

- a) v přímém rozporu s dosavadní judikaturou Ústavního soudu, Nejvyššího správního soudu a zvláštního senátu;¹⁰
- b) v zásadním rozporu s ústavními principy dělby moci ve státě, resp. principy dělby veřejnoprávních a soukromoprávních vztahů a soudní ochrany těchto vztahů, neboť fakticky dochází k odnětí jedné fáze vyvlastňovacího řízení (a to fáze správní) a k neústavním zásahům do dělby moci, když civilní soud má meritorně rozhodovat věci, které přísluší moci výkonné a jichž se výkonná moc „meritorně zbavila“ s využitím právního názoru nerespektujícího rozhodnutí NSS ze dne 24. 3. 2005, č. j. 5 As 11/2003-66, ohledně možnosti vyvlastnění již realizovaných staveb, přičemž civilní soud nemá na rozdíl od soudu správního zákonné prostředky k dosažení nápravy této situace zrušením rozhodnutí správního orgánu a vrácením věci správnímu orgánu;
- c) v důsledku toho v rozporu s čl. 36 odst. 2 Listiny, dle kterého kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak, přičemž z pravomoci soudu nesmí být vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny;
- d) v rozporu se zákazem retroaktivity, má-li se nová zákonná úprava týkat i rozhodnutí správních orgánů vydaných před datem její účinnosti (před 1. 1. 2007);
- e) v rozporu s čl. 38 odst. 1 Listiny garantovanou zásadou zákazu odnětí věci zákonnému soudci, kterým původně byl soudce správní s dostatečnými zákonnými možnostmi ke sjednání nápravy a nyní nově (s možným porušením zákazu retroaktivity) jím má být soudce civilní se zákonnými možnostmi ke sjednání nápravy nedostačujícími;
- f) v rozporu s čl. 38 odst. 2 Listiny garantujícím právo na projednání věci bez zbytečných průtahů, neboť fakticky takto dochází k řešení věci typicky správní povahy soudy civilními, dříve již správními soudy řešenými, avšak meritorně fakticky neskončenými, když ve správním soudnictví již odčekaná doba se takto ztrácí a civilní soud nemá takové zákonné možnosti řešení věci jako soud správní.

IV. Závěr

Ústavně konformním řešením situace vzniklé přijetím zmíněných ustanovení zákona o vyvlastnění, tak jak jsou interpretována zvláštním senátem, je jejich zrušení Ústavním soudem postupem dle § 70 odst. 1 zákona č. 182/1993 Sb., případně stanovení ústavně konformního výkladu těchto ustanovení zákona formou interpretativního výroku Ústavního soudu pro případ, že Ústavní soud dospěje k závěru, že zrušení předmětných ustanovení zákona není nutné, neboť existuje možnost jejich ústavně konformního výkladu odlišná od aktuální rozhodovací praxe zvláštního senátu.¹¹ Možnost vydání interpretativního výroku totiž Ústavní soud při své rozhodovací činnosti pro takové případy využívá, jak vyplývá např. z nálezu ze dne 16. 10. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 78/06. Jím by měl Ústavní soud vyřešit otázku, zda i po nabytí účinnosti předmětných ustanovení zákona o vyvlastnění platí výklad dříve již Ústavním soudem ve věcech vyvlastnění zaujatý v usnesení ze dne 7. 12. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 14/06, nebo zda (fakticky tři týdny po přijetí tohoto nálezu) sku-

tečně došlo od 1. 1. 2007 k takové změně v soudní ochraně ve věcech vyvlastnění, jak ji zvláštní senát při své rozhodovací činnosti dovozuje.

Důsledkem zrušení předmětných ustanovení (případně vydání interpretativního výroku) bude návrat k ústavně konformní situaci předvídané dosavadní judikaturou Ústavního soudu, Nejvyššího správního soudu a zvláštního senátu, která zcela správně respektovala dualitu „věcí vyvlastnění“ s jejich odlišným veřejnoprávním či naopak soukromoprávním základem majícím své dopady do oblasti soudní ochrany. Ve veřejnoprávních věcech proto bude dána příslušnost správních soudů a příslušnost soudů civilních se bude opět vztahovat pouze na spory o výši a případné rozdělení náhrady za tyto veřejnoprávní akty.

- 10) Usnesení ÚS ze dne 7. 12. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 14/06; usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 12. 10. 2004, č. j. 4 As 47/2003-50; usnesení zvláštního senátu ze dne 5. 5. 2005, č. j. Konf 81/2004-12.
- 11) V tomto směru byl proto dne 8. 9. 2008 podán Krajským soudem v Brně návrh k Ústavnímu soudu, který je Ústavním soudem veden pod sp. zn. Pl. ÚS 26/08.

Role soudního znalce při řešení sporu

Prof. Ing. Vladimír Smejkal, CSc., LL.M., Praha, Brno*

Znalecký posudek je jedním z nejdůležitějších důkazů v případných sporech mezi objednateli a zhotoviteli IS/IT. Může být zpracován jak před zahájením sporu, tak při vlastním projednávání sporu. Může mít formu listinného důkazu nebo být vypracován na základě ustanovení příslušným orgánem. Pro jeho zadání je nejdůležitější úzká součinnost mezi znalcem a právním zástupcem (advokátem).

I. Úvod

Spory ohledně dodávek informačních systémů a/nebo informačních technologií (IS/IT) se velice často týkají odborných otázek, tj. zda bylo poskytnuto plnění odpovídající smlouvě a jaká je kvalita tohoto plnění. Případně v souvislosti s reklamačním řízením, zda a jaké vady plnění se v dodávce IS/IT vyskytují.

Pro zodpovězení odborných otázek jak před zahájením sporu, tak v jeho průběhu se používají různí odborníci a organizace. Jsou to konzultanti a jiní experti, odborné firmy, vědeckovýzkumné a univerzitní instituce, zájmová sdružení a jakékoliv další subjekty – fyzické nebo právnické osoby, které mohou odpovědět na výše popsané otázky.

Významnou a zvláštní úlohu mezi těmito experty a expertními pracovišti hrají soudní znalci, případně znalecké ústavy (dále jen „znalci“). Je to proto, že jde o přísežné, státem jmenované osoby, které mají zvláštní postavení podle řady právních předpisů ČR. Jejich role při řešení sporu, ať už má toto řešení jakoukoliv formu, je proto významná, přímo nezastupitelná. Pokud jsou zmiňovány různé formy řešení sporu, jako jsou negociace

* Autor je členem Legislativní rady vlády ČR a soudním znalcem v oborech ekonomika, elektronika, kybernetika, kriminalistika a autorská díla v Praze. Vyučuje na Právnické fakultě MU v Brně a Fakultě podnikatelské VUT v Brně.

(vyjednávání mezi stranami), mediace (řešení konfliktu pomocí prostředníka - mediátora), arbitráž (rozhodčí řízení) či soudní řízení, pak čím se stává proces řešení sporu formálnější, tím větší význam má znalecký posudek. Ale bez významu není ani opatření si znaleckého posudku pro interní potřebu, tj. ještě ve stadiu rozhodování, zda vůbec do sporu jít a jakou zvolit formu.

Znalecký posudek je jedním, byť velice významným druhem důkazu. Český právní řád přistupuje k formám důkazů velice liberálně, neboť neomezuje formu důkazů a nařizuje tzv. volné hodnocení důkazů orgánem, před nímž jsou důkazy prováděny. Principy neomezování formy důkazů a jejich volného hodnocení jsou formulovány v právních předpisech dosti obecně tak, abychom je bez problémů mohli aplikovat i na elektronickou podobu důkazů:

- za důkaz mohou sloužit všechny prostředky, jimiž lze zjistit stav věci, zejména výslech svědků, znalecký posudek, zprávy a vyjádření orgánů, fyzických a právnických osob, notářské nebo exekutorské zápisy a jiné listiny, ohledání a výslech účastníků. Pokud není způsob provedení důkazu předepsán, určí jej soud (§ 125 OSŘ);¹
- za důkaz může sloužit vše, co může přispět k objasnění věci, zejména výpovědi obviněného a svědků, znalecké posudky, věci a listiny důležité pro trestní řízení a ohledání. Každá ze stran může důkaz vyhledat, předložit nebo jeho provedení navrhnout. Skutečnost, že důkaz nevyhledal nebo nevyžádal orgán činný v trestním řízení, není důvodem k odmítnutí takového důkazu (§ 89 odst. 2 TrŘ);
- k provedení důkazů lze užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Jde zejména o listiny, ohledání, svědeckou výpověď a znalecký posudek (§ 51 odst. 1 SpŘ);
- jako důkazních prostředků lze užít všech prostředků, jimiž lze ověřit skutečnosti rozhodné pro správné stanovení daňové povinnosti a které nejsou získány v rozporu s obecně závaznými právními předpisy. Jde zejména o různá podání daňových subjektů (příznání, hlášení, odpovědi na výzvy správce daně apod.), svědecké výpovědi a znalecké posudky, veřejné listiny, zprávy o daňových kontrolách, protokoly a úřední záznamy o místním šetření a ohledání, povinné záznamy vedené daňovými subjekty, doklady k nim apod. (§ 31 odst. 4 SpDP);
- za důkaz mohou sloužit všechny prostředky, jimiž lze zjistit skutkový stav, zejména výslech svědků, znalecký posudek, zprávy a vyjádření orgánů a právnických osob, listiny, ohledání, jakož i výslech účastníků (§ 49 odst. 1 ZÚS);
- soud rozhodne, které z navržených důkazů provede, a může provést i důkazy jiné (§ 52 SŘS);
- zákon umožňuje kontrolorům požadovat na kontrolovaných osobách, aby ve stanovených lhůtách předložily originální doklady a další písemnosti, záznamy dat na paměťových médiích prostředků výpočetní techniky, jejich výpisy a zdrojové kódy programů, vzorky výrobků nebo jiného zboží [§ 11 písm. b) zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole].

Jak vidíme z uvedených definic, neomezuje se český právní řád na konkrétní provedení důkazů, na konkrétní technologie. Zákon předpokládá, že pokud není přímo v zákoně předepsáno, soud určí způsob provedení dů-

kazu podle povahy konkrétního důkazního prostředku. Jak v soudním, tak správním řízení je zakotveno hodnocení důkazů podle úvahy příslušného orgánu, a to každý důkaz jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti. Lze předpokládat, že podobně budou postupovat např. i rozhodčí orgány.

II. Legislativní vymezení znalectví

1. Právní úprava týkající se znalců

Postavení znalců (a tlumočnicků) je v ČR upraveno zákonem č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění zákona č. 322/2006 Sb. (ZnalZ), a vyhláškou č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů.

Podle § 2 ZnalZ znaleckou činnost vykonávají znalci zapsaní do seznamu znalců; znaleckou činnost vykonávají také ústavy (§ 21 ZnalZ). Osoby nezapsané do seznamu znalců mohou být v řízení před státními orgány ustanoveny znalci jen výjimečně za podmínek stanovených v § 24 ZnalZ.

Podle § 3 ZnalZ jmenuje znalce pro jednotlivé obory a odvětví ministr spravedlnosti nebo předseda krajského soudu v rozsahu, v němž je ministrem spravedlnosti k tomu pověřen. V souvislosti s problematikou IS/IT dnes přicházejí v úvahu zejména obor kybernetika, odvětví výpočetní technika, přičemž pro zajištění širšího úhlu pohledu a/nebo působení při posuzování zvláštních otázek lze považovat za vhodné i jmenování v oborech, jako jsou elektronika nebo kriminalistika. V případě, že mají být posuzovány i otázky cen plnění a jejich přiměřenosti, přichází v úvahu obor ekonomika - odvětví ceny a odhady a/nebo odvětví řízení, plánování a organizace ekonomiky. Je třeba zdůraznit, že členění oborů a odvětví je cca 40 let staré a neodpovídá příliš realitě vývoje vědy a techniky, resp. celé společnosti za tuto dobu. Přesto lze - při troše základní orientace - se dobrat vhodného zaměření znalce, a to také prostřednictvím tzv. specializace, což je již dobrovolné členění, sloužící právě pro orientaci, jaká je „hlavní parketa“ nebo užší odbornost znalce. Takovými specializacemi mohou být např. informační systémy, software, ochrana dat apod.

2. Znalci v procesních předpisech

2.1 Občanskoprávní řízení

Jak je uvedeno již výše, občanský soudní řád předpokládá provedení důkazu znaleckým posudkem, a to podle § 127 OSŘ, podle kterého platí:

(1) *Závisí-li rozhodnutí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, ustanoví soud po slyšení účastníků znalce. Soud znalce vylučuje; znalci může také uložit, aby posudek vypracoval písemně. Je-li ustanoveno několik znalců, mohou podat společný posudek. Místo výslechu znalce může se soud v odůvodněných případech spokojit písemným posudkem znalce.*

(2) *Znalecký posudek je možno také dát přezkoumat jiným znalcem, vědeckým ústavem nebo jinou institucí.*

1) Na rozdíl od občanského soudního řízení připouští trestní řád tzv. kontradikci, tj. dává stejnou váhu posudkům a jiným důkazům opatřeným státem, jako obviněným či obžalovaným - viz § 110a TrŘ. U občanskoprávního (a tedy i obchodního) soudního řízení tomu tak není - viz dále.

(3) Účastníkovi, popřípadě i někomu jinému, může předseda senátu uložit, aby se dostavil ke znalci, předložil mu potřebné předměty, podal mu nutná vysvětlení, podrobil se lékařskému vyšetření, popřípadě zkoušce krve, anebo aby něco vykonal nebo snášel, jestliže to je k podání znaleckého posudku třeba.

(4) Místo posudku znalce lze použít potvrzení nebo odborné vyjádření, o jejichž správnosti nemá soud pochybnosti. Za vydání potvrzení nebo odborného vyjádření náleží finanční úbrada, stanoví-li tak zvláštní předpis.

Je třeba si uvědomit jednu důležitou věc: podle občanského soudního řádu a judikatury Nejvyššího soudu jestliže znalec podal posudek mimo řízení na základě žádosti účastníka, nejedná se o provedení důkazu znaleckým posudkem ve smyslu § 127 OSŘ, nýbrž o důkaz listinou podle § 129 OSŘ. Váhu znaleckého posudku má tedy pouze posudek vypracovaný znalcem, ustanoveným soudem; posudky opatřené účastníky řízení mají povahu pouze tzv. listinného důkazu.

2.2 Trestní řízení

V trestním řízení je podávání znaleckých posudků upraveno v § 105 TrŘ. Je-li k objasnění skutečnosti důležité pro trestní řízení třeba odborných znalostí, vyžádá orgán činný v trestním řízení odborné vyjádření. Jestliže pro složitost posuzované otázky takový postup není postačující, přibere orgán činný v trestním řízení a v řízení před soudem předseda senátu znalce. O přibrání znalce se vyrozumí obviněný a v řízení před soudem též státní zástupce. Jiná osoba se o přibrání znalce vyrozumí, pokud je k podání znaleckého posudku třeba, aby tato osoba něco konala nebo strpěla.

2.3 Rozhodčí řízení

Podle principů občanského soudního řízení mohou, ale nemusejí postupovat rozhodci. Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, totiž v § 19 uvádí, že strany se mohou dohodnout na postupu, kterým mají rozhodci vést řízení, přičemž rozhodci postupují v řízení způsobem, který považují za vhodný. Vedou rozhodčí řízení tak, aby bez zbytečných formalit a při poskytnutí stejné příležitosti k uplatnění práv všem stranám byl zjištěn skutkový stav věci potřebný pro rozhodnutí sporu. Přitom ale podle § 20 RozŘ rozhodci mohou vyslyšet svědky, znalce a strany, jen když se k nim dobrovolně dostaví a poskytnou výpověď. Také jiné důkazy mohou provádět jen tehdy, jsou-li jim poskytnuty. Zákon o rozhodčím řízení předpokládá v § 30, že nestanoví-li zákon jinak, užijí se na řízení před rozhodci přiměřeně ustanovení občanského soudního řádu. Dle názoru autora ale výše cit. § 19 RozŘ umožňuje větší kontradikci, a tedy i uznávání znaleckých posudků, opatřených stranami. Nelze ovšem vyloučit aby v případě, kdy je předloženo více posudků, lišících se svými závěry, rozhodčí soud ustanovil vlastního znalce.

3. Provedení důkazu znaleckým posudkem

Hodnocení důkazu znaleckým posudkem spočívá v posouzení, zda závěry posudku jsou náležitě odůvodněny, zda jsou podloženy obsahem nálezu, zda bylo přihlédnuto ke všem skutečnostem, s nimiž se bylo třeba vypořádat, zda závěry posudku nejsou v rozporu s výsledky ostatních důkazů a zda odůvodnění znaleckého

posudku odpovídá pravidlům logického myšlení. Důkaz znaleckým posudkem tedy soud hodnotí jako každý jiný důkaz, nemůže však přezkoumávat věcnou správnost odborných závěrů.² Závěry znaleckého posudku nelze bez dalšího přebírat, ale je třeba v případě potřeby je ověřovat i jinými důkazy, a to zejména tehdy, jestliže mohou být pochybnosti o správnosti závěrů znaleckého posudku. Tak tomu je např., připouští-li znalecký posudek možnost zpřesnění jím uváděných údajů, avšak k tomuto zpřesnění znalec nepřikročí, nebo postupuje-li znalec ve znaleckém posudku podle určitého předpisu, ale v důležitých závěry se od něho bez bližšího zdůvodnění odchýlí.³

Pokud má soud při rozhodování k dispozici dva znalecké posudky s rozdílnými závěry o určité otázce, musí je zhodnotit v tom smyslu, který z nich a z jakých důvodů vezme za podklad svého rozhodnutí a z jakých důvodů nevychází ze závěru druhého znaleckého posudku; pro tuto úvahu je potřebné vyslechnout oba znalce. Pokud by ani takto nebylo možné odstranit rozpory v závěrech znaleckých posudků, je třeba dát tyto závěry přezkoumat jiným znalcem, vědeckým ústavem nebo jinou institucí (viz § 127 odst. 2 OSŘ).

Pro úplnost uvádím zásadu potvrzenou soudními rozhodnutími, že soud ustanoví znalce tam, kde rozhodnutí závisí na posouzení skutečnosti, k nimž je třeba odborných znalostí. Musí tedy jít o skutečnost, která je nebo by mohla být významná pro rozhodnutí v konkrétní věci a k jejímuž posouzení jsou nezbytné odborné znalosti, které soudce nemohl získat přípravou nutnou pro výkon svého povolání. Naopak, jestliže soudce má kromě odborných znalostí předpokládaných pro výkon svého povolání i jiné odborné znalosti potřebné pro posouzení určité skutečnosti, nelze k tomu zpravidla brát zřetel při úvaze o tom, zda má být proveden důkaz znaleckým posudkem. I v těchto případech je povinností soudu, aby provedl důkaz znaleckým posudkem.⁴

Naopak vyloučeno je nařídít důkaz znaleckým posudkem tam, kde jde o právní posouzení skutečného stavu věci. Předmětem dokazování mohou být jen skutkové poznatky, a to ty, které jsou rozhodující z hlediska předmětu řízení. Poznatky právní (znalost tuzemského objektivního práva, jež má být v daném případě aplikováno) pak předmětem dokazování nejsou. Znalost právního řádu a s tím spojená možnost se v něm orientovat a jeho ustanovení správně vykládat a používat jsou základním předpokladem pro výkon funkce soudce (§ 121 OSŘ). Vychází se zde totiž z pravidla, že soud zná (je povinen znát) právo. Právní posouzení vyjadřující podřazení zjištěného skutkového děje pod určitý právní předpis náleží výhradně soudu. Soud proto není vázán právním posouzením věci účastníky řízení a nemůže také přesunout těžiště právního posouzení na jiný orgán nepříslušný k projednání věci.⁵

2) Rozsudek NS ČR ze dne 25. 4. 2002, sp. zn. 25 Cdo 583/2001.

3) Rozsudek NS ČR ze dne 16. 2. 1995, sp. zn. Cdon 24/94.

4) K některým otázkám postupu soudů a státních notářství při provádění důkazu znaleckým posudkem v občanském soudním řízení a v řízení před státním notářstvím. Zpráva občanskoprávního kolegia NS ČR o úrovni znaleckého dokazování u soudů a státních notářství Cpj 161/79, schválená usnesením pléna NS ČR z 23. 12. 1980, Pls 3/80.

5) Rozbor a zhodnocení úrovně soudních rozhodnutí v občanském soudním řízení u soudů prvního stupně, NS ČSSR, Prz 36/67. Také rozsudek NS ČR ze dne 28. 4. 2004, sp. zn. 22 Cdo 2554/2003.

4. Nezávislost znalce

Často se při různých příležitostech a především ve sdělovacích prostředcích objevuje termín „nezávislý znalec“. Toto je ale logický nesmysl a protimluv. „Závislý“ znalec, tedy znalec jakýmkoliv způsobem podjatý, nesmí znalecký posudek vypracovat, resp. vypracuje-li jej, pak postupuje v rozporu s § 11 ZnalZ, podle kterého:

(1) *Znalec (tlumočnick) nesmí podat posudek (provést tlumočnický úkon), jestliže lze mít pro jeho poměr k věci, k orgánům provádějícím řízení, k účastníkům nebo k jejich zástupcům pochybnost o jeho nepodjatosti.*

(2) *Jakmile se znalec (tlumočnick) dozví o skutečnostech, pro které je vyloučen, oznámí to neprodleně; stejnou povinnost mají i účastníci řízení. O tom, zda znalec (tlumočnick) je vyloučen, rozhoduje orgán, který jej pro podání posudku (tlumočnický úkon) ustanovil.*

(3) *O tom, kdy znalec (tlumočnick) může odepřít podání posudku (překlada) a kdy mu nemůže být podání posudku (překlada) uloženo, platí pro jednotlivé druhy řízení obdobně ustanovení o svědčích.*

Ustanovení o svědčích najdeme např. v § 126 odst. 1 OSŘ, podle kterého výpověď může svědek (a tedy i znalec) odepřít jen tehdy, kdyby jí způsobil nebezpečí trestního stíhání sobě nebo osobám blízkým; o důvodnosti odepření výpovědi rozhoduje soud.

Společně s pojmem „nezávislost“ se v právních předpisech objevuje pojem „podjatost“. Platí to o jakýchkoliv osobách – svědčích, znalcích, ale i orgánech činných v trestním řízení nebo soudech. Podjatý znalec by tedy mohl být tehdy, pokud pro jeho zvláštní poměr k věci, k účastníkům nebo k jejich zástupcům je tu důvod pochybovat o jeho nepodjatosti (viz § 14 OSŘ). Definici možných důvodů k podjatosti můžeme najít např. v judikatuře, podle níž „*Poměr soudce k věci, který má za následek jeho podjatost, může vyplývat především z přímého právního zájmu soudce na projednávání věci. Tak je tomu v případě, kdy soudce sám je účastníkem řízení, nebo v případě, že by mohl být rozhodnutím soudu přímo dotčen ve svých právech. Vyloučen je také soudce, který získal o věci poznatky jiným způsobem, než z dokazování při jednání. Soudcův poměr k účastníkům nebo k jejich zástupcům pak může být založen především příbuzenským nebo jemu obdobným vztahem. V úvahu přichází i vztah ekonomické závislosti. Důvodem k vyloučení soudce však nejsou okolnosti, které spočívají v postupu soudce v řízení o projednávání věci nebo v jeho rozhodování v jiných věcech, a to ani v případě, že by rozhodnutí tohoto soudce nebyla správná (například pokud samosoudce vynese rozhodnutí, které je odvolacím soudem zrušeno).*“⁶

U znalce lze vycházet z obdobného vymezení. Tak např. existence blízkého příbuzenského vztahu znalce ke státnímu zástupci činnému v projednávání trestní věci (např. vztah otce a syna) je sama o sobě skutečností vyvolávající pochybnost o nepodjatosti znalce bez ohledu na to, zda mohou být závěry znaleckého posudku zkrusleny ve prospěch či v neprospěch obviněného. Jde zároveň o vadu, kterou nelze odstranit jinak než opatřením nového znaleckého posudku zpracovaného jiným znalcem.⁷ Tuto závadu můžeme samozřejmě obdobně aplikovat i ve věcech občanskoprávních. Jedním z dalších důvodů, kdy lze zcela důvodně pochybovat o nepodja-

tosti znalce pro poměr k účastníkovi řízení, je skutečnost, že mezi nimi existuje pracovní poměr k témuž zaměstnavateli. Je totiž zřejmé, že se v takovém případě jedná o vztah ekonomické závislosti, jednak nelze ani vyloučit možnost, že přístup znalce při vypracování znaleckého posudku mohou (vědomě či nevědomě) ovlivnit pocity kolegiality a loajality či obavy před nepříznivými pracovní-společenskými dopady.⁸ Rovněž zařazení pracoviště kvalifikovaného ke znalecké činnosti do organizační soustavy jednoho z účastníků řízení je důvodem naplnění zákonného předpokladu pochybnosti o jeho nestrannosti při výkonu činnosti znalce, a tedy nepodjatosti.⁹

Diskutovaným problémem je nicméně skutečnost, že v případě znalce, provádějícího posudek na základě žádosti účastníka řízení, se nelze vyhnout tvrzením, že obsah, resp. závěry posudku jsou předem dohodnuty s objednatelům tak, aby mu vyhovovaly. V trestněprávní oblasti je toto řešeno kogentním požadavkem na prohlášení znalce ve smyslu § 110a TrŘ, kde obvykle znalec prohlašuje, že si je vědom následků vědomě nepravdivého znaleckého posudku. V občanskoprávní oblasti pak lze použít prohlášení znalce typu „*Odměna za zpracování znaleckého posudku byla sjednána předem a nemá vliv na výsledek znaleckého zkoumání.*“ Obchodní zákoník (ale pouze) v oblasti práva obchodních společností a družstev používá formulaci „*znalec nezávislý na společnosti, jmenovaný za tím účelem soudem*“; jde o konstrukci, kdy sice jmenování znalce pro podání konkrétního posudku navrhuje a náklady hradí společnost, ale o konkrétním znalci rozhoduje soud. V ryze obchodních sporech ovšem tento mechanismus použít nelze. Dle mého názoru je třeba vycházet jednak z morálních vlastností znalce, jež jsou požadovány již při jeho jmenování [viz § 4 odst. 1 písm. c) ZnalZ], jednak z trestní odpovědnosti znalců formulované v § 175 TrZ, a tvrzení o závislosti, vyplývající z pouhého faktu ekonomického vztahu mezi objednatelům a zhotovitelem, bez existence dalších důkazů odmítnout. Jiná věc ovšem je následující pravděpodobné vyloučení takového znalce z možnosti být ve stejné věci ustanoven soudem pro podání posudku *ex officio*.

Dalším důvodem pro rozhodnutí o podjatosti je např. skutečnost, že soudce nebo znalec pronáší výrok, z nichž vyplývá, že osobu považuje již předem za vinnou (ať již v občanskoprávním smyslu, např. vzhledem k zavinění škody, nebo trestněprávním).¹⁰

Z tohoto hlediska je tedy třeba již před zahájením spolupráce s konkrétním znalcem posoudit, zda je výhodou zpracování posudku v obchodním sporu na základě objednávky jedné ze stran, nebo zda navrhnout jmenování znalce orgánem, který spor rozhoduje.

III. Vlastní činnost znalce

1. Před zahájením sporu

Před zahájením sporu je úloha znalce podobná úloze jiného experta či konzultanta, ovšem znalostí a především zkušeností znalce s opatřováním a prováděním dů-

6) Usnesení NS ČR ze dne 22. 10. 2001, sp. zn. 22 Cdo 172/2000.

7) Rozsudek NS ČR ze dne 25. 4. 2001, sp. zn. 5 Tz 63/2001.

8) Nález ÚS ze dne 25. 6. 2003, sp. zn. II. ÚS 35/03.

9) Rozsudek NS ČR ze dne 29. 3. 2001, sp. zn. 30 Cdo 2277/2000.

10) Viz např. rozhodnutí NS ČSR ze dne 18. 3. 1986, sp. zn. 6 Tz 4/86.

kazů, případně s průběhem sporů (nemluvě o případech, kdy je znalec vzdělán i v právních otázkách, především souvisejících s IS/IT), jsou značnou konkurenční výhodou. V této oblasti je dokazování (získávání a provádění důkazů) mimořádně subtilní a složitou záležitostí, kterou jedna z (teoreticky rovnoprávných) smluvních či sporných stran nemusí vždy mít vůbec šanci zvládnout. V následujícím textu je popsán možný postup obecně, bez ohledu na to, zda jde o pohled ze strany dodavatele (zhotovitele IS/IT), nebo jeho zákazníka (objednatele).¹¹

Prvním krokem by měl být rozbor smlouvy jak z hlediska právního, tak věcného. Aneb posouzení, zda smlouva je napsána tak, že je možné z ní či navazujících dokumentů odvodit, co a jak (jakým způsobem a v jaké kvalitě) mělo být plněno. I toto posouzení by měl provést souběžně nejen právník, ale i znalec (ideálně znalec a právník v jedné osobě, není to ale podmínkou; nutná je ale úzká spolupráce mezi právníkem - advokátem a znalcem). V mnoha případech totiž lze konstatovat, že předmět plnění je ve smlouvě tak špatně definován, že nelze jednoznačně stanovit atributy plnění. Nedostatečná specifikace předmětu plnění je vadou mnoha smluv a konkretizace tohoto plnění by měla být nejdůležitějším obsahem smlouvy!¹²

Druhým krokem je prověření, zda výhrady zákazníka k plnění jsou oprávněné. Tedy zda tvrzené problémy nebo vady skutečně existují. Následně může být pátráno po jejich příčinách a navržen postup na jejich odstranění. Pokud ovšem směřujeme ke sporu, pak jakékoliv odstranění dříve, nežli bude zaarchivován průkazným způsobem stav plnění v okamžiku jeho posuzování znalcem, by bylo hrubou chybou. V souvislosti s tím je vhodné originální média a originální instalaci zachovat nedotčené po celou dobu sporu až do jeho pravomocného ukončení a pracovat pouze s kopiemi. Vhodným prostředkem k doložení o času a integritě uložených dat je pak použití elektronického podpisu a časového razítka.¹³ V této fázi může být rovněž opatřen znalecký posudek, který bude mít charakter pouze dokumentační, tj. jakási obdoba notářského zápisu (ani ten ovšem není vyloučen). Jeho obsahem bude pouhá konstatace fakt, tj. bylo zjištěno, že stav IS/IT je takový a takový.

Teprve v tento okamžik lze zahajovat či eskalovat případný spor, neboť bez provedení výše popsaných dvou kroků by se jednalo o nepřiměřené riziko negativního výsledku.

2. Během sporu

V případě, že se bude jednat o spor řešený vyjednáváním (negociací, mediací), je možné využít znalce i pro tuto úlohu (např. ve dvojici s právním zástupcem). Je třeba si ale uvědomit, že znalec bude z hlediska orgánu, posléze rozhodujícího spor, považován za podjatého, tj. jeho případný posudek, zpracovaný na žádost některého z účastníků, bude považován za méně objektivní nežli posudek znalce ustanoveného tímto orgánem. To samozřejmě platí i pro znalce, spolupracujícího s účastníkem již před zahájením sporu. Na druhou stranu pokud s tímto vědomím účastník přistoupí ke spolupráci, může být výsledek znaleckého zkoumání perfektnější, díky delší spolupráci s účastníkem a možnosti hlubšího vhledu do zkoumaného předmětu (IS/IT). V této fázi jsou používány zkušenými advokáty různé taktiky, jak dosáhnout maximální věrohodnosti určitého znalce

v očích příslušného orgánu, či naopak, jak jej zcela eliminovat.

Pokud se účastník rozhodne nechat si vypracovat vlastní znalecký posudek (což zejména zahajuje-li spor, je velice vhodné, až nezbytné), pak je třeba, aby dvojice právní zástupce - znalec naformulovala společně otázky, na které má znalec v posudku odpovědět. Pokud tak učiní pouze právník či uživatel (ale i soudce), jsou mnohdy výsledkem otázky nevhodné či nešťastně formulované, na které nelze odpovědět, odpověď nemá pro řízení ve skutečnosti žádný význam a naopak - některé otázky (a tedy i odpovědi) mohou zcela chybět.

Znalec nemá odpovídat na právní otázky, ale v posudku by měl konstatovat nález (typicky stav plnění, např. funkčnost či nefunkčnost informačního systému), případně v posudkové části odpovědět na otázky, proč se tak z odborného hlediska děje - chyby v software, nekompatibilita, nedostatečně dimenzovaný hardware apod.). Pokud jde např. o cenu plnění nebo náhradu škody, pak je-li znalec jmenován pro obor ekonomika se specializací kybernetika/výpočetní technika, by měl odpovědět i na tyto otázky. (Typicky např. v oblasti autorskoprávní stanovení výše odměny, která by byla obvyklá za získání takové licence v době neoprávněného nakládání s dílem.)

Posudek znalce musí být přezkoumatelný. Není tedy možné, aby se zde objevovala nedoložitelná tvrzení. Vše, co znalec uvádí, musí být 1. přílohou posudku, 2. není-li to možné, pak v archivu znalce, 3. případně na veřejně dostupných zdrojích (včetně odkazu).

IV. Závěr

Jak asi již vyplývá z výše uvedeného, při zadání posudku by měly být vhodně formulovány otázky tak, aby opravdu bylo v silách znalce na ně odpovědět. Požadavky různých orgánů typu „Zpracujte posudek, který má odpovědět na otázku, jaký byl stav (pokud možno stále užívaného - pozn. aut.) počítače před třemi lety“, s nimiž se běžně lze setkat, jsou opravdu odsouzeny k neúspěchu. Podobně jako pokusy o dokázání obsahu elektronického dokumentu, který nebyl opatřen ani časovým razítkem, ani elektronickým podpisem.

V případě, že se vyskytnou jakékoliv problémy v souvislosti s IS/IT a lze přepokládat, že by mohly být předmětem reklamace či přímo sporu s dodavatelem nebo naopak zákazníkem, lze důrazně doporučit bedlivé dodržení následujících zásad:

1. nekomunikovat s protistranou, dokud problém není zanalyzován a zkonzultován s právníkem, případně znalcem;
2. vyhledat odbornou pomoc dříve, než je podána žaloba; ideální je mimosoudní řešení - dohoda o narovnání, rozhodčí řízení ... cokoliv kromě soudu; výjimkou může být spor, kde jde spíše o právní nežli věcné otázky, a v tom případě je „mnohoinstančnost“ soudního řízení výhodou;
3. vybrat si jednoho právníka a/nebo znalce a tomu věřit.

11) Smejkal, V. a kol. Právo informačních a telekomunikačních systémů. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2004.

12) Smejkal, V., Rals, K. Řízení rizik ve firmách a jiných organizacích. 2. vydání. Praha : Grada, 2006.

13) Mates, V., Smejkal, V. E-government v českém právu. 1. vydání. Praha : Linde, 2006.