

Petr Svoboda

K právní povaze protokolu o kontrole a rozhodování o námitkách proti němu¹⁾

I. Úvod

*Navrhovaný zákon o kontrole*²⁾, podobně jako platný *zákon o státní kontrole*³⁾, stanoví obecnou, subsidiární úpravu *procesu* (správní) kontroly, tzn. procesně-právních pravomocí a právních povinností (správních) kontrolních orgánů v souvislosti s výkonem kontroly na straně jedné a odpovídajících veřejných subjektivních práv a právních povinností kontrolovaných osob na straně druhé.⁴⁾ Výsledkem kontroly je protokol o kontrole jakožto zvláštní druh dokumentačního úkonu⁵⁾ správního orgánu, jehož jádrem je kontrolní zjištění.⁶⁾ Proti kontrolnímu zjištění může kontrolovaná osoba podat ve stanovené lhůtě námitky jako zvláštní druh opravného prostředku.⁷⁾ O námitkách se vede jakési řízení, ve kterém nadřízená osoba kontrolujícího (resp. vedoucí kontrolního orgánu) přezkoumává správnost a úplnost kontrolního zjištění. Výsledkem řízení je rozhodnutí nadřízené osoby kontrolujícího (resp. vedoucího kontrolního orgánu) o námitkách, proti kterému již není žádný opravný prostředek přípustný.⁸⁾

Úprava procesu kontroly, obsažená v navrhovaném zákoně o kontrole, je koncepčně dosti podobná úpravě obsažené v platném zákonu o státní kontrole. Až na několik dílčích vylepšení nepřináší nic podstatně nového, ani lepšího. To je z hlediska potřebného pokroku v kvalitě zákonné úpravy trochu škoda. Současná, 20 let stará, koncepce procesu kontroly totiž vyvolává *dvě zásadní právně-teoretické otázky*, které přinášejí

¹⁾ Tento článek vychází z právního stavu platného a účinného ke dni 30. 11. 2011, nevyplývá-li z jeho textu něco jiného.

²⁾ Návrh zákona o kontrole a o změně některých zákonů (kontrolní řád), vypracovaný Ministerstvem vnitra v roce 2011, (dále jen „navrhovaný zákon o kontrole“).

³⁾ Zákon ČNR č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, v platném znění, (dále jen „zákon o státní kontrole“).

⁴⁾ Srov. § 1 odst. 5, § 5 až § 20 navrhovaného zákona o kontrole; § 8 až § 26 platného zákona o státní kontrole.

⁵⁾ Srov. STAŠA, J. in: HENDRYCH, D. a kol.: *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 293.

⁶⁾ Srov. § 10 písm. f) a § 14, zejména odst. 1 písm. h) navrhovaného zákona o kontrole; § 15 a § 16 platného zákona o státní kontrole.

⁷⁾ Srov. § 15 navrhovaného zákona o kontrole; § 17 platného zákona o státní kontrole.

⁸⁾ Srov. § 16 navrhovaného zákona o kontrole; § 18 platného zákona o státní kontrole.

několik praktických aplikačních problémů. Za prvé, jaká je právní povaha a důkazní význam protokolu o kontrole? Za druhé, jaká je právní povaha rozhodování o námitkách proti protokolu o kontrole? Vzhledem k tomu, že navrhovaný zákon o kontrole v podstatě jen přebírá dosavadní koncepci procesu kontroly, přebírá s ní i tyto dvě otázky a ponechává je nezodpovězené.

V tomto příspěvku se snažím nalézt na uvedené dvě otázky odpovědi a nabídnout odpovídající úvahy *de lege ferenda*. Vzhledem k tomu, že úprava protokolu o kontrole a rozhodování o námitkách proti němu v navrhovaném zákonu o kontrole (§ 14 až 16) je co do podstaty shodná s úpravou v platném zákonu o státní kontrole (§ 15 až 18), lze využít dosavadní judikaturu správních soudů, přičemž většina níže uvedených úvah je použitelná obdobně i pro platnou zákonnou úpravu.

II. Protokol o kontrole a rozhodování o námitkách proti němu – rozbor navrhované i platné zákonné úpravy

II.A. Obecné otázky

Proces kontroly, jak je upraven v navrhovaném zákonu o kontrole i v platném zákonu o státní kontrole, zahrnuje soubor správních činností, který je v nauce správního práva označován jako *první, zjišťovací fáze* kontroly. Tato fáze, která je pro kontrolní činnost pojmová, spočívá v tom, že kontrolní orgán zjišťuje informace o (skutečném) chování kontrolovaných osob a hodnotí je podle požadavků, které vyplývají z právních norem, popřípadě též z vnitřních předpisů nebo pokynů, jde-li o vnitřní kontrolu⁹⁾. V této fázi kontrolní orgán disponuje řadou pravomocí k zasahování do hmotně-právního postavení kontrolovaných osob, jejichž společným účelem je umožnit mu, aby zjistil potřebné informace o tom, zda a do jaké míry se kontrolované osoby chovají v souladu se stanovenými požadavky. Výsledkem první fáze není správní akt, tj. správní rozhodnutí o subjektivních právech či povinnostech kontrolovaných osob, ale dokumentační úkon¹⁰⁾, tj. protokol o kontrole, ve kterém kontrolní orgán zaznamenává především zjištěný skutkový stav, popřípadě též důkazy (podklady) k jeho prokázání. Právě informace o zjištěných skutečnostech a označené či zajištěné důkazy (podklady) jsou jádrem kontrolního zjištění, které je zase jádrem kontrolního protokolu.¹¹⁾

Na první, zjišťovací fázi kontroly může (ale nemusí) navazovat *druhá, aplikační fáze* kontroly. Ta je pro kontrolní činnost fakultativní a následuje podle okolností tehdy, jestliže kontrolní orgán v první fázi zjistil, že kontrolovaná osoba nesplnila stanovené požadavky. Druhá fáze spočívá v tom, že kontrolní orgán na základě výsledků kon-

⁹⁾ Srov. § 1 odst. 2 navrhovaného zákona o kontrole.

¹⁰⁾ O *dokumentačních úkonech* jako druhu informačních úkonů píše J. Staša (srov. STAŠA, J. in: HENDRYCH, D. a kol.: *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 292 – 293).

¹¹⁾ Srov. § 14 odst. 1 písm. h) navrhovaného zákona o kontrole; § 15 platného zákona o státní kontrole.

trolního zjištění z první fáze aplikuje odpovídající nápravné nebo sankční prostředky anebo dá podnět (popřípadě návrh) příslušnému správnímu orgánu (popřípadě soudu) k jejich aplikaci. Při aplikaci těchto prostředků již zpravidla jde o rozhodování o subjektivních právech nebo povinnostech osob, které se děje v rámci správního nebo soudního řízení. V řízení pak příslušný orgán zásadně vychází ze záznamů o skutečnostech a z důkazů (podkladů), získaných v první (zjišťovací) fázi kontroly a zachycených v protokolu o kontrole; protokol o kontrole je tak v navazujícím řízení jedním z hlavních důkazů (podkladů), a to buď sám o sobě, nebo ve spojení s ostatními důkazy (podklady), na které odkazuje nebo které zachycuje. Výsledkem druhé fáze je proto zásadně rozhodnutí o subjektivních právech nebo povinnostech osob.

Z procesně-právního hlediska však proces druhé fáze již není kontrolou v pravém (úzkém) slova smyslu, ale *řízením*, tj. procesem, který má odlišný účel, předmět, povahu, subjekty a hlavně výsledek. Zpravidla jde o správní řízení, u některých druhů kontroly však může jít (též) o soudní řízení, zejména v rámci státního dozoru nad územními samosprávnými celky¹²⁾. Proces druhé fáze kontroly proto není předmětem úpravy v navrhovaném zákonu o kontrole, ani v platném zákonu o státní kontrole, ale zásadně v procesních řádech, zejména ve správním řádu¹³⁾ v části druhé a třetí (§ 9 až 153), jde-li o správní řízení.¹⁴⁾

¹²⁾ Např. řízení před krajským soudem o žalobě Ministerstva vnitra proti usnesení, rozhodnutí nebo jinému opatření orgánu obce nebo orgánu kraje v samostatné působnosti [srov. § 124 odst. 3 zákona č. 128/2008 Sb., o obcích (obecní zřízení), v platném znění, (dále jen „zákon o obcích“), § 82 odst. 3 zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení), v platném znění, (dále jen „zákon o krajích“), a § 67 písm. a) zákona č. 152/2000 Sb., soudní řád správní, v platném znění, (dále jen „soudní řád správní“)] nebo řízení před Ústavním soudem o návrhu Ministerstva vnitra na zrušení obecně závazné vyhlášky obce nebo kraje [srov. § 123 odst. 3 zákona o obcích, § 82 odst. 2 zákona o krajích a § 64 odst. 2 písm. g) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, v platném znění, (dále jen „zákon o Ústavním soudu“)].

¹³⁾ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění, (dále jen „správní řád“).

¹⁴⁾ K *rozlišování 1. fáze kontroly (zejména správního dozoru) a řízení (zejména správního řízení)* srov. následující literaturu a judikaturu: Z literatury: zejména STAŠA, J. in: HENDRYCH, D. a kol.: *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 315 – 317; SLÁDEČEK, V.: *Obecné správní právo*. 2. vydání. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 219; HÁCHA, E. in: kol. autorů: *Slovník veřejného práva československého, Svazek I*, Praha: EUROLEX BOHEMIA, s. r. o., 2000, s. 458-459. Z judikatury: zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2010 č. j. 7 As 33/2010-99 (č. 2323, Sb. NSS č. 7/2011), rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 5. 2007 č. j. 7 As 19/2006-103 (ASPI ID: JUD50654CZ), rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 7. 2. 2006 č. j. 11 Ca 67/2005-68 (č. 1509, Sb. NSS č. 3/2008), rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. 11. 2005 č. j. 9 Ca 60/2004-44 (č. 1212, Sb. NSS č. 6/2007), usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 2. 2004 č. j. 5 A 55/2001-68 (č. 567, Sb. NSS č. 6/2005), rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 27. 12. 2001 č. j. 7 A 98/99-37 (č. 1001, SJS č. 4/2002), rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 30. 8. 2001 č. j. 7 A 59/99-45 (č. 900, SJS č. 6/2001), rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 12. 2000 č. j. 6 A 77/99-25 (č. 1068, SJS č. 6/2002), rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 21. 12. 2000 č. j. 6 A 93/99-46 (č. 858, SJS č. 5/2001), nálezh Ústavního soudu ze dne 9. 6. 1999 sp. zn. II. ÚS 318/98 (č. 89, Sb. nález. us. ÚS, 1999, sv. 14), usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 13. 7. 1995 č. j. 29 Ca 100/95 (ASPI ID: JUD37335CZ), rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 22. 7. 1994 č. j. 6 A 42/93 (č. 117, SP č. 4/1996), rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 27. 8. 1993 č. j. 6 A 82/93 (č. 112, SP č. 2/1996).

V kontextu právě uvedeného výkladu je důležitá otázka, zda či do jaké míry je na proces kontroly v pravém (úzkém) slova smyslu, tj. na její první, zjišťovací fázi, použitelný *správní řád*. Logicky se na tento proces nemůže vztahovat část druhá a třetí správního řádu, neboť nejde o správní řízení. Správní řád jako celek zde ovšem není vyloučen ani samotným zákonem o státní kontrole¹⁵⁾ (resp. navrhovaným zákonem o kontrole), ani z povahy věci. Na proces kontroly se tak zřejmě vztahuje část první správního řádu, tj. základní zásady činnosti správních orgánů, a patrně i část sedmá správního řádu, zejména její hlava I „Společná ustanovení“, například § 175 o stížnosti a § 178 o nadřízeném správním orgánu. A možná, že se na něj vztahuje obdobně i část čtvrtá správního řádu, a to na základě generálních zbytkových klauzulí v § 158 odst. 1 a § 177 odst. 2 správního řádu, které dopadají na provádění „jiných úkonů“ správních orgánů.

Výsledkem procesu kontroly v pravém (tj. procesně-právním) slova smyslu je *protokol o kontrole*.¹⁶⁾ Ten je spojovacím prvkem mezi první a případnou druhou fází kontroly. V případném navazujícím řízení je jedním z rozhodujících důkazů (podkladů), jde-li o řízení správní, srov. § 50 odst. 1, § 51 odst. 1 a § 150 odst. 2 správního řádu. Jádrem protokolu o kontrole je kontrolní zjištění. Jeho správnost a úplnost má podle navrhovaného zákona o kontrole zajišťovat dvojí režim procesních prostředků nápravy. Za prvé, námitky, které jsou zvláštním druhem opravného prostředku, neboť k jejich podání ve stanovené lhůtě je aktivně procesně legitimována kontrolovaná osoba;¹⁷⁾ námitky zná i platný zákon o státní kontrole.¹⁸⁾ Za druhé, oprava nesprávností v protokolu o kontrole, kterou provádí z moci úřední kontrolní orgán formou dodatku k protokolu o kontrole, aniž by byl přitom omezen nějakou zákonem stanovenou lhůtou.¹⁹⁾ Tato oprava je zvláštním druhem dozorčího prostředku, neboť není v dispozici kontrolované osoby, ale výlučně kontrolního orgánu. Platný zákon o státní kontrole opravu ani jiný podobný druh dozorčího prostředku neupravuje.

O *námitkách* se vede jakési řízení, které je upraveno v § 16 navrhovaného zákona o kontrole, resp. § 18 platného zákona o státní kontrole. K němu je věcně příslušný tentýž kontrolní orgán, který prováděl kontrolu.²⁰⁾ Při rozhodování o námitkách se tedy neuplatňuje devolutivní princip, což přirozeně omezuje objektivitu při přezkoumávání protokolu o kontrole. Výsledkem tohoto řízení je formalizované rozhodnutí, kterým příslušná osoba námitkám meritorně „vyhoví, částečně vyhoví, nebo je zamít-

¹⁵⁾ Srov. § 26 platného zákona o státní kontrole, který rozhodně nevylučuje působnost správního řádu jako celku.

¹⁶⁾ Srov. § 14 navrhovaného zákona o kontrole; § 15 a § 16 platného zákona o státní kontrole.

¹⁷⁾ Srov. § 15 navrhovaného zákona o kontrole.

¹⁸⁾ Srov. § 17 platného zákona o státní kontrole.

¹⁹⁾ Srov. § 22 odst. 1 navrhovaného zákona o kontrole.

²⁰⁾ Podle § 16 odst. 1 navrhovaného zákona o kontrole je funkčně příslušná nadřízená osoba kontrolujícího, podle § 18 odst. 1 platného zákona o státní kontrole je funkčně příslušný vedoucí kontrolního orgánu.

ne“, popřípadě je zamítno z formálních důvodů.²¹⁾ Toto rozhodnutí je konečné, opravný prostředek proti němu není přípustný.²²⁾ Navrhovaný zákon o kontrole v souvislosti s rozhodováním o námitkách výslovně neupravuje, zda má kontrolní orgán povinnost opravit protokol o kontrole, pokud námitkám zcela nebo zčásti vyhověl.²³⁾

O *opravě* protokolu o kontrole, kterou provádí kontrolní orgán z moci úřední formou dodatku k protokolu o kontrole, se naproti tomu zjevně nemá vést žádné řízení. Opravu má kontrolní orgán provést bezprocedurálně. Navrhovaný zákon upravuje pouze povinnost kontrolního orgánu doručit stejnopis dodatku kontrolované osobě.²⁴⁾ Týká-li se dodatek kontrolního zjištění, lze logicky dovodit, že od jeho doručení je kontrolovaná osoba oprávněna podat proti němu ve stanovené lhůtě „nové“ námitky, a to v rozsahu té části kontrolního zjištění, která byla dodatkem opravena [arg.: § 11 odst. 1 písm. d) a § 15 navrhovaného zákona o kontrole *per analogiam*]. Ačkoli je oprava protokolu o kontrole zjevně typickým dozorčím prostředkem, jehož uplatnění je výlučně v dispozici kontrolního orgánu, kontrolovaná osoba k němu nepochybně může dát podnět, například formou stížnosti proti protokolu o kontrole (podle § 175 správního řádu), neboť jí v tom žádné zákonné ustanovení nebrání. Stížnost přitom může podat nejen po marném uplynutí lhůty k podání námitek, ale zřejmě i při (řádném a včasném) uplatnění námitek, a to vzhledem k tomu, že zákon výslovně nespojuje s rozhodováním kontrolního orgánu o námitkách povinnost provést odpovídající opravu protokolu o kontrole. Pokud kontrolní orgán stížnosti nevyhoví, může kontrolovaná osoba požádat nadřízený správní orgán, aby přešetřil způsob vyřízení stížnosti podle § 175 odst. 7 správního řádu.

II.B. Dílčí otázky

V kontextu podaného výkladu vznikají *tři dílčí otázky*, které jsou klíčové pro určení právní povahy protokolu o kontrole a rozhodování o námitkách proti němu:

- a) Vyplyvá z navrhovaného zákona o kontrole, resp. z platného zákona o státní kontrole, (*objektivní*) *právní povinnost* kontrolního orgánu vyhotovit správný a úplný protokol o kontrole?
- b) Zaručuje navrhovaný zákon o kontrole, resp. platný zákon o státní kontrole, kontrolované osobě *subjektivní právo* na správný a úplný kontrolní protokol? V rámci této otázky jsou klíčové dvě podotázky:
 - Zaručuje navrhovaný zákon, resp. platný zákon, kontrolované osobě subjektivní právo na to, aby kontrolní orgán *vyhověl* jejím důvodným námitkám proti protokolu kontrole?
 - Zaručuje navrhovaný zákon kontrolované osobě subjektivní právo na to, aby

²¹⁾ Srov. § 16 odst. 1 a 2 navrhovaného zákona o kontrole; srov. též obdobnou úpravu v § 18 odst. 1 a 2 platného zákona o státní kontrole.

²²⁾ Srov. § 16 odst. 3 navrhovaného zákona o kontrole; § 18 odst. 3 platného zákona o státní kontrole.

²³⁾ Srov. opravu protokolu z moci úřední v § 22 odst. 1 navrhovaného zákona o kontrole.

²⁴⁾ Srov. § 22 odst. 1 navrhovaného zákona o kontrole.

kontrolní orgán *opravil* protokol o kontrole, pokud řádně a včas uplatní důvodné námitky?

- c) Je protokol o kontrole jako důkaz v případném navazujícím správním nebo soudním řízení *veřejnou listinou* ve smyslu § 53 odst. 3 správního řádu, popřípadě § 134 občanského soudního řádu²⁵⁾? V rámci této otázky jsou klíčové dvě podotázky:
- Platí při dokazování ve správním nebo soudním řízení, které navazuje na výkon kontroly, *vyvratitelná domněnka správnosti* pro skutečnosti, které jsou zaznamenány v kontrolním zjištění protokolu o kontrole?
 - A pokud ano, *omezuje* vyvratitelná domněnka správnosti protokolu o kontrole při dokazování ve správním nebo soudním řízení prostor pro uplatnění zásady vyhledávací (vyšetřovací) podle § 50 odst. 3 a § 52 věta druhá správního řádu nebo zásady volného hodnocení důkazů podle § 50 odst. 4 správního řádu, popřípadě podle § 132 a § 133 občanského soudního řádu nebo § 77 odst. 2 soudního řádu správního?

K otázce a): Je kontrolní orgán povinen vyhotovit správný a úplný protokol o kontrole?

V souladu se zásadou materiální pravdy podle § 10 písm. a) navrhovaného zákona o kontrole, resp. § 12 odst. 1 platného zákona o státní kontrole, jakož i se zásadou zákazu zneužití pravomoci podle § 2 odst. 2 správního řádu, kontrolní orgán nepochybně *má (objektivní) právní povinnost* vyhotovit správný a úplný protokol o kontrole. K opačnému výkladu nelze v demokratickém právním státě založeném na úctě k právům a svobodám člověka a občana dospět (srov. čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR).

K otázce b): Má kontrolovaná osoba subjektivní právo na správný a úplný kontrolní protokol?

Tato otázka je stěžejní. Pokud by na ni byla odpověď *kladná*, znamenalo by to, že rozhodování kontrolního orgánu o námitkách proti protokolu o kontrole je rozhodováním správního orgánu o veřejném subjektivním právu ve smyslu § 2 a § 65 odst. 1 soudního řádu správního. V důsledku toho by rozhodnutí o námitkách bylo rozhodnutím ve smyslu § 67 odst. 1 správního řádu a proces tohoto rozhodování správním řízením ve smyslu § 9 správního řádu. Rozhodnutí o námitkách by pak bylo přezkoumatelné ve správním soudnictví na základě žaloby podle § 65 a násl. soudního řádu správního.

Pokud by naopak byla na uvedenou otázku odpověď *záporná*, znamenalo by to, že rozhodnutí o námitkách vlastně není (opravdovým) rozhodnutím, ale jen úkonem správního orgánu ve smyslu § 70 písm. a) soudního řádu správního, který je pojmově vyloučen ze soudního přezkumu. V důsledku toho by námitky nebyly (opravdovým) procesním prostředkem k ochraně (subjektivního) práva, ale pouhým podnětem, respektive stížností *sui generis*. Proces rozhodování o námitkách by pak nebyl (oprav-

²⁵⁾ Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v platném znění, (dále jen „občanský soudní řád“).

dovým) řízením, ale jen kvazi-procesem podobným postupu vyřizování stížností podle § 175 správního řádu.

Ačkoli formální úprava námitek proti protokolu o kontrole a rozhodování o nich, obsažená v § 15 až 16 navrhovaného zákona o kontrole, resp. § 17 až 18 platného zákona o státní kontrole, opticky vypadá jako rozhodování o subjektivním právu kontrolované osoby na správný a úplný protokol, a tedy jako správní řízení, ve skutečnosti o nic takového nejde. Pokud by tomu tak být mělo, znamenalo by to absurdní možné zdvojení správního řízení a následného soudního přezkumu:

Nejprve by kontrolní orgán vedl správní řízení o námitkách, přičemž kontrolovaná osoba by výsledné rozhodnutí o námitkách mohla napadnout žalobou podle § 65 soudního řádu správního. A poté by příslušný správní orgán popřípadě vedl další, navazující správní řízení o aplikaci nápravného nebo sankčního prostředku, přičemž kontrolovaná osoba by opět mohla jeho výsledné pravomocné rozhodnutí o nápravném prostředku nebo o sankci napadnout žalobou podle § 65 soudního řádu správního. V tomto dalším správním řízení by předchozí (pravomocné) rozhodnutí kontrolního orgánu o námitkách zřejmě mělo povahu rozhodnutí o předběžné otázce (tj. otázce správnosti a úplnosti protokolu o kontrole), kterým by byl příslušný správní orgán vázán v souladu s § 57 odst. 3 správního řádu. V důsledku toho by tento správní orgán byl (přínejmenším vyvratitelně) vázán zřejmě i samotným protokolem o kontrole a nemohl by jej hodnotit podle své úvahy v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů (podkladů) podle § 50 odst. 4 správního řádu.

Právě popsaná zdvojená konstrukce nepochybně není záměrem předkladatele navrhovaného zákona, podobně jako nebyla záměrem zákonodárce v § 15 až 18 platného zákona o státní kontrole. Záměrem předkladatele, respektive zákonodárce, je jen *formálně propracovanější režim námitek*, jaké upravuje například správní řád v § 18 odst. 3 v souvislosti s protokolem ve správním řízení (zde také může účastník uplatnit námitky proti obsahu protokolu, avšak správní orgán o nich nerozhoduje, pouze je povinen je do protokolu zaznamenat). Nicméně, vzhledem k tomu, že se v protokolu o kontrole zaznamenávají složitější informace, o kterých může být, objektivně vzato, pochybnost nebo spor, například již z tohoto důvodu, že kontrolní orgán nemusí umožnit kontrolované osobě, aby se účastnila kontrolních úkonů při výkonu kontroly²⁶⁾, snaží se předkladatel, respektive zákonodárce, formálně propracovat proces rozhodování o námitkách tak, aby se (vnějšími znaky) podobal řízení a rozhodování o subjektivním právu. Tuto *vnější formu* je proto třeba mít vždy na paměti, pokud chce-

²⁶⁾ Srov. § 10 písm. e) navrhovaného zákona o kontrole; § 12 odst. 2 písm. a) platného zákona o státní kontrole. Dále srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 8. 2005 č. j. 2 As 43/2004-51 (č. 719, Sb. NSS č. 12/2005): „Ze zákona ČNR č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, výslovně nevyplývá, že kontrolovaná osoba musí být vždy fyzicky přítomna provádění kontroly. Skutečná kontrola má totiž význam a smysl pouze tehdy, pokud se minimalizuje riziko manipulace s objektem kontroly. Trvání na osobní účasti kontrolované osoby ve všech případech by proto mohlo vést k tomu, že by prováděná kontrola nesplnila svoji zamýšlenou funkci.“

me zjistit *skutečnou (tj. materiální) právní povahu* protokolu o kontrole a rozhodování o námitkách proti němu.

Ačkoli je popsána vnější forma rozhodování o námitkách poněkud matoucí, z hlediska ochrany práv dotčených osob (účastníků) by rozhodně nevadila, pokud by zákonodárce, respektive aplikující orgán, ve správních řízeních navazujících na kontrolu nespojoval s (předchozím) rozhodováním kontrolního orgánu o námitkách proti protokolu o kontrole významné procesně-právní důsledky. Tak je tomu typicky u příkazu, vydávaného podle § 152 odst. 2 správního řádu, podle něhož v řízení o vydání příkazu může být kontrolní protokol jediným podkladem pro vydání příkazu, pokud byl vydán tímž správním orgánem a pokud byly v souladu se zákonem vyřízeny námitky kontrolovaného proti obsahu protokolu. Tak by tomu mohlo být dále v případě, že by správní orgán v rámci správního řízení o aplikaci nápravného nebo sankčního prostředku považoval protokol o kontrole, který byl přezkoumán v námitkovém kvazi-řízení, za veřejnou listinu, pro kterou při dokazování platí presumpce správnosti podle § 53 odst. 3 správního řádu. Oba právě popsané procesně-právní důsledky jsou problematické, neboť protokol o kontrole je v nich (mylně a na újmu práv účastníků) prezentován jako podklad, jehož správnost a úplnost byla regulérně právně přezkoumána – což ve skutečnosti nebyla a být nemohla.

Odpověď na otázku b) tedy zní, možná poněkud překvapivě, tak, že kontrolovaná osoba *nemá (subjektivní) právo* na správný a úplný protokol o kontrole, a tudíž ani na opravu (nesprávného nebo neúplného) protokolu o kontrole. Rozhodování o námitkách není správním řízením a rozhodnutí o námitkách není rozhodnutím o subjektivním právu kontrolované osoby ve smyslu § 67 odst. 1 správního řádu ani ve smyslu § 65 odst. 1 soudního řádu správního, ale (nezávazným) správním úkonem vyloučeným ze soudního přezkumu podle § 70 písm. a) soudního řádu správního.²⁷⁾

Nadto, z § 22 odst. 1 navrhovaného zákona o kontrole vyplývá, že kontrolovaná

²⁷⁾ K tomuto závěru dospěla i *judikatura* k platnému zákonu o státní kontrole:

[¹] „Rozhodnutí o námitkách podle § 18 zákona ČNR č. 552/1991 Sb., o státní kontrole ... není úkonem správního orgánu zakládajícím, měnícím, rušícím nebo závazně určujícím práva nebo povinnosti, a jde tak o úkon vyloučený ze soudního přezkumu podle § 70 písm. a) s. ř. s.“ [srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 2. 2004 č. j. 5 A 55/2001-68 (č. 567, Sb. NSS č. 6/2005)]

[²] „Napadá-li žalobce podanou žalobou rozhodnutí vydané podle § 18 odst. 3 zákona č. 552/1991 Sb., kterým bylo rozhodováno o jeho odvolání proti rozhodnutí kontrolního pracovníka o námitkách, jež uplatnil proti protokolu kontrolním zjištěním, pak napadá rozhodnutí, jímž mu nejsou ukládány žádné povinnosti, ani mu toto rozhodnutí nezakládá žádná práva. ... Rozhodnutí, které není rozhodnutím o právu či povinnosti žalobce a nemá charakter správního rozhodnutí, jež by mohlo žalobce krátit na jeho právech, nelze přezkoumávat soudem“ [srov. usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 13. 7. 1995 č. j. 29 Ca 100/95 (ASPI ID: JUD37335CZ)]

Ke stejnému závěru dospěla i *nauka* k platnému zákonu o státní kontrole:

„Řízení o námitkách není správním řízením ve smyslu § 9 správního řádu, jde o součást výkonu státní kontroly (§ 3 zákona o státní kontrole).“ [srov. VEDRAL, J.: *Správní řád. Komentář*. Praha: BOVA POLYGON, 2006, s. 844].

osoba nemá subjektivní právo na opravu nesprávností v protokolu o kontrole ani tehdy, když kontrolní orgán vyhověl jejím námitkám. Oprava protokolu se totiž provádí z moci úřední, přičemž navrhovaný zákon nikterak neupravuje spojitost mezi kladným (tj. vyhovujícím) rozhodnutím o námitkách a (odpovídající) opravou protokolu. To je přirozeně legislativní nedotaženost, kterou by ovšem bylo možné překlenout extenzivním výkladem.

K otázce c): Je protokol o kontrole veřejnou listinou?

Institut *veřejné listiny* je upraven ve většině procesních řádů jako kvalifikovaný důkazní prostředek v řízení. V § 134 občanského soudního řádu je upraven pro občanské soudní řízení a – ve spojitosti s odkazovacími ustanoveními § 64 soudního řádu správního a § 63 zákona o Ústavním soudu – též pro řízení ve správním soudnictví a zřejmě i pro řízení před Ústavním soudem. Pro správní řízení je upraven v § 53 odst. 3 správního řádu, pro daňové řízení pak v § 94 odst. 1 daňového řádu²⁸⁾. Institut veřejné listiny v tomto smyslu se naproti tomu neuplatňuje v trestním řízení, neboť trestní řád²⁹⁾ jej nezná.

Zákonná definice veřejné listiny ve smyslu všech právě citovaných zákonných ustanovení zahrnuje *dvě podskupiny*. Za první, listiny, které byly vydány specifikovanými kategoriemi orgánů veřejné moci v mezích jejich pravomoci; ty jsou veřejnými listinami bez dalšího, tj. aniž by tak musely být zvláštním zákonem výslovně označeny. Za druhé, listiny, které jsou jako veřejné výslovně prohlášeny (tj. označeny) zvláštním zákonem.

Navrhovaný zákon o kontrole ani platný zákon o státní kontrole ani jiný zákon neprohlašují výslovně protokol o kontrole za veřejnou listinu.

Podle § 134 občanského soudního řádu jsou veřejnými listinami „listiny vydané soudy České republiky nebo jinými státními orgány v mezích jejich pravomoci“. Podle § 53 odst. 3 správního řádu jsou veřejnými listinami „listiny vydané soudy České republiky nebo jinými státními orgány nebo orgány územních samosprávných celků v mezích jejich pravomoci“. A podle § 94 odst. 1 daňového řádu jsou veřejnými listinami „listiny vydané orgánem veřejné moci v mezích jeho pravomoci“; „orgán veřejné moci“ je přitom legislativní zkratka, jež je v § 10 odst. 1 daňového řádu poněkud nelogicky vymezena jako „správní orgán nebo jiný státní orgán“. V této souvislosti se nabízí otázka, zda trojí (různě široké) vymezení téhož pojmu jednou pro soudní řízení, podruhé pro správní řízení a potřetí pro daňové řízení je záměrem zákonodárce, nebo jen jeho nedbalostí. A tedy, zda je možné, popřípadě nutné, vyložit ust. § 134 občanského soudního řádu a § 53 odst. 3 správního řádu extenzivně za pomoci systematického a účelového výkladu shodně s textem historicky nejmlad-

²⁸⁾ Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, v platném znění, (dále jen „daňový řád“).

²⁹⁾ Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), v platném znění.

šího (a tedy i nejmodernějšího) ust. § 94 odst. 1 daňového řádu, tj. tak, že veřejnou listinou je listina vydaná (jakýmkoli) správním nebo státním orgánem v mezích jeho pravomoci. Patrně ano.

Ať tak či onak, v souladu s doslovným jazykovým výkladem definice veřejné listiny v § 134 občanského soudního řádu, § 53 odst. 3 správního řádu i § 94 odst. 1 daňového řádu by protokol o kontrole, vyhotovený specifikovaným správním orgánem v mezích jeho kontrolní pravomoci, měl mít v navazujícím správním i soudním řízení povahu veřejné listiny jako kvalifikovaného důkazního prostředku. Vyhovuje totiž jazykovému vymezení první skupiny veřejných listin. Je však tento primární, jazykový výklad správný?

Kvalifikovanost veřejné listiny coby důkazního prostředku v soudním i správním řízení spočívá v tom, že zakládá *vyvratitelnou domněnku správnosti* (pravdivosti) pro skutečnosti, které jsou v ní uvedeny (potvrzeny). To má dva právní důsledky. Za prvé, pokud je veřejná listina v řízení předložena, ať již účastníkem, nebo orgánem, který řízení vede, přičemž nejsou důvodné pochybnosti o její pravosti, listina bez dalšího prokazuje skutečnosti, které jsou v ní uvedeny. Za druhé, pokud chce někdo v řízení vyvrátit skutečnost, která byla takto prokázána veřejnou listinou, je na něm, aby tvrdil a jinými, přesvědčivějšími důkazy dokázal opak. Veřejná listina tak – na rozdíl od ostatních, soukromých listin – přesouvá důkazní břemeno. U soukromé listiny totiž naopak platí, že pokud chce někdo v řízení zpochybnit správnost (pravdivost) skutečností, které jsou v ní uvedeny, stačí, když to v řízení namítne, přičemž potom bude na tom, kdo soukromou listinu v řízení předložil, aby tyto skutečnosti prokázal jinými, dalšími důkazy.³⁰⁾

Veřejná listina je tedy privilegovaným důkazním prostředkem, neboť při dokazování do jisté míry omezuje prostor pro uplatnění zásady volného hodnocení důkazů podle § 50 odst. 4 správního řádu, resp. podle § 132 občanského soudního řádu nebo § 77

³⁰⁾ K *veřejným listinám* ve správním, daňovém a soudním řízení srov. následující literaturu a judikaturu: Z literatury: VEDRAL, J.: *Správní řád. Komentář*. Praha: BOVA POLYGON, 2006, s. 344 – 345; BUREŠ, J. in: BUREŠ, J. – DRÁPAL, L. – KRČMÁŘ, Z. a kol.: *Občanský soudní řád. Komentář. I. díl*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 61 8- 619; BUREŠ, J.: Význam veřejné listiny v řízení před soudem. *Ad Notam* č. 6/1997, s. 135. Z judikatury: nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2009 č. j. I. ÚS 385/07-1 (č. 182, Sb. nál. us. ÚS, 2009, sv. 54), rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 1. 2009 č. j. 23 Odo 1722/2006 (ASPI ID: JUD147030CZ), rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 11. 2007 č. j. 3 As 33/2006-84 (č. 1654, Sb. NSS č. 9/2008), rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 2. 2007 č. j. 7 Afs 75/2006-100 (ASPI ID: JUD50605CZ), rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 31. 5. 2006 č. j. 52 Ca 17/2006-39 (č. 1408, Sb. NSS č. 12/2007), usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. 7. 2004 č. j. 29 Odo 407/2002 (č. 171, SJ č. 9/2004), usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 7. 2002 sp. zn. IV. ÚS 682/2000 (č. 22, Sb. nál. us. ÚS, 2002, sv. 27), rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 8. 1998 č. j. 20 Cdo 791/98 (č. 6, SJ č. 1/1999), rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 16. 10. 1997 č. j. 30 Ca 56/96 (ASPI ID: 37238CZ), rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 13. 5. 1997 č. j. 31 Ca 135/96 (ASPI ID: JUD37233CZ).

odst. 2 soudního řádu správního,³¹⁾ i pro uplatnění zásady vyhledávací (vyšetřovací) podle § 50 odst. 3 a § 52 věta druhá správního řádu. V této souvislosti § 133 občanského soudního řádu jasně stanoví: „Skutečnost, pro kterou je v zákoně stanovena domněnka, jež připouští důkaz opaku, má soud za prokázanou, pokud v řízení nevyšel najevo opak.“ Ačkoli toto pravidlo není výslovně vyjádřeno ve správním řádu, nepochybně platí i při dokazování ve správním řízení, neboť jen blíže rozvádí (konkretizuje) právní podstatu vyvratitelné domněnky správnosti.

Pokud by tedy protokol o kontrole měl povahu veřejné listiny, pak by při dokazování ve správním a zřejmě i v soudním řízení měl tyto *dva základní procesně-právní účinky*:

Za prvé, pokud by byl ve správním nebo soudním řízení předložen protokol o kontrole jako důkaz, pak by pro skutečnosti, zaznamenané v jeho kontrolním zjištění, platila *vyvratitelná domněnka správnosti*. Tyto skutečnosti by tím byly v řízení bez dalšího prokázány, a to se dvěma dílčími procesně-právními důsledky. Správní orgán ani soud by nebyl bez dalšího (tzn. bez dalších důkazů, resp. bez důvodných pochybností) oprávněn hodnotit podle své volné úvahy správnost protokolu o kontrole jako každého jiného důkazu (omezení zásady volného hodnocení důkazů). Správní orgán ani soud by bez dalšího nemusel z úřední povinnosti ověřovat dalšími důkazy pravdivost skutečností zaznamenaných v kontrolním zjištění protokolu, neboť další důkazy by již byly, striktně vzato, nadbytečné (omezení zásady vyhledávací neboli vyšetřovací).

Za druhé, pokud by chtěl dotčený účastník v řízení vyvrátit skutečnost, která byla popsáním způsobem prokázána protokolem o kontrole a která svědčí proti němu, bylo by na něm, aby tvrdil a jinými, přesvědčivějšími důkazy *dokázal opak*, a to i v řízení, ve kterém má být z moci úřední právě jemu uložena povinnost (§ 50 odst. 3 správního řádu).

Lze však protokolu o kontrole opravdu přičíst oba právě popsané procesně-právní účinky, které jsou pojmovými znaky veřejné listiny? Domnívám se, že nikoli. A na podporu toho předkládám tyto argumenty systematického a účelového výkladu:

³¹⁾ „Tato skutečnost (vyvratitelná domněnka správnosti obsahu veřejné listiny) má význam zejména z hlediska zásady volného hodnocení důkazů, resp. volného hodnocení podkladů pro rozhodnutí (§ 50 odst. 4), při kterém správní orgán vychází z předpokladu správnosti veřejné listiny až do okamžiku, než je prokázán opak.“ [srov. VEDRAL, J.: *Správní řád. Komentář*. Praha: BOVA POLYGON, 2006, s. 345].

„Veřejné listiny potvrzují, že jde o nařízení nebo prohlášení orgánu, který listinu vydal, a není-li dokázán opak, i pravdivost toho, co je v nich osvědčeno, nebo potvrzeno (§ 134 o. s. ř.). Hodnocení důkazů soukromou listinou však na rozdíl od hodnocení listiny veřejné zákon zvlášť neupravuje, a proto je třeba postupovat podle § 132 o. s. ř., vyjadřujícího zásadu volného hodnocení důkazů.“ [srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20.1.2009 č. j. 23 Odo 1722/2006 (ASPI ID: JUD147030CZ)].

Za prvé, veřejná listina z právně-teoretického hlediska osvědčuje či potvrzuje (jen) skutečnosti, které jsou *úředně zřejmé*, tzn. skutečnosti, o kterých není pochybnost ani spor.³²⁾ V případě, že na kontrolu navazuje správní nebo soudní řízení, ve kterém se skutečnosti zaznamenané v protokolu o kontrole musejí dokazovat, stěžejí může jít o skutečnosti, které jsou úředně zřejmé. Skutečnost, která se musí dokazovat, je pojmově procesně (tj. formálně) pochybná. Kromě toho, předmětem kontroly jsou často poměrně složité soubory skutečností, jejichž zjištění, věcné posouzení i systematické zpracování do podoby uceleného (skutkového) stavu věci³³⁾ je odborně náročné. Při vyhotovení protokolu o kontrole je tak pravděpodobnost chyby (nesprávnosti, nepřesnosti, zkreslenosti nebo neúplnosti) nesrovnatelně větší než při vyhotovení „prostého“ protokolu o jednání nebo o provedení důkazu v řízení (např. o výsledku svědka), který naopak jednoznačně má povahu veřejné listiny, neboť je záznamem poměrně jednoduchých a zřejmých skutečností.³⁴⁾ Skutečnosti zaznamenané v protokolu o kontrole tak nejsou často ani věcně (tj. obsahově) zřejmé. Ostatně, z tohoto důvodu protokol o kontrole má odkazovat na (další) podklady, respektive důkazy, ze kterých vycházejí jeho kontrolní zjištění, přesněji řečeno, ze kterých vychází jeho skutkový stav.³⁵⁾

Za druhé, protokol o kontrole je zvláštním, *hybridním druhem podkladu*, a to nejen obecně, ale zvláště v případném navazujícím řízení (§ 50 odst. 1 správního řádu). Směšuje totiž v sobě prvky několika jiných, obecných druhů podkladů pro rozhodnutí správního orgánu – protokolu o ohledání věci (§ 54 správního řádu), protokolu o svědecké výpovědi, roz. o výpovědi kontrolujících (§ 55 správního řádu), znaleckého posudku (§ 56 správního řádu) a nezávazného stanoviska či vyjádření kontrolního orgánu (§ 154 správního řádu). Protokol o kontrole tak není jen prostým záznamem zjištěných skutečností, ale též projevem jejich věcného i právního posouzení.³⁶⁾ Též díky tomuto zřetelnému hodnotícímu (a tudíž subjektivnímu) prvku postrádá povahu ryze objektivního záznamu úředně zřejmých skutečností.

³²⁾ K *úřední zřejmosti* skutečností potvrzených v osvědčení jakožto veřejné listině srov. například: STAŠA, J. in: HENDRYCH, D. a kol.: *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 287; rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 11. 2007 č. j. 3 As 33/2006-84 (č. 1654, Sb. NSS č. 9/2008).

³³⁾ Skutkový stav věci je jádrem kontrolního zjištění podle § 14 odst. 1 písm. h) navrhovaného zákona o kontrole i podle § 15 platného zákona o státní kontrole.

³⁴⁾ K *povaze protokolu o jednání* jakožto veřejné listiny v soudním nebo daňovém řízení srov. například: usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. 7. 2004 č. j. 29 Odo 407/2002 (č. 171, SJ č. 9/2004), usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 7. 2002 sp. zn. IV. ÚS 682/2000 (č. 22, Sb. nál. us. ÚS, 2002, sv. 27), rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 8. 1998 č. j. 20 Cdo 791/98 (č. 6, SJ č. 1/1999), rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 16. 10. 1997 č. j. 30 Ca 56/96 (ASPI ID: 37238CZ), rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 13. 5. 1997 č. j. 31 Ca 135/96 (ASPI ID: JUD37233CZ).

³⁵⁾ Srov. § 14 odst. 1 písm. h) ve spojitosti s § 10 písm. a) a § 9 písm. c) navrhovaného zákona o kontrole; § 15 odst. 2 platného zákona o státní kontrole.

³⁶⁾ Podle § 14 odst. 1 písm. h) navrhovaného zákona o kontrole i podle § 15 odst. 1 platného zákona o státní kontrole protokol o kontrole obsahuje mimo jiné „uvedení nedostatků a označení ustanovení právních předpisů, které byly porušeny“.

Za třetí, kontrolovaná osoba *nemá* zákonem bezpodmínečně zaručeno *právo účastnit se* kontrolních úkonů při výkonu kontroly na místě. Naopak, uplatnění tohoto práva je podmíněno neurčitou právní formulací „nebrání-li to splnění účelu nebo provedení kontroly“.³⁷⁾ Přitom u řady druhů kontrol je právě z tohoto důvodu právo kontrolované osoby účastnit se při provádění kontrolních úkonů předem prakticky vyloučeno: účel kontroly totiž může být v řadě případů splněn jen tehdy, pokud o ní kontrolovaná osoba dopředu neví, a tudíž nemůže před zahájením kontroly účelově uvést svoji činnost do pořádku. V důsledku této (věcně pochopitelné) zákonné konstrukce však kontrolovaná osoba nemá zaručenu možnost, aby ona sama, popřípadě její svobodně zvolený zástupce, osobně ověřili, jakým způsobem se kontrolní úkony (opravdu) prováděly, jaké skutečnosti při tom byly (opravdu) zjištěny a zda jim přesně a úplně odpovídají skutečnosti zaznamenané v protokolu o kontrole. Nelze-li ovšem skutečný průběh kontroly ověřit, stěží lze její (neověřitelný) výsledek považovat za záznam úředně zřejmých skutečností a přiznávat mu presumpci správnosti.

Za čtvrté, ovšem i tehdy, pokud se kontrolovaná osoba může účastnit kontrolních úkonů, *nemá* zákonem zaručeno (*subjektivní*) *právo na správný a úplný protokol o kontrole*, jak bylo vysvětleno výše v odpovědi k otázce ad b). Zákon jí toto právo nezaručuje ani tehdy, pokud v souladu s ním řádně a včas uplatní námitky proti protokolu o kontrole, a ani tehdy, pokud jsou takto (tj. řádně a včas) uplatněné námitky věcně důvodné. Námitky totiž nejsou opravdovým procesním prostředkem ochrany práva a rozhodování o námitkách není rozhodováním o subjektivním právu, ale jen kvazi-procesem vyřizování zvláštního podnětu (stížnosti). A zde je klíčový moment: Pokud zákon nezaručuje kontrolované osobě právo na správný a úplný kontrolní protokol, ani právo na to, aby kontrolní orgán na základě jejích řádných, včasných a důvodných námitek protokol o kontrole opravil, nemůže zákon tomuto protokolu v případném navazujícím řízení přiznávat presumpci správnosti. Presumpce správnosti by totiž v řízení (a to i v řízení, ve kterém má být dotčené osobě z moci úřední uložena povinnost) znamenala tyto procesně-právní důsledky, které byly výše popsány:

- Skutečnosti, zaznamenané v kontrolním zjištění protokolu o kontrole, by byly v řízení bez dalšího prokázány. Správní orgán ani soud by z úřední povinnosti nemusel ověřovat dalšími důkazy jejich pravdivost, neboť další důkazy by již byly, striktně vzato, nadbytečné.
- Pokud by chtěl dotčený účastník v řízení vyvrátit skutečnost, která byla takto „prokázána“ a která svědčí proti němu, bylo by na něm, aby tvrdil a jinými, přesvědčivějšími důkazy dokázal opak.

³⁷⁾ Srov. § 10 písm. e) navrhovaného zákona o kontrole. Dále srov. judikaturu k platnému zákonu o státní kontrole: „Ze zákona ČNR č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, výslovně nevyplývá, že kontrolovaná osoba musí být vždy fyzicky přítomna provádění kontroly. Skutečná kontrola má totiž význam a smysl pouze tehdy, pokud se minimalizuje riziko manipulace s objektem kontroly. Trvání na osobní účasti kontrolované osoby ve všech případech by proto mohlo vést k tomu, že by prováděná kontrola nesplnila svoji zamýšlenou funkci.“ [rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 8. 2005 č. j. 2 AS 43/2004-51 (č. 719, Sb. NSS č. 12/2005)].

Tyto procesně-právní důsledky by však v řízení navazujícím na kontrolu byly absurdní. Totiž, pokud na kontrolu navazuje nějaké správní řízení, jde zpravidla o řízení o aplikaci nápravného nebo sankčního prostředku. Takové řízení je prakticky bezvýjimečně řízením, které se zahajuje z moci úřední a ve kterém má být dotčené osobě (zpravidla přímo kontrolované osobě) uložena nějaká povinnost. Tento druh správního řízení je ovládán zásadou materiální pravdy a zásadou vyhledávací³⁸⁾ (popřípadě zásadou presumpce nevin³⁹⁾, jde-li o řízení o aplikaci sankčního prostředku), kde je důkazní povinnost výlučně na správním orgánu. Pokud bychom v takovém řízení chtěli přiznat protokolu o kontrole presumpci správnosti, obrátili bychom dokazování doslova naruby a „přehodili“ bychom důkazní povinnost i důkazní břemeno na dotčenou osobu. Ta by musela vyvracet presumované skutečnosti, což by znamenalo, že by musela dokazovat neexistenci takových skutečností, tzn. že by musela dokazovat negativní skutečnosti. Takový výklad by byl nejen v rozporu s ústavními principy spravedlivého procesu podle čl. 36 a čl. 38 Listiny, popřípadě presumpce nevin³⁹⁾ podle čl. 40 odst. 2 Listiny a čl. 6 odst. 2 evropské Úmluvy, ve spojitosti s ústavním principem rovnosti v (procesních) právech podle čl. 1 Listiny, ale bural by i tradiční právně-teoretické a právně-logické principy dokazování.

Pokud bychom se pokusili („šalamounsky“) kvalifikovat protokol o kontrole jako veřejnou listinu, ovšem s tím, že neomezuje ve správním řízení zásadu materiální pravdy a zásadu vyhledávací, obávám se, že bychom se tím z logického hlediska pokoušeli o kvadraturu kruhu: Presumpce správnosti veřejné listiny zásadním způsobem obrací důkazní břemeno, a tím *ipso facto* omezuje prostor pro uplatnění uvedených dvou zásad při dokazování. Tento pokus proto odmítám jako logicky neúspěšný.

Odpověď na otázku c) je tedy podle mého názoru záporná: Protokol o kontrole jako podklad (důkaz) v případném řízení navazujícím na kontrolu není veřejnou (ale ani soukromou) listinou, ale podkladem, respektive důkazem *sui generis*.

III. Závěry:

1. Kontrolní orgán *má (objektivní) právní povinnost* vyhotovit správný a úplný protokol o kontrole.
2. Zákon však *nezaručuje* kontrolované osobě *subjektivní právo* na správný a úplný kontrolní protokol. Kontrolovaná osoba tudíž nemá subjektivní právo na to, aby kontrolní orgán vyhověl jejím včasným, řádným a důvodným námitkám proti kont-

³⁸⁾ Srov. § 3, § 50 odst. 3 a § 52 věta druhá správního řádu.

³⁹⁾ Srov. § 73 odst. 1 věta druhá zákona ČNR č. 200/1990 Sb., o přestupcích, v platném znění. Dále srov. čl. 40 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (dále též „Listina“) a čl. 6 odst. 2 evropské Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (sdělení MZV č. 209/1992 Sb.), (dále jen „evropská Úmluva“).

rolnímu zjištění uvedenému v protokolu kontrole, ani na to, aby opravil (nesprávný nebo neúplný) protokol o kontrole, pokud řádně a včas uplatní důvodné námitky.

3. Rozhodování o námitkách proti protokolu o kontrole není správním řízením. Rozhodnutí o námitkách není rozhodnutím o subjektivním právu kontrolované osoby, ale *jiným (nezávazným) správním úkonem* vyloučeným ze soudního přezkumu podle § 70 písm. a) soudního řádu správního.
4. Protokol o kontrole jako podklad (důkaz) v případném navazujícím řízení není veřejnou (ani soukromou) listinou, ale *podkladem, resp. důkazem sui generis*.
5. Navrhovaný zákon o kontrole *doporučuje změnit* v těchto ohledech:
 - a) Úprava procesu „rozhodování o námitkách“ v § 16 by měla být formulačně změněna tak, aby odpovídala jeho skutečné, materiální právní povaze a nevyvolávala v adresátech (mylnou) představu, že jde o (skutečné) rozhodování. Doporučuji formulaci „vyřizování námitek“ s tím, že výsledkem vyřízení je „sdělení“ kontrolního orgánu, že s námitkami „souhlasí, částečně souhlasí, nebo nesouhlasí“.
 - b) Navrhovaný zákon by měl v § 16, popřípadě v § 22 odst. 1, stanovit, že kontrolní orgán je povinen opravit protokol o kontrole formou dodatku k protokolu též v případě, že zcela nebo částečně vyhověl námitkám kontrolované osoby (resp. že s nimi souhlasil nebo částečně souhlasil).
 - c) Navrhovaný zákon by měl výslovně upravit význam protokolu o kontrole v případném navazujícím řízení jako důkazu *sui generis*, který není vybaven vyvratitelnou domněnkou správnosti pro skutečnosti zaznamenané v jeho kontrolním zjištění.