiplánovou neúplnost zákona. Na ni bude nutno usuzovat především teleologicky, tj. vzít v úvahu objektivní účely, které jsou součástí právního řádu a obecné právní principy. K nim patří především principy rovnosti a hodnotové bezrozpornosti právního řádu. Princip rovnosti je porušen, pokud zákon obsahuje zvláštní pravidlo dělení důkazního břemena pro určitou situaci, avšak bez jakéhokoliv rozumného důvodu stejné zvláštní pravidlo (tj. výjimku ze základního pravidla) nevztahuje na skutkovou podstatu obdobnou. Mohou se vyskytnout i jiné situace, kdy doslovné znění pravidla dělení důkazního břemena bude v rozporu s teleologickým pozadím předpisu upravujícího civilní řízení soudní, respektive obecnými právními principy. O takový případ půjde především tehdy, pokud bude strana – typově vzato – zatížena rizikem důkazní nouze ohledně těch znaků skutkové podstaty, ohledně nichž vůbec nemůže podat důkaz.

Teleologické důvody soudcovského dotváření práva je vždy nutno poměřovat principem právní jistoty. K obrácení důkazního břemena by nemělo docházet tam, kde lze porušení principu rovnosti, popřípadě jiné teleologické důvody zcela uspokojivě odstranit pomocí jiných procesních nástrojů, např. volným hodnocením důkazů.

Příklady zejména z německé rozhodovací praxe uvedené v páté části tohoto článku ukazují, že obrácení důkazního břemena cestou soudcovského dotváření práva je poměrně často využíváno, ale zdaleka ne vždy pro něj jsou splněny metodologické předpoklady. Platí to např. pro zmaření důkazu, u nějž není obrácení důkazního břemena odůvodněno a řešení by mělo spočívat v oblasti volného hodnocení důkazů.

Judge-making Rules of the Burden of Proof

Petr Lavický

Abstract: The article deals with the question whether the judge is allowed to depart from the basic rule or specific rules of dividing the burden of proof. The reason for such a procedure can't be justified by the unique circumstances of some/a particular case. However, the judge is not bound to use these rules in the case of a gap in the law. Typically, it will be a situation where the law contains a specific rule of dividing the burden of proof for a particular situation, but without any rational reason, the same rule is not applied to another similar situation. There may be other situations where the literal wording of the law is in contradiction to the teleological background of the civil procedure code or general legal principles (for example the case of impossibility to prove a certain fact). Nevertheless, the reversal of the burden of proof should not occur where the situation can be satisfactorily resolved by other procedural tools, for example by free evaluation of evidence.

Key words: burden of proof, reversal of the burden of proof, judge-made law, gap in the law, frustration of evidence