

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Mgr. Patrik Koželuha

Hranice mezi interpretací a dotvářením práva

Disertační práce

Školitel: prof. JUDr. PhDr. Jan Wintr, Ph.D.

Studijní program: Teoretické právní vědy – Teorie, filozofie a sociologie práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 9. 7. 2022

Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracoval samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 501 714 znaků včetně mezer.

Mgr. Patrik Koželuha

V Praze dne 9. 7. 2022

Obsah

ÚVOD.....	1
1. LIMITY ZÁKONODÁRCE PŘI KOMUNIKACI PRÁVNÍ NORMY A PROBLÉMY INTERPRETA.....	8
2. OD VÝKLADU K DOTVÁŘENÍ PRÁVA	14
3. FRANCOUZSKO-BELGICKÝ EXKURZ.....	29
4. JUSTIFIKACE DOTVÁŘENÍ PRÁVA.....	44
4.1. PROCES APLIKACE PRÁVA A VZNIK POTŘEBY „DOTVÁŘET“ PRÁVO	44
4.1.1. Zjištění skutkového stavu.....	45
4.1.2. Zjištění právní normy.....	45
4.1.3. Subsumpce (aneb nedostatky sylogismu a vznik potřeby dotvářet právo)	47
4.2. JUSTIFIKACE DOTVÁŘENÍ PRÁVA PROKÁZÁNÍM EXISTENCE MEZER V PRÁVU	51
4.3. JUSTIFIKACE DOTVÁŘENÍ PRÁVA ZÁSADOU ZÁKAZU ODEPŘENÍ SPRAVEDLNOSTI (<i>DENEGATIO IUSTITIAE</i>)	54
4.4. JUSTIFIKACE DOTVÁŘENÍ PRÁVA PRÁVNÍMI PŘEDPISY	57
4.5. JUSTIFIKACE DOTVÁŘENÍ PRÁVA PRINCIPEM ÚČELNOSTI A BEZROZPORNOSTI PRÁVNÍHO ŘÁDU (HODNOTOVÉ KOHERENCE)	59
4.6. SHRUTÍ JUSTIFIKACE DOTVÁŘENÍ PRÁVA	60
5. ANALOGIE	62
5.1. OVĚŘENÍ PŘEDPOKLADŮ.....	68
5.1.1. <i>Blokové zákazy</i>	68
5.1.2. <i>Nemožnost použití analogie v konkrétním případě (identifikace mezery vyplnitelné analogii)</i> ...	100
5.2. OVĚŘENÍ VHODNOSTI UŽITÍ ANALOGIE <i>LEGIS</i>	117
5.3. OVĚŘENÍ VHODNOSTI UŽITÍ ANALOGIE <i>IURIS</i>	130
6. TELEOLOGICKÁ REDUKCE.....	140
7. DALŠÍ PROSTŘEDKY DOTVÁŘENÍ PRÁVA.....	151
ZÁVĚR.....	154
SEZNAM UŽÍVANÝCH ZKRATEK.....	171
SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ	172
1. SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY	172
2. SEZNAM POUŽITÉ JUDIKATURY.....	177
NÁZEV DISERTAČNÍ PRÁCE V ČESKÉM JAZYCE, ABSTRAKT V ČESKÉM JAZYCE A TŘI KLÍČOVÁ SLOVA V ČESKÉM JAZYCE.....	182
NÁZEV.....	182
ABSTRAKT.....	182
KLÍČOVÁ SLOVA.....	184
NÁZEV DISERTAČNÍ PRÁCE V ANGLICKÉM JAZYCE, ABSTRAKT V ANGLICKÉM JAZYCE A TŘI KLÍČOVÁ SLOVA V ANGLICKÉM JAZYCE	185
TITLE.....	185
ABSTRACT.....	185
KEY WORDS.....	187

Úvod

Interpretace práva je tématem, které setrvale přitahuje pozornost právních teoretiků. Důvod, proč tomu tak je, je poměrně zřejmý. Pokud jsou v podmínkách české právní kultury právní normy formulovány do slov, je to právě interpretace, která je nástrojem, prostřednictvím kterého orgán aplikující právo formuluje finální znění pravidla, pod něž se podřadí skutkový stav zjištěný dokazováním v konkrétním případě. Interpretaci zákonů lze totiž popsat jako „*soudní proces, kterým se určuje v souladu s určitými pravidly a předpoklady, skutečný význam zákonů Parlamentu.*“¹ V konečném důsledku tedy interpretace plní svého druhu nejvýznamnější roli, neboť jejím prostřednictvím se odpovídá na otázku *quid iuris?* Oproti metodologii interpretace práva se může málokteré z témat, jimiž se teorie práva či právní filozofie zabývají, honosit tak praktickým dopadem svých poznatků. Metodologie interpretace práva plní důležitou úlohu tím, že jednak stanoví postupy (jakkoli se o jejich závaznosti mohou vést spory), prostřednictvím kterých se omezuje pluralita jinak možných interpretačních závěrů, jednak omezenou variací použitelných postupů nastoluje určitou rovnováhu mezi rigiditou a přepjatým formalismem na jedné straně a přílišnou flexibilitou a libovůlí na druhé straně, čímž se posiluje právní jistota, ale současně se právo neomezuje na systém bezduchých pravidel, který by byl zcela očištěný o účely, hodnoty či konzistentnost.

Metodologie interpretace práva tak omezuje možnou libovůli interpreta a usiluje o zachování předvídatelného leč hodnotově zaměřeného a koherentního systému aplikace práva. Je tomu však skutečně tak, že se soudy či jiné orgány aplikace práva vědomě podřizují metodologii formulované právní teorií (pomineme-li samotný předpoklad, zda existuje ohledně metodologických postupů a pravidel přednosti shoda mezi právními teoretiky)? Netvoří si interpret nejprve subjektivní názor na „správné“ řešení jemu předloženého případu k rozhodnutí a teprve následně používá metodologii jako argumentační nástroj pro dodání fasády legitimacy svému závěru? A není náhodou onen systém interpretačních metod a jednotlivých argumentů již tak členitý a rozvětvený a systém pravidel přednosti nikoli tak jasný a zavedený, že interpretovi nakonec dodává nejen možnost rozhodnout se mezi více variantami, ale fakticky významně subjektivně ovlivňovat výsledek interpretace?

Tyto otázky jsou nepochybně závažné. Domnívám se však, že pokud jde o rovinu interpretace, je jim věnována nikoli zanedbatelná pozornost české právní nauky. Současně však mám za to, že nepanuje jasná shoda ohledně pravidel přednosti. Ilustrativním v tomto ohledu

¹ Martin, E.A. (eds). *A dictionary of law*. 3. vydání. Oxford University Press: Oxford / New York, 1994, s. 209.

může být například i ten nejzákladnější spor o to, zda má převážít jazykový výklad nad výkladem teleologickým či výklad teleologický nad výkladem jazykovým. Teorie nemá jasno. A jak se s tím potom vypořádají soudy? To, že nemá jasno teorie, se pak projevuje v tom, že i soudy přejímají oba možné závěry a lze se setkat s judikáty v obou směrech.² Cenou útěchy pak může být, že se jeví, že přece jen orgány aplikující právo metodologické direktivy dodržují.

Nicméně na ještě závažnější úroveň tohoto relativizujícího směru uvažování se dostaneme, začneme-li o namátkou výše zmíněných otázkách přemýšlet v rovině dotváření práva. Zatímco interpretace práva má poměrně podrobně rozpracovaný systém metod, argumentů a pravidel přednosti, ale chybí na tomto systému jednoznačná shoda, pak oblast dotváření práva postrádá často snad i to první. Mám za to, že oblast dotváření práva a její nástroje nejsou navzdory jejich zcela zásadním dopadům detailně rozpracovány. K otázkám souvisejícím s analogií práva se přistupuje tak nějak „intuitivně“. Pojem teleologické redukce je právním teoretikům znám, nicméně nepochybně se nejedná o pojem, který by byl znám průměrné odborné právní veřejnosti. Přitom se jedná o argumentační prostředky, pomocí kterých může interpret zcela dotvořit pravidlo chování pro případ neřešený (nikoli jen normu interpretovat extenzivně či restriktivně, ale aplikovat ji na jiný případ) či – dokonce – odepřít normě v konkrétním případě možnost její aplikace. Kdy to lze učinit a co k tomu interpreta opravňuje? A právě toto bude předmětem zkoumání této práce. Naleznout hranici mezi případy, kdy interpret *interpretuje*, odlišit je od případů, kdy interpret *dotváří* a *může* tak činit, a od případů, kdy interpret *dotváří* a *nemůže* tak činit, respektive ve skutečnosti nedotváří, ale dopouští se nepřipustné normotvorby.

Pokud jde o aktuální stav české právní vědy zabývající se tématem interpretace práva, je třeba zmínit dvě základní monografie, které se týkají výlučně tohoto tématu. První z nich je kniha F. Melzera *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace* z roku 2009³, která se po zásluze ukazuje jako jedna z nejcitovanějších nejen v dalších odborných publikacích, ale

² Tak například často citovaná právní věta z nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl.ÚS-st. 1/96, ze dne 21. 5. 1996, zdůrazňuje spíše gramatický výklad a uplatnění teleologického výkladu se nachází pouze v určitých hraničních případech: „Při aplikaci právního ustanovení je nutno prvotně vycházet z jeho doslovného znění. Pouze za podmínky jeho nejasnosti a nesrozumitelnosti (umožňující např. více interpretací), jakož i rozporu doslovného znění daného ustanovení s jeho smyslem a účelem, o jejichž jednoznačnosti a výlučnosti není jakákoliv pochybnost, lze upřednostnit výklad *e ratione legis* před výkladem jazykovým.“ Zato jiný slavný náleží Ústavního soudu, konkrétně sp. zn. Pl. ÚS 33/97, ze dne 17.12.1997, týkající se počítání lhůt pro uplatnění suspenzivního veta prezidenta republiky, naopak považuje jazykový výklad pouze za východisko pro použití dalších interpretačních metod: „Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad *e ratione legis* atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně, nebo v důsledku nevdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcizení a absurdity.“

³ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 752.

také v rozhodnutích soudů. Tato monografie vychází ze značné části z německy psané literatury, přičemž se jedná o komplexní metodologickou analýzu tématu, neboť kniha popisuje čtyři výkladové cíle a následně též jednotlivé metody interpretace práva, které s těmito výkladovými cíli propojuje.⁴ Jakkoli byla tato publikace nezpochybnitelným přínosem pro českou právní vědu, nelze nepřehlédnout, že metodologii dotváření práva byla věnováno poněkud méně pozornosti než metodologickým direktivám ovládajícím oblast interpretace práva. Druhou základní monografií je pak kniha J. Wintra *Metody a zásady interpretace práva*⁵, která je zaměřena více analyticky a prakticky, neboť rozpracovává konkrétní argumenty jednotlivých interpretačních metod a dovozuje mezi nimi pravidla přednosti, přičemž současně své závěry poměřuje s praxí českých soudů. Z dalších monografií věnujících se interpretaci práva jako hlavnímu tématu je možno zmínit knihu L. Hloucha *Teorie a realita právní interpretace*⁶, která k tématu přistupuje více právně filozoficky a obohacuje nauku o analýzu tématu z hermeneutického pohledu a z pohledu diskurzivních teorií právní argumentace. Z nedávno vydaných děl uveďme též monografii K. Žák Krzyžankové *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*⁷. Významnou část odborné literatury pak představují rozličné odborné články, ať už utříděné do sborníků věnovaných specificky tématu interpretace práva⁸ či vydané samostatně v odborných časopisech či sborníků z konferencí či šířeji zaměřených tematických sborníků. Konečně nelze opomenout ani učebnice teorie práva, které tématu interpretace práva vždy věnují tu více či tu méně obsáhlou kapitolu.

Než se budeme zabývat konkrétními částmi této práce (nebo přesněji konkrétními podtématy, jímž se tato práce věnuje), je vhodné vysvětlit stručně hlavní motivace, které ovlivnily konečnou podobu její struktury.

Jednou z motivací je to, že zatímco v česky psané odborné literatuře se poměrně značná část publikací (jejíž nikoli úplný souhrn jsme uvedli výše) věnuje tématu interpretace práva, včetně jednotlivých výkladových metod, jejich konkrétních argumentů a zásad jakož i vztahů

⁴ Jmenovitě jde o recentní objektivní výkladový cíl zaměřený na účel zákona v době jeho aplikace (který se váže k teleologickému výkladu a formálně systematickému výkladu), historický subjektivní výkladový cíl zaměřený na odhalení úmyslu zákonodárce v době vydání právního předpisu (který se váže k historickému výkladu). Za méně významné pak lze označit recentní subjektivní výkladový cíl zaměřený na odhalení úmyslu zákonodárce, který s právním předpisem spojuje nynější zákonodárce (ten lze vázat k tzv. autentickému výkladu, který dnes postrádá legitimitu), a konečně historický objektivní výkladový cíl zaměřený na odhalení účelu právního předpisu v době jeho vydání (výklad zohledňující *occasio legis*).

⁵ Wintr, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019.

⁶ Hlouch, L.: *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.

⁷ Žák Krzyžanková, K.: *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2019.

⁸ Například Gerloch, A.; Maršálek, P. (eds.): *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003. Gerloch, A.; Tryzna, J.; Wintr, J. (ed.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.

mezi těmito metodami a jejich jednotlivými argumenty, neúměrně menší pozornost je zaměřena na dotváření práva, jeho prostředky, způsob užití a omezení. Ostatně pro účely našeho tématu, jehož cílem není pouze nalezení hranice mezi výkladem a dotvářením práva *stricto sensu* ale v širším ohledu také vymezení hranic výkladu a dotváření práva celkově, je významné, že hranice dotváření práva je kategorií, jíž je třeba věnovat více pozornosti, neboť její identifikace se uskutečňuje složitěji.

Další motivací, jež předurčila strukturu této práce, je zájem zahrnout do ní poznatky získané z francouzsky psané literatury, neboť dosavadní publikace se více inspirovaly převážně německy, anglicky a případně též polsky psanou literaturou. Konečně důležitou motivací bylo též propojit teoretické poznatky s postupy právní praxe, proto tato práce rozebírá rovněž řadu soudních rozhodnutí a poměřuje, zda právní praxe následuje závěry právní teorie či nikoli.

V této práci budeme postupovat tak, že předtím, než se budeme věnovat vlastnímu zkoumání procesu interpretace a dotváření práva, se nejprve v první části pokusíme vymezit nezbytná omezení, která vyplývají ze samotné podstaty těchto procesů. Vyjdeme z obecných poznatků teorie komunikace a tyto poznatky následně vztáhneme na proces tvorby právních norem a jejich interpretace. Východiskem nám bude analýza procesů, jež se odehrávají v imaginární mysli normotvůrce při formulaci slov právního předpisu, a toho, co se děje v mysli interpreta. Budeme se zde zajímat především o to, zda je proces interpretace práva ovlivněn nějakými subjektivními kategoriemi či zda se jedná o výhradně objektivizovaný poznávací proces. Pokud by byl proces ovlivněn subjektivními kategoriemi, pak by hrozilo, že skutečně může dojít k tomu, že shodný případ by mohl být rozhodován různými orgány aplikujícími právo různě dle vlivu těchto subjektivních kategorií. Proto identifikace těchto kategorií je zásadní, neboť pouze uvědomělý proces interpretace práva (tedy proces mající na zřeteli tato omezení) může být schopen na tyto nedostatky adekvátně reagovat.

V druhé části disertační práce se budeme věnovat obecným otázkám interpretace a dotváření práva. Jak naznačuje její název „od výkladu k dotváření práva“, budeme postupovat tak, že si postupně popíšeme škálu možného postupu orgánu aplikujícího právo od případu jednoduchého výkladu přes složitější případy interpretace až po případ dotváření práva. V této části tak vymezíme hranice mezi interpretací a dotvářením práva, a dále pak především to, jaký má určování této hranice význam. Jak si ukážeme, význam této hranice a jejího zkoumání není totiž toliko teoreticky přínosný, ale je rovněž vysoce relevantním pro právní praxi. Důvodem je to, že v některých odvětvích práva je dotváření práva zapovězeno, neboť by představovalo nepřipustný zásah do právní jistoty adresátů právních norem. Orgány aplikující právo si tedy musí být vždy vědomy, zda se při posuzování relevance určitého právního následku pro určitý

skutkový stav nacházejí v oblasti interpretace práva či v oblasti dotváření práva, neboť zatímco interpretovat mohou (a – jak bude rovněž analyzováno – též musí) ve všech právních odvětvích, dotvářet právo v některých odvětvích a případech nemohou.

Jakmile si vymežíme hranice mezi interpretací a dotvářením práva, budeme následně analyzovat, jakým způsobem postupují orgány aplikující právo v těchto dvou oblastech. Konkrétně se budeme zabývat otázkami, zda je proces interpretace práva nutně obsažen v každém rozhodovacím procesu a kde proces interpretace práva začíná a končí.

Dále si položíme otázku, zda existuje něco jako „jasný zákon“ a pokud ano, jaká jsou kritéria „jasnosti“ zákona a jak v takovém konkrétním případě metodologicky postupují orgány aplikující právo. Bude tak mít například „jasnost“ zákona nějaký dopad na možné zúžení metodologického postupu ze strany orgánů aplikujících právo či odraz v argumentaci?

Na výše uvedené úvahy pak navážeme analýzou toho, jak se postupuje v případech, kdy z textu zákona není úplně jednoznačné, zda se na daný skutkový stav zákon aplikuje či nikoli. Budeme definovat extenzivní a restriktivní výklad a jejich hranice, za nimiž se pak bude nacházet již jen oblast pro dotváření práva.

Třetí část této disertační práce je věnována poznatkům z francouzské a belgické právní nauky. Francouzsky psaná literatura ve vztahu k interpretaci a dotváření práva byla totiž doposud relativně opomíjena. Čeští autoři, kteří se tématu interpretace práva věnují, totiž často hledají inspiraci především v německy psané literatuře.⁹ Přitom i francouzsky psaná literatura může být pro naši právní kulturu velmi obohacující, neboť právě zde po Velké francouzské revoluci došlo k zavedení monopolu zákona jako jediného pramene práva, uplatňování velmi metodologicky strohého exegetického přístupu, jakož i k následnému obnažení jeho nedostatečnosti. Na tomto historickém vývoji tak lze vlastně velmi dobře ilustrovat boj mezi psaným textem a účelem zákona a nutně existující napětí mezi potřebou právní jistoty a potřebou dotvářet právo. Francouzský příběh nám jednoznačně ukáže, jak se pozitivistické formalistické revoluční maximy ukázaly neudržitelnými pro potřeby pozdější společnosti a jak bylo třeba hledat východiska utvářející novou rovnováhu mezi loajalitou vůči textu zákona a nutností zákona reagovat na aktuální potřeby společenského života. Na historické vylíčení vývoje přístupu k interpretaci práva ve Francii a Belgii pak navážeme vylíčením metod výkladu zmiňovaných ve francouzsky psané literatuře.

⁹ Srov. seznamy použité literatury u:

- Wintr, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 292-296.
- Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 261–269.

Ve čtvrté části popíšeme, jak k dotváření práva dochází v průběhu rozhodovacího procesu, resp. procesu aplikace práva. Budeme identifikovat jednotlivé fáze procesu aplikace práva a zkoumat, v jakých momentech orgán aplikující právo může zvažovat dotvoření práva a mezi jakými variantami svého rozhodnutí v konkrétním případě stojí. Budeme se zde zajímat o to, co odlišuje standardní proces aplikace práva (často se argumentačně opírající o sylogismus) od toho méně obvyklého, který vede k tomu, že se soudce rozhodne právo v konkrétním případě dotvořit. Následně se budeme zabývat tím, zda je vůbec takový postup v podmínkách kontinentálního typu právní kultury – a v podmínkách českého právního řádu obzvláště – legitimní, a budeme identifikovat potenciální argumentační okruhy, jimiž lze justifikovat dotváření práva. Takto se zamyslíme například nad otázkou, zda lze dotváření práva justifikovat za pomoci zákazu odmítnutí spravedlnosti (*denegatio iustitiae*), ale též například prostřednictvím principu bezrozpornosti právního řádu apod.

Pátá část práce je celá věnována analogii práva. V úvodní kapitole se nejprve budeme zabývat vymezením analogie jako metodologického postupu. Budeme identifikovat jednotlivé fáze úvahy, zda posoudit případ podle analogie s tím, že pozornost budeme věnovat i tomu, zda je užití analogie chápáno jako oprávnění či povinnost a zda se při rozhodování mezi užitím analogie nebo argumentu *a contrario* lze řídit nějakými objektivizovanými kritérii či nikoli. V navazující kapitole popíšeme předpoklady užití analogie. Nejprve se budeme zabývat omezením užití analogie v trestním právu, v němž je notoricky známý zákaz analogie práva v neprospěch pachatele, zatímco analogie ve prospěch pachatele obdobně jako analogie v procesním právu se považuje za přípustnou. Na praktických příkladech z judikatury si ukážeme, zda v praxi činí či nečiní problémy identifikovat zakázanou či povolenou analogii a zda v případech, kdy trestní soudy shledají analogii přípustnou, jim lze něco vytknout. Je totiž patrné, že právě závěr o použití či nepoužití analogie v trestním právu bude v praktickém životě adresátů právních norem dosahovat té nejzávažnější intenzity. Poté se podíváme na zákaz užití analogie v oblasti správního práva trestního, na který navážeme zákazem dotváření práva, pokud jde o pravomoci a působnost orgánů veřejné moci, kde se budeme zajímat zejména o to, jak široce se tento zákaz interpretuje ve vztahu k mezerám v procesních právních úpravách. Zákaz použití analogie je dán rovněž pro oblast ukládání daní a poplatků a byl judikaturou dovozen též pro vydávání konstitutivních rozhodnutí. Po blokových zákazech se dále zaměříme na další limitaci možnosti dotváření práva, které představuje určitou královskou disciplínu tohoto odvětví, a to problematiku existence mezer v zákoně, jejich kategorizaci a určení, u kterých z nich lze postupovat cestou dotváření práva a u kterých nikoli. Dále budeme zkoumat, jakými úvahami se soudci řídí poté, kdy je shledáno, že mezera v zákoně je mezerou,

kteřou lze vyplnit prostřednictvím analogie – v takových případech totiž bude nepochybně ještě třeba dále zvážit, zda je v daném případě užití analogie vhodné. Jakými kritérii se tedy soudci při svém postupu řídí? Takto budeme zkoumat nejprve analogii *legis*. Poté se zaměříme na postup *per analogiam iuris*, kde si položíme nejen otázku, jak se tento postup liší od analogie *legis*, ale též otázku, zda se lze ještě tento postup vůbec kvalifikovat jako analogii či nikoli.

Šestá část této disertační práce bude věnována druhé hlavní metodě, prostřednictvím které lze v podmínkách kontinentálního typu právní kultury dotvářet právo, a to sice teleologické redukci. Pokud se doposud česky psaná odborná literatura zabývala problematikou dotváření práva, pak je třeba zdůraznit, že teleologické redukci je věnováno zpravidla ještě méně prostoru než analogii. Tato skutečnost je přitom pozoruhodná, neboť teleologická redukce je ostře namířena proti východiskům kontinentálního práva, když umožňuje soudům odepřít aplikaci právního předpisu jakožto hlavního pramene práva a judikovat *contra legem*. S ohledem na tyto skutečnosti předpokládáme, že teleologická redukce by měla být v našich národních podmínkách postupem spíše výjimečným. I tak však nepochybně existují některá soudní rozhodnutí, v nichž se české soudy v rámci aplikace teleologické redukce k tomuto metodologickému postupu vyjádřily.

Někdy se o dotváření práva hovoří rovněž v souvislosti s jinými metodologickými nástroji, než jsou analogie a teleologická redukce. V sedmé části disertační práce se podíváme na to, jaké tyto další nástroje jsou a zda je jejich rozlišení jako samostatného prostředku vyplnění mezery v právu významné.

V závěru pak provedeme syntézu těch nejvýznamnějších poznatků a budeme identifikovat ty, které budeme považovat za nové, sporné či jinak významné. A především se pokusíme odpovědět rovněž na základní otázku této disertační práce, a to sice, zda je hranice mezi interpretací a dotvářením práva vedena jasně či nikoli a v jakých typizovaných případech může její identifikace vzbuzovat problémy.

Rád bych na tomto místě současně poděkoval svému školiteli, prof. JUDr. PhDr. Janu Wintrovi, Ph.D. Vděčím mu nejen za všechny jeho hodnotné připomínky a nové myšlenky, k nimž mě inspirovaly nespočetné diskuze, které jsme k tématu vedli, ale rovněž za odbornou a lidskou podporu, které se mi z jeho strany během celého mého doktorského studia dostávalo. Rovněž bych rád poděkoval všem ostatním akademickým pracovníkům a studentům, ať už jsem se s nimi měl možnost během svého studia setkat a diskutovat s nimi o tématu osobně či čerpat z jejich myšlenek zprostředkovaně prostřednictvím jejich publikací. Konečně poděkování patří též mé rodině za osobní podporu a povzbuzení vždy tehdy, kdy to bylo potřeba.

1. Limity zákonodárce při komunikaci právní normy a problémy interpreta

Potřebnost výkladu a dotváření práva tkví v samotné podstatě práva jakožto normativním systémem, tedy systémem, jehož cílem je ze strany zákonodárce regulovat nějaké skutečnosti nastalé v reálném světě právními následky (respektive předpis toho, co *má být*).

Tohoto zákonodárce dosahuje tak, že předepisuje právní normy, které svojí strukturou kopírují výše popsany cíl regulace:

„jestliže *p* (hypotéza), pak *q* (dispozice)“

Problém nalézání práva, kterému orgány aplikující právo čelí, tkví tedy v tom, že ony musí s konečnou platností *nalézt právo*, tedy zjistit, zda určité realizované jednání (konání či jev) je vzato v potaz danými platnými právními normami (tedy zda jednání odpovídá hypotéze právní normy), a pokud ano, jaké jsou právní následky s tím spojené. Musí tedy interpretovat, zda určité jednání či skutečnost v reálném světě (*to, co je*; hypotéza) je právem regulováno a zde s nimi je spojen právní následek s určitým obsahem (*to, co má být*; dispozice). Obdobnému problému mohou čelit též adresáti právních norem, nicméně otázku formulují opačným způsobem, tedy ptají se výsledkovým způsobem: „*Co musí nastat, aby bylo dosaženo určitého právního následku?*“

V podmínkách kontinentální právní kultury je dominujícím pramenem práva právní předpis (především pak zákon). Jedná se o systém psaného práva. Zákonodárce tak právní normy vyjadřuje písemnou formou prostřednictvím slov v českém jazyce.

Popisu, jak dochází k předání myšlenky (informace) z jednoho subjektu na druhý, se věnuje tzv. obecná teorie komunikace, kterou lze plně vztáhnout na právo jakožto prostředek komunikace vůle zákonodárce vůči adresátům právních norem.¹⁰

Tato teorie popisuje, jak se v mysli osoby sdělující informaci nejprve tvoří obsah sdělení, dále popisuje proces předání sdělení a upozorňuje na limity, které proces komunikace má, pokud jde o přesné porozumění mezi osobou sdělující informaci a osobou přijímající informaci.

Pokud jde o proces formování sdělení ve vědomí osoby sdělující informaci, rozeznávají se dvě formy, jimiž se obsah sdělení tvoří: první spočívá v utváření vědomí prostřednictvím vnímání (tj. bezprostřední získání informace vnímáním) a představ (tj. vytvoření vědomí za pomoci paměti), druhá spočívá v konceptualizaci (tj. vytvoření pojmu tím způsobem, že je

¹⁰ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 48–50.

nejprve vnímána určitá skutečnost a následně je mezi více skutečnostmi vnímána odlišnost nebo podobnost a ze shodných znaků je abstrakcí získán pojem).¹¹ Problém komunikace pak spočívá v tom, že takto tvořené vnímání reality je ve svém důsledku ze strany osoby sdělující určitou informaci vždy pouze aproximativní, neboť se vždy jedná o psychické (duševní) chápání reality, které je vázáno na osobu (tedy determinované tím, co daná osoba vnímala, co si představovala, jaké si tvořila pro popis věmů a představ pojmosloví). Toto vnitřní pojmosloví pak osoba sdělující informaci musí „přeložit“ do komunikačního prostředku, který akceptují obě strany (v našem případě do slov v českém jazyce ve formě právního předpisu). Shrňme tedy, že již v této fázi jsou patrné určité limity komunikace na straně osoby poskytující informaci spočívající v tom, že:

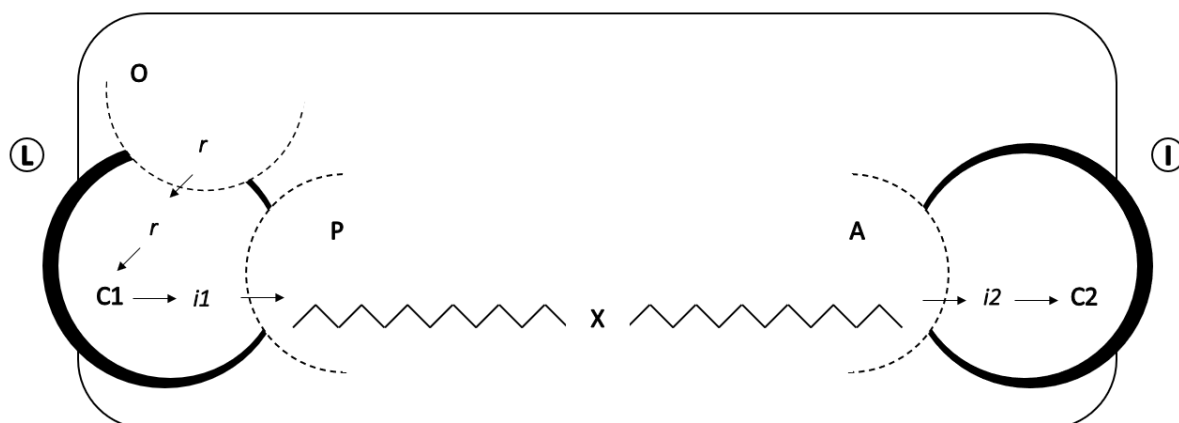
- její chápání reality je determinováno tím, co vnímala a představovala si (kontextem, který jí byl znám, jejím *předporozuměním*);
- ve své mysli si osoba tvoří pro daný popis reality vlastní pojmy;
- sdělení informace, popis reality, kterou chce osoba sdělit, je vázáno na přetlumočení vlastního vytvořeného pojmu prostřednictvím kódu (slovníku, resp. v českém jazyce), který je zvolen pro komunikaci.

Pokud jde o osobu přijímající informaci, pak i u ní nalzáme tomu zrcadlově odpovídající limity. Osoba nejprve přijímá určitou informaci vyjádřenou v uznávaném kódu (slovníku, resp. českém jazyce), nicméně tento kód v ní může jen více či méně přesně evokovat vlastní pojmy, které si zase osoba přijímající informaci vytvořila pro popis určité reality.

Úspěšnost přenosu informace (přesnosti porozumění jedné osoby druhé), kromě obecného předpokladu stejného komunikačního prostředku (českého jazyka a slovníku) pak závisí na tom, do jak shodné míry má osoba sdělující informaci a osoba přijímající informaci pojetí reality (předurčenost dosavadním vnímáním a představami) a jak precizně se osobě sdělující informaci podaří zvolit pro popis reality vhodný nástroj ve zvoleném prostředku komunikace (jak realitu popíše pomocí českého jazyka) a jak úspěšně tento popis bude evokovat tomu odpovídající pojetí reality v mysli osoby přijímající informaci.

Konkrétně P. Delnoy znázorňuje proces komunikace na tomto schématu:

¹¹ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 48–50.



L – osoba sdělující informaci

r – realita

O – vnímání reality (r), která je prostorově a časově vymezená

C1 – koncept odpovídající dané realitě ovlivněný mentálními představami osoby (L)

i1 – mentální představy (formulace slov pro popsání konceptu)

P – slova odpovídající konceptu

X – prostor oddělující oba aktéry

A – prostředek přejímání informací

I – osoba přijímající informaci

i2 – akustické představy (slova), se kterými spojuje určitý koncept adresát informace

C2 – koncept osoby přijímající informaci

Slovní legenda: Osoba sdělující informaci - tj. osoba hovořící (L) (v případě mluvené komunikace) vnímá (O) realitu, která je prostorově a časově vymezená. Díky svým smyslům pak získává vědomí o této realitě. Ve své paměti pak zvolí pojem (koncept) (C1), který odpovídá té skutečnosti (realitě), o níž chce osoba hovořící mluvit. S tímto pojmem (C1) ve své mysli zachází tak, že užije své vnitřní obrazotvornosti (i1) a vybavuje si slova, která jej v jejích představách popisují. Následně osoba hovořící (L) vysloví tomu odpovídající řeč (P). Řeč putuje prostorem oddělujícím oba zúčastněné (X) k osobě přijímající informaci (I). Řeč je zachycena prostřednictvím smyslového ustrojí (A) osoby přijímající informaci a přetvářena v jejím vědomí do představ (i2), které v ní evokují odpovídající pojem. Ideální stav je pak takový, kdy C2 odpovídá C1.¹²

Výše popsaná obecná teorie komunikace je pak plně uplatnitelná i v právu, neboť zákon není nic jiného než komunikace vůle zákonodávce ve vztahu k adresátům právních norem. Slovy slovníkové definice totiž interpretace představuje „*umění nebo proces objevování a zjišťování významu zákona, závěti, smlouvy nebo jiného písemného dokumentu. Objevování a*

¹² Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 55–56.

výklad skutečného (pravého) významu jakýchkoli znaků používaných k vyjadřování myšlenek. “¹³ Právo je v zásadě celé založeno na „evokaci souvisejících pojmů“.¹⁴

Pakliže tedy osoba aplikující právo má za cíl postihnout pravidlo chování zprostředkované právním textem správně, musí si být vědoma omezení, která vyplývají z obecné teorie komunikace, neboť tato omezení mimo jiné vedou k závěru, že není možno napsat naprosto zcela srozumitelný zákon a že každý zákon může vyjadřovat vůli zákonodárce pouze více či méně dokonale.

Interpret si může klást oprávněně dotazy typu:

- Jakou situaci či jev chtěl zákonodárce regulovat přijetím právní úpravy?
- Mohl zákonodárce v kontextu okamžiku přijetí právní úpravy myslet, že by pod jím použitý pojem spadala i tato skutková situace?
- Zamýšlel se zákonodárce nad tím, zda pojem nevykazuje pouze příliš obecné znaky tak, že opomněl některou ze situací vyjmout z regulace?
- Mohl zákonodárce předvídat společenské změny, resp. byl by účel sledovaný regulací zachován i dnes?

Výše popsaným problémům se v rámci české právní teorie věnuje *právní hermeneutika* (například L. Hlouch, T. Doležal, J. Wintr či K. Žák Krzyžanková),¹⁵ která přitom vychází z rakouské a německé právní teorie či filozofie (Friedrich Carl von Savigny, Stephan Meder, Hans-Georg Gadamer).

Proto ze závěrů právní hermeneutiky (stejně jako z popsané teorie komunikace) vyplývá, že objektivní nalézání práva je samo o sobě nemožné, neboť vždy je myšlenkový proces vnímání a chápání strukturálně spojen s předporozuměním nejružnějšího druhu (jak na straně autora, tak na straně interpreta).¹⁶

Dále z výše uvedených přístupů plyne, že proces nalézání práva může být vždy subjektivně ovlivněn interpretem (minimálně jeho předporozuměním) a tím, jak si interpret představuje předporozumění zákonodárce. Ono napětí mezi subjektivními vlivy při procesu porozumění a potřebou objektivního poznání (v právu spojené s jedním řešením případu) pak

¹³ Black, H. C. *Blackův právní slovník*. 1. svazek. Praha. VICTORIA PUBLISHING: 1993.

¹⁴ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 61.

¹⁵ Hlouch, L.: *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011. Doležal, T.: *Právní hermeneutika a problematika tzv. předporozumění*, in: Gerloch, A.; Maršálek, P. (eds.): *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003. Wintr, J.: *Metodologie interpretace práva a moderní hermeneutika*. in Gerloch, A.; Tryzna, J.; Wintr, J. (ed.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012. Žák Krzyžanková, K.: *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer. 2019.

¹⁶ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. vyd. Bratislava: EUKÓDEX, 2013, s. 173.

způsobuje to, že moderní přístupy přiznávají interpretovi při interpretaci subjektivní vliv, ale současně díky uvědomění si této subjektivní role umožňují hledat opatření reflektující tuto skutečnost. K. Žák Krzyžanková ve své knize provedla podrobnou analýzu hermeneutických přístupů v právu od historických až po ty moderní, přičemž rozlišuje (i) přístup metodologický (epistemologický, rekonstruktivní), pro který je příznačná akcentace objektu a úsilí (jde o umění porozumění textu), a (ii) přístup fenomenologický (integrativní), který vyrůstá z primátu subjektivity a preferuje filozofickou deskripci procesu vzniku porozumění, přičemž stejně jako L. Hlouch dovozuje, že tyto přístupy nejsou protichůdné ale komplementární. Lze pak uzavřít, že „(f)enomenologický směr upozorňuje, že pro právníky nesmírně lákavá idea plně objektivní (potažmo i jediné správné) metodologie výkladu práva je jen stěží dosažitelná, neboť nerozlučným prvkem každého rozumění je jedinečný exeget, jenž vnáší subjektivní prvek do procesu porozumění.“¹⁷

Lze si představit, že nejen otázky namátkou uvedené výše by si každý interpret mohl dovolit odpovědět v konkrétních případech i poněkud odlišně, a to právě v závislosti na svém předporozumění a chápání předporozumění autora. Konečně A. Gerloch správně poukazuje na skutečnost, že poznávací procesy jsou neuzavřené (a jimi získané poznatky jen relativně finální) a mohou být ovlivněny interpretační (metodologickou) pluralitou.¹⁸ Absolutně hermeneutický přístup (ve smyslu fenomenologickém, jak je popsán výše) proto není pro právo zcela ideální, neboť v konečném důsledku je právo normativní a regulativní systém, jehož cílem je řešení střetu zájmů, které by mělo být jednak stabilní (předvídatelné) a v ideálním případě též včasné. Poznání, které je cílem hermeneutiky, tak není jediným cílem interpretace práva. Zájem na správném poznání „za každou cenu“ je tak omezen principem právní jistoty a materiální spravedlnosti a v rámci interpretace práva se prosazuje též funkce mocensko-organizační, která umožňuje rozhodovací závěry přijímat závazně a sjednocovat aplikační praxi.¹⁹

Lze tedy shrnout následující teze dovozené z výše uvedeného:

1. Právo stojí na evokaci pojmů (interpretace, subsumpce, dotváření práva – vše je evokací pojmů).
2. Přesnost sdělení informace je vázána na předporozumění a na kontext.
3. Zákonodárce se nemusí vždy vyjádřit přesně, tedy písemný projev v textu zákona nemusí nutně odpovídat myšlence, kterou zákonodárce chtěl vyvolat.

¹⁷ Žák Krzyžanková, K.: *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer. 2019, s. 209.

¹⁸ Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 128.

¹⁹ *Ibid.*, s. 129.

4. Proces interpretace je nezbytně ovlivněn subjektivními prvky.
5. Absolutní pojetí hermeneutického přístupu (ve fenomenologickém smyslu) se ocitá v konfliktu s normativní a regulativní funkcí práva.

2. Od výkladu k dotváření práva

Jak výklad práva, tak i dotváření práva jsou souhrnně označovány za metody nalézání práva.²⁰ Francouzsky psaná literatura však s pojmem „dotváření“ práva příliš nepracuje, někteří autoři metody dotváření práva vyčleňují z kapitoly o interpretaci práva,²¹ jiní o nich hovoří v rámci pojednání o interpretaci práva (byť například někteří pracují s pojmem „konstruktivní“ interpretace práva²² či pod interpretaci práva zahrnují některé metody, jako například argument *per analogiam* či „indukci“ či „distinkce“,²³ které bychom v našem prostoru označili spíše za metody dotváření práva).

Franz Bydlinski uvádí, že dnes obecně uznávané kritérium vymezující hranici mezi výkladem a dotvářením práva spočívá v rozlišení podle „*ještě možného jazykového smyslu interpretovaného právního předpisu*.“ Takové metodologické výsledky, které se pohybují ještě v rámci možného významu slova použitého v právním předpisu, náležejí k výkladu. Pokud dojde k překročení možného významu slova, může být použito již jen dotváření práva.²⁴

Jako protipól Franz Bydlinski uvádí koncepci, která rozlišování mezi interpretací a dotvářením práva staví na kritériu úmyslu zákonodárce: *co je v souladu s úmyslem zákonodárce, není dotvářením práva, zatímco co již úmysl zákonodárce překračuje, je dotvářením práva*. Tento přístup by ostatně mohl odpovídat francouzskému pojetí exegeze, které umožňovalo odchýlit se od zákona, pokud to vyžadoval úmysl zákonodárce.²⁵ Nicméně Franz Bydlinski tuto teorii zavrhuje, neboť má mnohem menší rozlišovací způsobilost.²⁶ Domnívám se, že lze s Franzem Bydlinskim souhlasit a pro účely hledání hranice či kritéria,

²⁰ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt. Rovněž Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 2009.

²¹ Paul Delnoy například píše o analogii a dalších způsobech dotváření práva nikoli v části o interpretaci práva, ale v části o aplikaci práva – srov. Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 375. Véronique Champeil-Desplats zase hovoří o indukci, argumentu *a contrario*, argumentu *a fortiori* a analogii jako formách zdůvodnění (argumentace) vedoucí k pravděpodobnostním závěrům – srov. Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Paris: Dalloz, 2016, s. 386.

²² Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 345.

²³ J.-L. Bergel tyto postupy řadí pod logický výklad. Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 244–246.

²⁴ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt. Vídeň, s. 43.

²⁵ Jak svědčí například tato citace Antoine-Marie Demante z jeho *Programme d'un cours de droit civil*: „*Je to vůle zákonodárce, která ustanovuje zákon... mysl zákonodárce je tak jistě vodítko, že jej často musíme nechat převážít nad jeho slovy v tom smyslu, že nemusíme připustit všechny důsledky připuštěné slovy zákona, ani, a to především, odmítnout všechny ty, které z něj nutně a jasně nevyplývají.*“ Demante, A.-M. *Programme d'un cours de droit civil*. Svazek I, s. 14. Citováno podle Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 240.

²⁶ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt. Vídeň, s. 43.

které bude rozlišovat mezi interpretací a dotvářením práva, trvat na tom, aby takové kritérium umožňovalo co nejpřesnější soud.

Nejedná se přitom pouze o požadavek nevýznamný, neboť závěr, zda určitá úvaha spadá do interpretace a určitá úvaha do analogie, může být zcela zásadní též pro právo v praxi. Vezmeme-li v potaz trestní právo hmotné, pak platí, že zatímco je v tomto odvětví interpretace práva obecně přípustná, tak analogie (v neprospěch pachatele) je vyloučena. Závěr o tom, že určitý případ lze posoudit ještě jako výklad, zatímco jiný jako analogii, pak může mít přímý dopad na formulaci výroku rozhodnutí „*zproštěn obžaloby*“ oproti „*vinen*“.

Tento význam ostatně zdůrazňuje též F. Melzer a na ukázkách příkladů odborných prací ze sovětské socialistické právní teorie a československé socialistické právní vědy ukazuje, k jakým důsledkům může vést nesprávné vymezení hranic mezi analogií a extenzivním výkladem. Tehdejší nauka vycházela totiž z pojetí extenzivního výkladu tak, že „*obsah právní normy je širší, než vyjadřuje znění zákona*“ a nikoli jako „*nejširší možný výklad v mezích znění zákona*.“ Pro analogii pak nacházela uplatnění tak, že zatímco při extenzivním výkladu se použití zákona „nějak“ (*sic!*) předvídá tak při analogii nikoli. Nic to ovšem neměnilo na tom, že fakticky pak bylo možno prohlásit za extenzivní výklad něco, co z pohledu dnešního prevažujícího názoru je považováno za analogii. S nesprávným chápáním rozdílu mezi přípustným extenzivním výkladem a nepřípustnou analogií v neprospěch pachatele se lze setkat v trestněprávní nauce dokonce ojedinele až dodnes²⁷, nicméně většina publikací již hranici mezi analogií a extenzivním výkladem formuluje správně, byť uznává, že v praxi může činit určení této hranice problémy.²⁸

Rovněž F. Bydlinski využívá příklad trestního práva hmotného k tomu, aby odmítl kritérium úmyslu zákonodárce jakožto relevantního rozlišovacího kritéria. Úmysl zákonodárce je totiž méně transparentní kritérium než možný jazykový význam textu předpisu. Současně

²⁷ Srov. například citaci z učebnice *Trestní právo hmotné*: „*Při extenzivní interpretaci se vychází z širšího dosahu trestněprávní normy přímo dopadající na posuzovaný skutkový stav, než nabízí její zákonná dikce.*“ (Kratochvíl, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. 2.* vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 147). Na skutečnost, že tento nedostatek přetrvává dodnes, upozorňuje též Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace.* 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 106–108.

²⁸ Srov. například citaci z knihy *Systém českého trestního práva*: „*Výkladu klade nepřekročitelnou hranici zákon a výklad jen přesněji vymezuje jeho smysl. Tento vyložený smysl však musí být podle znění zákona ještě možný. Jakmile by tento rámec byl překročen, nejde již o výklad, a zde by byla možnost, aby se uplatnila analogie. Analogie vědomě překračuje rámec zákona. Případ se tu nesubsumuje, ale posuzuje se podle ustanovení, které vykazuje podobné znaky jako případy, které lze zákonu podřadit. Analogie překračuje hranici danou běžným smyslem užitého obratu.*“ (Solnař, V., Fenyk, J. Císařová, D., Vanduchová, M. *Systém českého trestního práva.* Praha: Novatrix, 2009, s. 108). Poněkud méně úplně pak zase J. Jelínek vymezuje extenzivní výklad, protože tak činí pouze ve vztahu k doslovnému výkladu (potud patrně správně) nicméně nevymezuje zcela jasně jeho druhou hranici, tedy, kde by měl extenzivní výklad končit: „*rozšiřující (extenzivní) výklad – tímto způsobem výkladu se rozšíří doslovné znění normy, která však z různých příčin byla formulována úžeji, avšak je zachován její skutečný smysl.*“ (Jelínek, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. 5.* vydání Praha: Leges, 2016, s. 63).

však připouští, že i kritérium možného jazykového významu má své limity, neboť má svou danou třídu pojmu, a proto není ve všech mezních případech dostatečně ostrým dělítkem.²⁹

Filip Melzer rovněž váže hranici mezi výkladem a dotvářením práva na význam pojmu použitý v textu právního předpisu a jazykový výklad. Využívá přitom modelu tří oblastí významu pojmu, který přejímá od Phillipa Hecka.³⁰ Tento model pracuje s tím, že posuzovanou skutkovou podstatu je možno vždy zařadit do jedné ze tří oblastí, které vymezují význam pojmu užitého v právním předpisu.

Neurčitá část pojmu

Oblast mimo rozsah pojmu

Hranice nejširšího možného jazykového významu (hranice interpretace – dotváření)

Stejné rozlišování používá též F. Bydlinski, který namísto neurčité části pojmu používá označení „třída pojmu“³¹. Pro rozlišování, zda lze řešenou skutkovou podstatu zařadit do některé z uvedených oblastí, je přitom rozhodující obecný jazykový úzus.³²

Jeví se, že kritérium obecného jazykového úzu je nekriticky přijímáno. Existují ovšem i autoři, kteří na určitou nepromyšlenou akceptaci kritéria obecného jazykového úzu upozorňují. Konkrétně lze zmínit O. Šváru, který ve svém odborném článku upozorňuje, že reprezentacionalismus jakožto směr vycházející z představy, že jména představují určité znaky, s nimiž jazyk spojuje nějaký věcný význam a které ve svém souhrnu tvoří jeho slovní zásobu (přičemž významy těchto výrazů můžeme najít v jazykových slovnících),³³ je problematický.

²⁹ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Vídeň: Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt, s. 44.

³⁰ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 96–97.

³¹ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Vídeň: Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt, s. 13.

³² Ibid.

³³ Švára, O. *Metodologická hodnota nauky o třech oblastech pojmu*. In: Gerloch, A.; Tryzna, J.; Wintr, J. (ed.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 303.

Na příkladu užití pojmu „závěť“ ukazuje, že nemusí všichni adresáti chápat daný pojem stejně, protože každý se s ním seznamuje jinak a v jiném kontextu (například většina adresátů jej bude chápat jako listinu, na které je zachycena poslední vůle určité osoby, ale právníci budou chápat význam zpřesněn jako jednostranné právní jednání fyzické osoby, kterým nakládá se svým majetkem pro případ smrti). Tímto se však dále odhalí další nedostatek této teorie, protože i každý další pojem, jímž se popisuje význam slova, je třeba významově vymezit a poté se pohybujeme v kruhu.³⁴ Tímto O. Švára dokazuje, že význam slov není určen mimojazykovými entitami (tedy předměty, jevy, děje apod.), ale naopak pravidly určujícími způsob, jak daná slova používat v příslušném kontextu užití. Přesnější by tedy mělo být hovořit nikoli o významu slova jako souboru věcí, jevů apod., ale o významu slova jako třídě pravidel upravujících používání určitých výrazů.³⁵ Obdobně rozlišuje též přístupy k chápání významu slov též T. Sobek, který je demonstruje na příkladu nerostu, pro který se užije určitý pojem v 19. století, ale následně se zjistí, že se vlastně jedná o dva povrchově podobné nerosty s různým složením, a proto se zavede pojmová diferenciaci. Jeden přístup lze označit jako sémantický realismus (dojde pouze k odstranění pojmového omylu díky lepšímu poznání a nápravě), druhý jako sémantický konvecionalismus (pojmy jsou věci konvence).³⁶

Pomineme-li výše uvedené výhrady, pak se jádro pojmu vztahuje na všechny objekty, které si prakticky každý jazykovědec a odborník představuje jako příklady použití pojmu nebo s nimi takto zachází.³⁷ Jinými slovy, řešenou skutkovou podstatu by podřadil pod řešený text prakticky každý příslušník jazykového společenství. Jedná se o oblast, kterou slovy H. L. Harta právní jazyk vyjádřil jako autoritativní příklad – ten, který je jasným případem a je možné ho použít víceméně stejně jako precedent.³⁸ Příkladem může být skutečnost, že každý by například pod pojem „plod“ podřadil „jablko“ (například v kontextu § 1016 věty první o.z. – „*Plody spadlé ze stromů a keřů na sousední pozemek náleží vlastníkovi sousedního pozemku.*“). V právní praxi by tento případ měl převažovat. Ve většině případů by mělo docházet k prosté subsumpci pod jádro pojmu, a proto si také ve většině rozhodnutí orgány veřejné moci mohou vystačit se zdůvodněním, které je založeno na prostém sylogismu založeném na úvaze:

- *Plody spadlé ze stromů a keřů na sousední pozemek náleží vlastníkovi sousedního pozemku. (text právního předpisu jako maior premise)*

³⁴ Ibid., s. 304–306.

³⁵ Ibid., s. 304–308.

³⁶ Sobek, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 158.

³⁷ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Vídeň: Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt, s. 13.

³⁸ Hart, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 1997, s. 131.

- *Jablko ze stromu vlastníka pozemku pana X spadlo na sousední pozemek vlastníka pana Y. (řešený skutkový případ jako minor premise, jež byla zjištěna právem upraveným procesem dokazování)*
- *Pan Y je vlastníkem jablka. (závěr jako conclusio)*

V podmínkách kontinentálního systému práva se pak zpravidla³⁹ vystačí s tím, že se odkáže na text právního předpisu, aniž by bylo třeba blíže legitimizovat rozhodnutí, neboť pokud není mezi textem zákona a řešenou skutkovou podstatou žádné napětí, je zákon sám tím nejdůležitějším legitimizačním důvodem rozhodnutí. V takovém případě k řešení případu postačí až na výjimky pouze tento prostý jazykový výklad, který se opírá o vázanost soudce zákonem. P. Delnoy dovozuje, že pokud konkrétní řešení, které přímo vyplývá ze zákona, považuje soudce za adekvátní, pak jej soudce velmi rád přijme, přičemž to nevyvolává žádný problém, neboť zákon přímo předvídá daný případ – konkrétní řešení je tedy vymezeno v zákoně, ať už přesným způsobem, nebo způsobem, který soudci poskytuje určitou míru volnosti.⁴⁰

V případě, kdy se interpretace práva pohybuje v rámci jádra pojmu, se obvykle hovoří o tom, že zákon je „jasný“. Situace se tak na první pohled jeví tak, jako by to byl text právního předpisu, který sám o sobě je kritériem jasnosti zákona.

Historicky se například v belgické právní teorii i praxi prosazovala doktrína *sens clair*, podle níž existují jasné texty, jejichž smysl je evidentní a které není třeba interpretovat.⁴¹ Tuto doktrínu vyznával až do minulého století belgický Cour de Cassation.⁴² Obdobně tak činily francouzské soudy.⁴³ Zastánci této teorie nepopírali potřebnost interpretace v případech, kdy byl text nejasný či též v případě očividné chyby ze strany zákonodárce, nicméně tvrdili, že jsou případy, kdy je text natolik jasný, že nevyžaduje vůbec interpretovat.

³⁹ S výjimkou teleologické redukce.

⁴⁰ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 384. P. Delnoy zde dává příklad subsumpce protiprávního jednání pana X, který tím způsobí panu Y újmu. V takovém případě je řešení jasně dáno článkem 1382 belgického občanského zákoníku (ten obsahuje obecné pravidlo, podle kterého platí, že kdo způsobí jinému újmu, musí ji nahradit), proto soudce aplikuje uvedené pravidlo a uloží panu X uhradit panu Y náhradu škody a takové pravidlo vyplývá přímo ze zákona. Zákon však umožňuje soudci určitou volnost, a to například pokud jde o otázku výše náhrady škody.

⁴¹ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 85.

⁴² Rozhodnutí Cour de Cassation ze dne 21. 2. 1967 (shrnutí dostupné: <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:1967:ARR.19670221.3/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=>).

Z 90. let se jedná například o rozhodnutí z 22. 12. 1994 (dostupné <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:1994:ARR.19941222.9/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=>).

Z obou rozhodnutí vyplývá, že „Pokud je text zákona jasný, není vůbec nutné se uchýlovat ke zkoumání přípravných prací“ (myšleno důvodových zpráv, v nichž zákonodárce vyjadřuje cíle a účely sledované právní úpravou).

⁴³ „Jakékoli hledání vůle zákonodárce cestou interpretace je soudci zapovězeno, pokud smysl zákona tak, jak vyplývá z textu, není nejasný či neurčitý, a proto musí být brán za jistý s výjimkou případu, kdy by aplikace textu vedla k absurditě“ (rozhodnutí Tribunal de la Seine ze dne 24. 4. 1952).

Michel van de Kerchove shrnuje pět základních tezí doktríny *sens clair* následovně:

1. Existují jasné texty, jejichž očividný a bezprostřední smysl je dán objektivně sám o sobě.
2. Právní jazyk je odvozen z obecného jazyka, a proto pojmy, které zákonodárce výslovně nedefinuje, si zachovávají v zásadě stejný bezprostřední smysl, který mají v obecném jazyce.
3. Nejasnost textu může být odvozena pouze z nejednoznačnosti či neurčitosti běžného významu slov.
4. Jasnost textu je pravidlem, zatímco nejasnost textu je naopak výjimkou.
5. Rozpoznání jasného nebo naopak nejasného textu nevyžaduje žádnou předchozí interpretaci textu.⁴⁴

Michel van de Kerchove pak postupně všechny uvedené teze doktríny *sens clair* vyvrací. Kupříkladu shrnuje, že texty samy o sobě nejsou jasné či nejasné, ale jasnost je dána tím, v jakém kontextu jsou texty použity. Dále po vzoru H. L. A. Harta upozorňuje, že každý přirozený jazyk má tzv. *otevřenou texturu*. Na konkrétních případech vyvrací pravidlo, že pokud zákonodárce nedefinuje pojmy výslovně, míní tím, že má být vždy použit výklad podle obecného jazyka. Dovojuje, že samotný závěr o jasnosti či nejasnosti textu minimálně implicitně vyžaduje interpretovat text samotný.⁴⁵

Paul Delnoy doktrínu *sens clair* kritizuje s tím, že poukazuje jednak na její *neproveditelnost*, jednak na její *absurdnost*.⁴⁶

Neproveditelnost spočívá v tom, že aby byla tato doktrína fakticky proveditelná, musel by interpret vždy *a priori* vědět, zda čelí jasnému textu. Jak to má ale poznat? Jasnost textu je totiž sama o sobě subjektivním kritériem.⁴⁷ Nedostatek doktríny *sens claire* tak spočívá v tom, že neexistuje *apriorní* kritérium, které by určilo, že text je jasný.⁴⁸

Absurdnost této teorie pak spočívá v otázce: *Co vlastně znamená interpretovat text?* Znamená to dovozovat z textu jeho význam. Interpretovat znamená dovozovat ze znaků, kterými jsou jednotlivá slova a věty, zákonodárcovou vůli. Pro interpretaci zákona je tak nezbytné vždy zkoumat slova a určit význam a rozsah pojmů, které v mysli zákonodárce daná slova evokují. Je proto absurdní říct, že text nemusí být interpretován: jasný text, stejně jako

⁴⁴ Van de Kerchove, M. *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*. In: van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 13–14.

⁴⁵ *Ibid.*, s. 15–46.

⁴⁶ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 89–94.

⁴⁷ *Ibid.*, s. 89.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 92.

jakýkoli jiný text, musí být pochopen.⁴⁹ Závěr o tom, že text je jasný, v sobě vlastně obsahuje již samotnou předchozí interpretaci. Z těchto důvodů v Belgii vlastně postupně převážil nad doktrínou *sens clair* argument jazykového výkladu, a to sice, že je potřeba, aby byl slovům zákona přiřkládán význam podle obecného jazyka, pokud zákonodárce neprojevil jinou vůli (což již umožňuje například odklon od textu zákona k důvodové zprávě).⁵⁰

J.-L. Bergel upozorňuje, že teorie *sens clair*, která je založena na představě, že většina textů je jasných a přesných (což je samo o sobě utopie), je používána, ačkoli „*nejasnost zákona není fakticky spojována pouze s nejednoznačností textu.*“⁵¹ Ostatně lze dodat, že jasnost textu zpravidla není dána jeho zněním, jakožto spíše skutkovými okolnostmi, které se podle textu mají či nemají řešit. Pokud skutkové okolnosti „sedí“ na hypotézu právní normy, hovoří se o jasném textu. Pokud však závěr o subsumpci není dán *prima facie*, pak se hovoří o „nejasném“ textu. Jeden text se tak může v jeden okamžik jevit jako velmi jasný, zatímco v při aplikaci na jiný skutkový stav jako nejasný. Příkladem může být rozsudek belgického Cour de Cassation ze dne 11. února 1919, který řešil platnost předpisů vydaných belgickým králem v době nesvobody. Z článku 25, 26 a 130 belgické ústavy vyplývalo, že veškerá moc „*je vykonávána způsobem popsaným v Ústavě*“, že „*moc zákonodárná je vykonávána společně Králem, Sněmovnou reprezentantů a Senátem*“ a že „*účinnost Ústavy jako celku ani její části nemůže být pozastavena*“. Nelze si představit o mnoho jasnější ustanovení z pohledu jejich formulace (tedy z pohledu určitosti). Nicméně vzhledem k válce a okupaci území došlo k tomu, že Sněmovna reprezentantů a Senát nemohly zákonodárnou moc vykonávat a mohl ji vykonávat pouze sám Král. Soud proto hledal způsob, jak se s ustanoveními vypořádat. A tu se najednou citovaná ustanovení musela re-interpretovat restriktivně ve světle nově nalezených ústavních principů, podle nichž platí, že pokud Král zůstal jediným akceschopným orgánem, kterému je umožněno konat, pak byl oprávněn přijmout předpis o síle zákona sám.⁵²

Ani jednoduchý jazykový výklad tak proto není vždy úplně bezchybný. Mohou nastat případy, kdy je samotné jádro pojmu formulováno úžeji nebo šířeji, než je z pohledu účelu a hodnot žádoucí. Z těchto důvodů není proto vhodné o jasnosti zákona hovořit ve vazbě na text zákona. Pokud bychom totiž přijali jako kritérium jasnosti zákona vazbu na text zákona, nezbyla by možnost se od „takto jasného“ zákona odchylovat, ať už cestou tzv. nadstandardních interpretačních metod nebo cestou dotváření práva.

⁴⁹ Ibid., s. 93.

⁵⁰ Ibid., s. 94.

⁵¹ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 233.

⁵² Perelman, Ch. *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*. In: Perelman, Ch., Foriers, P. (ed.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1978, s. 419.

Ch. Perelman definuje zákon jako jasný (v kontextu jeho aplikace) tehdy, pokud všechny rozumné výklady, které mu lze dát, vedou k jednomu řešení.⁵³ Naproti tomu za „nejasný“ lze dle M. van de Kerchova *a contrario* považovat text, pokud mezi rozumnými interpretacemi, které mu lze dát, některé vedou k řešením odlišným.⁵⁴ Tato definice jasnosti zákona se tedy odlišuje tím, že (i) jasnost zákona váže na kontext aplikace (resp. na konkrétní skutkový stav), čímž se potvrzuje, že zákon se může jednou jevit jako jasný a jindy jako nejasný a že (ii) za jasný se považuje zákon, u nějž „všechny rozumné výklady“ (tedy i jiné výkladové metody než jazyková metoda výkladu) vedou k jednomu řešení. V tomto pojetí tedy jasnost zákona vyžaduje provedení všech relevantních interpretačních metod a pokud tyto vedou ke stejnému výsledku, pak lze hovořit o tom, že zákon je jasný.

Nedostatečnost samotného užití jazykového výkladu jednoznačně potvrzuje též judikatura Ústavního soudu, která zdůrazňuje, že „*neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace, vycházející pouze z jazykového výkladu*“ a že „*jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikaci právní normy*“⁵⁵ a „*soud není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku.*“⁵⁶

Před bezvýhradnou aplikací jazykového výkladu (byť v rámci jádra pojmu) bez provedení zpětné kontroly prostřednictvím teleologického výkladu varuje jak česká,⁵⁷ tak i zahraniční literatura.⁵⁸ Výzvu k tomu, aby i v rámci prostého jazykového výkladu byla činěna zpětná kontrola prostřednictvím teleologické úvahy obsahuje též § 2 odst. 1 věty druhé o.z. („*Rozejde-li se výklad jednotlivého ustanovení pouze podle jeho slov s tímto příkazem, musí mu ustoupit.*“) a § 2 odst. 2 části věty za středníkem („*nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu*“). Těmito ustanovení byla pro oblast soukromého práva jednoznačně stanovena priorita teleologického výkladu nad výkladem jazykovým. V případě,

⁵³ Perelman, Ch. *L'interprétation juridique*. In *Archives de philosophie du droit*. Svazek XVII, Paříž, 1973, s. 30. Citováno podle van de Kerchove, M. *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*. In: van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 38.

⁵⁴ Van de Kerchove, M. *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*. In: Van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 38.

⁵⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

⁵⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96.

⁵⁷ Například F. Melzer tak hovoří o „kontrolu pravosti výsledku“. Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 109.

⁵⁸ Například P. Pescatore rovněž hovoří o „kontrolu výkladu praktickým výsledkem“. Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 354.

že by se teleologický výklad rozešel v rámci jazykového výkladu se samotným významem v rámci jádra pojmu, pak by bylo možno uvažovat o teleologické redukci. K. Žák Krzyžanková ve své analýze příslušných ustanovení rovněž dovozuje, že nová výkladová pravidla preferují spíše ducha zákona před literou, resp. dokonce obyčejné lidské cítění (které představuje ultimativní omezení výkladu dle § 2 odst. 3 o.z.) před literou i duchem, nicméně podrobuje ustanovení kritice a dovozuje, že se jedná o určitý paradox, neboť zákonodárce se dle důvodové zprávy údajně snažil nalézt metodu, jež by současně respektovala literu i ducha/účel zákona a měla by bránit soudcovské libovůli, zatímco vyjádření v zákoníku ponechává značný prostor pro úvahu rozhodovacích orgánů.⁵⁹ Z obdobných pozic zpochybňuje vhodnost a potřebnost pozitivně právního zakotvení interpretačních direktiv rovněž J. Tryzna. Svoji kritiku zakládá jednak na nejednoznačnosti stupně normativity interpretačních direktiv v občanském zákoníku (samotná interpretační pravidla jsou totiž objektem interpretace), jednak na pochybnostech o obsahu těchto direktiv.⁶⁰ Rovněž podrobuje kritice předpoklad uvedený v důvodové zprávě o tom, že docházelo a dochází k bezhodnotovému právnímu formalismu.⁶¹ J. Tryzna zpochybňuje především část ustanovení § 2 odst. 2 za středníkem („*nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu*“). Zatímco předchozí část věty totiž řeší případný rozpor mezi jazykovým výkladem a historickým výkladem („*Zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodárce; ...*“) tak, že se nemá hledat rozpor, ale naopak soulad (tedy, že správným je závěr opírající se o syntézu interpretačních závěrů směřujícím k oběma těmto výkladovým cílům),⁶² tak část věty za středníkem vnáší do stávajících zavedených interpretačních postupů zcela nový prvek, a to pojem „smysl zákona“, který by měl převážet i nad jazykovým výkladem. Má jít totiž o odkaz na nějaký blíže neurčený „skutečný obsah zákona“. S J. Tryznou lze souhlasit v tom, že občanský zákoník je v tomto smyslu nedokonalý ve dvou ohledech. Za prvé v tom, že vedle dvou zavedených výkladových cílů (smysl slov a úmysl zákonodárce) vnáší jako nový výkladový cíl „smysl zákona, resp. právního předpisu“, který je neurčitý (je totiž sporné, zda lze považovat smysl zákona za účel zákona, což je zavedená kategorie, nebo se má jednat o novou blíže nevymezenou kategorii, s čímž je spojena snížená možnost zpětné kontroly

⁵⁹ Žák Krzyžanková, K.: *Právní interpretace - mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer. 2019, s. 64 až 65.

⁶⁰ Tryzna, J. *Garance právní jistoty z hlediska metodologie interpretace práva předvídané novým občanským zákoníkem*. In: Gerloch, A.; Tryzna, J.; Wintř, J. (ed.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 193.

⁶¹ *Ibid.*, s. 194.

⁶² J. Tryzna připouští, že v určitých momentech, nebude možno najít soulad mezi slovy zákona a úmyslem zákonodárce – pak v takovém případě preferuje jazykový výklad jako „spolehlivě zjistitelné vodítko“.

úvahy soudů). Za druhé v tom, že tento tříprvkový systém výkladových cílů může dosahovat různých variací, přičemž zákon neřeší všechny případy sporů mezi výsledky interpretačních závěrů a nestanoví pro všechny případy pravidla přednosti.⁶³

Lze však shrnout, že závěr o jasnosti zákona je možno učinit teprve poté, kdy po jazykovém výkladu se provede zpětná kontrola správnosti výkladu též prostřednictvím případných jiných relevantních metod. Na druhou stranu, pokud tyto metody jazykový výklad potvrdí, pak zpravidla v podmínkách českého právního řádu se považuje za dostačující odůvodnění argumentace sylogismem.

Neurčitá část pojmu (resp. třída pojmu) zahrnuje skutkové podstaty a jevy, na které se někdy příslušný pojem v jazykovém společenství rozšiřuje, někdy však také nikoli.⁶⁴ Právě v této oblasti pojmu se používá jiného než jazykového výkladu, resp. výkladových metod, prostřednictvím kterých se určí, zda je sporný případ řešitelný výkladem, či nikoli. Příkladem může být cedule obsahující zákaz vjezdu dopravních prostředků do parku a otázka, zda pod „dopravní prostředek“ lze podřadit například koloběžku či malé elektricky poháněné dětské autíčko.

V případě, že právní předpis obsahuje pojem, který je ve vztahu k určité skutečnosti neurčitý, je nutné přistoupit k jiné než jazykové výkladové metodě (respektive i k více z nich), prostřednictvím které (kterých) dojde k definování rozsahu pojmu (ustanovení právního předpisu), čímž se bude konkretizovat právní norma a teprve následně bude možno provést subsumpci.

Jedná se přesně o tu oblast, v níž se začíná projevovat nedostatek právního jazyka, který označuje H. L. A. Hart za *otevřenou texturu*. Jedná se o oblast, kdy autoritativní obecný jazyk skýtá již jen nejistá vodítka. Jádrem úvah osoby aplikující právo se pak nestává subsumpce ani sylogistický závěr vztahující se k autoritativnímu příkladu vyjádřenému v hypotéze, ale poměřování; osoba bude muset zvážit, jestli se daný případ dostatečně a v důležitých ohledech podobá jasnému případu.⁶⁵ Tuto oblast lze označit též za oblast „jazykového stínu“, v níž se nachází *a priori* sporné případy užití, jejichž případná akceptovatelnost bude teprve posuzována soudcem v rámci řešení určité pře.⁶⁶ H. L. Hart tako uzavírá, že „*nejistota v hraničních*

⁶³ Tryzna, J. *Garance právní jistoty z hlediska metodologie interpretace práva předvídané novým občanským zákoníkem*. In: Gerloch, A.; Tryzna, J.; Wintr, J. (ed.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 198–202.

⁶⁴ Bydliński, F. *Základy právní metodologie*. Vídeň: Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt, s. 13.

⁶⁵ Hart, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 1997, s. 131–132.

⁶⁶ Žák Krzyžanková, K.: *Právní interpretace - mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer. 2019, s. 21.

oblastech je cena, která se platí za používání obecných klasifikačních pojmů v jakékoli formě komunikace, jež se týká faktické činnosti.“⁶⁷

Právě v této oblasti pak může docházet k extenzivnímu či restriktivnímu výkladu. Opět si pro tyto účely vypůjčíme náčrt z knihy F. Melzera.

Neurčitá část pojmu

Restriktivní
výklad

Extenzivní
výklad

**Oblast mimo
rozsah pojmu**

Hranice nejširšího možného
jazykového významu (hranice
interpretace – dotváření)

Z náčrtu lze dovést, že extenzivní výklad se přibližuje hranici, kde neurčitá část pojmu naráží na oblast mimo rozsah pojmu. Jinými slovy, extenzivní výklad je takový, který jde k samé hranici toho, co by ještě většina příslušníků jazykového společenství považovala za možný obsah daného pojmu (přitom, jak bylo ukázáno výše, je vhodnější vycházet ze sémantického konvencionalismu nežli ze sémantického realismu).

Každý pojem totiž může být definován dvěma způsoby: jednak svým *obsahem* (porozuměním), jednak svým *rozsahem*. Podle toho lze pak rozlišovat pojmy *druhové/generické* (pojem, který zahrnuje všechny pojmy se stejnými znaky) a pojmy *specifické* (pojem, který náleží ke stejnému druhovému pojmu, ale současně obsahuje alespoň jeden rozlišovací znak). Rozsah má tedy přirozeně větší druhový pojem, zatímco z hlediska porozumění má vždy více rozlišovacích znaků pojem specifický.⁶⁸

Čím více je pojem generický, tím bude neurčitá část pojmu mít větší rozsah, a tím více budou nastávat situace, při nichž interpret bude muset uplatnit extenzivní či restriktivní výklad. Naopak čím více je pojem specifický, tím menší prostor bude interpretovi pro extenzivní či restriktivní výklad poskytnut. Dokonce lze uvažovat o pojmech, které nemají neurčitou část vůbec (např. „prezident republiky“, „200 poslanců“, ...).⁶⁹

⁶⁷ Hart, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 1997, s. 132.

⁶⁸ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 51–52.

⁶⁹ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 111.

V rámci extenzivního výkladu tak dochází k tomu, že v určitém kontextu právního předpisu je uveden konkrétní pojem. Vychází se z předpokladu, že zákonodárce i interpret jsou ze stejného jazykového společenství a mají stejný jazykový úzus (konvenci). Právo se totiž převážně vztahuje ke třídám lidí a ke třídám činů, věcí a okolností.⁷⁰ V daném kontextu se interpretovi vybaví většinou první jasná asociace, kterou mohl myslet i zákonodárce (onen Hartův autoritativní příklad). Nicméně tím, že zákonodárce sděluje svá slova v určitém kontextu, nemůže domyslet, že pod daný generický pojem lze vztáhnout i některé další specifické pojmy, které nutně nezamýšlel.⁷¹ Poté může interpret s ohledem na kontext a teleologii ustanovení uvažovat buď o extenzivním, či restriktivním výkladu.

Příklad: *Chci popsat čtverec a vymeším jej tak, že má čtyři stejně dlouhé strany. Nicméně neuvědomím si, že jsem tím popsal i kosočtverec, neboť jsem opomněl přidat odlišující znak v tom smyslu, že kromě čtyř stejně dlouhých stran jsou třeba i stejně velké úhly. Interpret pak bude uvažovat, zda jsem mohl směřovat svůj popis pouze na čtverec nebo i kosočtverec. Jinými slovy bude uvažovat, zda má interpretovat ustanovení restriktivně (či dokonce za užití teleologické redukce) pouze na čtverce nebo extenzivně i na kosočtverce.*

Extenzivní výklad F. Melzer definuje tak, že se jedná o „výklad k hranici nejširšího možného jazykového významu.“ P. Pescatore nepracuje s pojmem extenzivní výklad⁷², nýbrž s pojmem „rozšíření pojmu“ (*l'élargissement des concepts*), v jehož rámci dochází k aplikaci pojmů používaných zákonodárcem extenzivně takovým způsobem, že se upozadují specifické rysy pojmu a upřednostňují generické rysy pojmu.⁷³ S pojmem restriktivního výkladu pak zachází tak, že rozlišuje tři postupy, jimiž lze dosáhnout restriktivního výkladu: (i) zohlednění *ratio legis*, (ii) distinkce a (iii) argument *a contrario*. Z pohledu českého přístupu lze uvést, že postup „zohlednění *ratio legis*“ odpovídá českému pojetí restriktivního výkladu asi nejlépe. Metoda distinkcí zase připomíná teleologickou redukci.⁷⁴

⁷⁰ Hart, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 1997, s. 129.

⁷¹ H. L. A. Hart shrnuje, že snaha člověka o jednoznačnou regulaci nějaké oblasti jednání předem pomocí obecných norem pokaždé naráží na překážky v podobě relativní neznalosti skutečnosti a relativní neurčitosti cíle: „*Kdyby se svět, v němž žijeme, vyznačoval jen konečným počtem rysů, které bychom znali, stejně jako bychom znali všechny způsoby, jak je lze kombinovat, pak bychom mohli předem učinit opatření pro každou možnost. Mohli bychom vytvářet pravidla, jejichž použití na konkrétní případy by nikdy nevyžadovalo další volbu. Všechno by bylo možné poznat, a pro každou situaci bychom tudíž předem mohli něco udělat a blíže ji určit pomocí pravidla. Byl by to vět vhodný pro „mechanickou“ právní teorii. Je zjevné, že nás svět takový není.*“ (Hart, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 1997, s. 132–133).

⁷² Pracuje s pojmem konstruktivní výklad, kam řadí (i) rozšíření pojmů (v našem pojetí odpovídající extenzivnímu výkladu), (ii) analogii (v našem pojetí odpovídající analogii *legis*) a (iii) indukci (v našem pojetí odpovídající analogii *iuris*).

⁷³ Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 345.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 347–349.

V zásadě tedy při restriktivním či extenzivním výkladu jde o to, že je potřeba učinit teleologickou úvahu a podle toho buď interpretovat pravidlo s ohledem na účel zákona restriktivně tím, že upřednostním specifické znaky pojmu před generickými znaky (tj. z kontextu a teleologie mého výroku o čtvercích na příkladu výše dovedím, že jsem chtěl hovořit jen a pouze o čtvercích, a proto pravidlo omezím jen na útvary se čtyřmi stejně dlouhými stranami a se čtyřmi stejně velkými úhly), nebo extenzivně s tím, že budu upřednostňovat generické znaky před specifickými znaky pojmu (tj. z kontextu a teleologie mého výroku o čtvercích na příkladu výše dovedím, že jsem vlastně chtěl hovořit o všech objektech se stejně dlouhými stranami, byť jako první každého běžného adresáta přirozeně napadne primárně jen čtverec, zatímco třeba matematiky již napadne čtverec a kosočtverec okamžitě). Je zde určitá volnost uvážení, kterou ponechala právě ona *otevřená textura jazyka*, jež může být i značně široká. H. L. A. Hart v zásadě připouští, že závěr o použitelnosti či nepoužitelnosti pravidla je ve skutečnosti volbou, i když se nesmí jednat o volbu nahodilou či iracionální, ale o volbu učiněnou právě na posuzování podobnosti, kterou je třeba rozumně obhájit jako podobnost právně relevantní a dostatečně blízkou.⁷⁵

Na samotné hranici, kde již není možné pod pojem podřadit řešenou skutkovou podstatu, pak již se nejedná o extenzivní výklad (resp. o výklad vůbec), ale o analogii (příklad: *Chtěl bych regulaci čtverců použít na obdélníky*). Zde již je evidentní, že nikdo by si nemohl představit obdélník se čtyřmi stejně dlouhými stranami, protože by se již nejednalo o obdélník. Nicméně čtverce s obdélníky mají určité podobnosti (čtyři strany, čtyři pravé úhly, ...) a důvod, proč se regulace týká čtverců, by mohl (avšak i nemusel) být stejně tak dobrý pro regulaci obdélníků – o tom opět může rozhodnout jen analýza účelu přijetí regulace, kontextu, hodnot. Analogie vede k rozhodování *praeter legem*.

Na druhé straně extenzivního výkladu je pak výklad restriktivní, který naopak hraničí s teleologickou redukcí. O teleologickou redukcí by se jednalo ve výjimečných případech tehdy, kdy by teleologická úvaha opodstatňovala zásah do samotného jádra pojmu, tedy ačkoli by si prakticky každý příslušník jazykového společenství regulaci čistě z gramatického pohledu na danou situaci vztáhl, tak se z pravidla dovedí pro určitý případ výjimka, kterou odůvodňuje právě teleologie předpisu (příklad: *Z regulace dopadající na útvary se čtyřmi stejně dlouhými stranami bych chtěl vyloučit žluté čtverce*). Teleologická redukce pak vede k rozhodování *contra legem*.

⁷⁵ Hart, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 1997, s. 132.

Oblast mimo rozsah pojmu zahrnuje jevy a předměty, které by prakticky žádný příslušník daného jazykového prostředí pod příslušný pojem z jazykového hlediska nepodřadil.⁷⁶ Pokud již není fakticky možné skutkovou podstatu (či jev) pod pojem užitý textem právního předpisu podřadit, pak se tedy nacházíme vně nejširší možné interpretace daného pojmu a pro ten případ nám výkladové metody nepomohou.

V zásadě pak přichází v úvahu již jen volba mezi dvěma možnostmi:

- a) Řešení právního sporu na základě argumentu *a contrario* (respektive zásady legální licence a zásady enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí), tedy uzavřít, že žalobci ze zákona oprávnění neplyne a není možno jím uplatněné žalobě vyhovět či že obžalovaného je třeba zprostit obžaloby, neboť mu zákon dané jednání nezakazuje apod.
- b) Přistoupit k dotváření práva prostřednictvím analogie či teleologické redukce (případně jiných nástrojů, které jsou odvozeny od těchto základních dvou metod). Takový postup však musí být náležitě zdůvodněn, neboť se ocitá v rozporu s principem právní jistoty.

K užití analogie vyzývá též § 10 o.z., který stanoví: „*Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.*“ Současně však odkazem na absenci výslovného ustanovení dává najevo, že se přihlašuje k tomu, že hranici mezi výkladem a dotvářením práva představuje nejširší možný jazykový význam.⁷⁷

F. Melzer ovšem varuje, že přechody mezi stanovenými hranicemi nejsou zcela ostré, naopak mohou být plynulé, a že u téměř každého deskriptivního pojmu lze vymyslet případy, které budou hraniční a o kterých proto v jazykovém prostředí nebude panovat naprostá jistota. Ačkoli kritériem pro zařazení určité skutečnosti do některé z významových oblastí pojmu je náhled příslušníků daného jazykového prostředí, nelze tomu rozumět tak, že by soudce prováděl lingvistický výzkum dotazováním se reprezentativního vzorku příslušníků jazykového prostředí, ale je sám odkázán na svou jazykovou zkušenost a své znalosti.⁷⁸ Koneckonců již jsme poukázali na skutečnost, že jazyk sám neodkazuje přímo na věci a jevy, ale používá se jako výsledek určitých pravidel, které si adresát osvojí jeho užíváním v rámci komunikace. Navzdory problémům, které může činit klasifikace jevu pod konkrétní oblast z uvedených tří

⁷⁶ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 98.

⁷⁷ Melzer, F., Tégl, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 196–197.

⁷⁸ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 99–100.

možností, F. Melzer dospívá k závěru, že model tří oblastí je zcela legitimní s ohledem na princip právní jistoty, neboť zákonodárce používá k právní regulaci jazyk.

3. Francouzsko-belgický exkurz

Po Velké francouzské revoluci došlo ve Francii k zásadním společenským změnám, které se rovněž dotkly práva, a to včetně otázky vymezení pramenů práva.

Do Velké francouzské revoluce systém pramenů práva ve Francii vypadal tak, že mu dominoval právní obyčej, královská moc, parlamentní moc a moc soudů. Portalis to popisoval slovy: „*Jaký pohled se nám nabízí před našima očima? Vidím před sebou jen zmatený a beztvary šluk cizích a francouzských zákonů, obyčejů obecných i zvláštních, zrušených i nezrušených nařízení, psané principy i nepsané principy, protichůdná pravidla a odporující si rozhodnutí; všude lze naleznout jen záhadnou spleť, jejíž nit nám pokaždé uniká; vždy jen abychom se ztratili v tomto jednom velkém chaosu.*“⁷⁹

Široká skupina pramenů práva měla být napříště nahrazena množinou o jednom prvku, tedy monopolem zákona vytvořeným zákonodárným shromážděním jakožto jediného formálního pramene práva.⁸⁰ Nastala éra kodifikací a v přístupu k interpretaci práva převládl exegetický přístup silně vázaný na text zákona.

Již krátce po revoluci, ještě před obdobím kodifikace, se kladla otázka: Kdo bude moci zákony interpretovat pro případ, že budou nejasné? V revoluční době vládla určitá nedůvěra vůči soudům a soudcům a obavy z jejich možného arbitrárního rozhodování. Ostatně je vhodné připomenout, že již v předrevoluční době od 16. století Generální stavy požadovaly zrušení rozsudků bez odůvodnění, nicméně na jejich prosby nebylo reagováno, protože až do revoluce nepřicházelo omezení moci soudů v úvahu. Až po revoluci byl vydán zákon ze dnů 16. až 24. srpna 1790, kterým byla zavedena povinnost odůvodňovat rozsudky („*důvody, které určily rozhodnutí, musí být vyjádřeny*“). Francouzská ústava ze dne 5. fructidoru roku III (22. srpna 1795) pak obsahovala jednoznačné pravidlo, že rozsudky se odůvodňují a musí obsahovat odkaz na zákonné ustanovení. Účelem této regulace bylo podřídít doposud příliš nezávislého soudce vůli národa, tedy zákonodárci.⁸¹

Další obava pramenila z toho, že soudci až do revoluce pracovali s výše uvedenou bohatou skupinou pramenů a nemuseli by nutně respektovat nový monopol zákonodárce. Revoluční moc proto rozhodla, že interpretace zákonů bude náležet jeho tvůrci. Bylo vydáno nařízení, podle něž se „*soudy musely obracet na zákonodárny orgán pokaždé,*

⁷⁹ Portalisovo odůvodnění, které uvedl na schůzi dne 28 ventôse roku XII. Citováno podle Foriers, P. *Les lacunes du droit. Logique Et Analyse*, svazek 10, číslo 37, 1967, s. 14.

⁸⁰ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 400.

⁸¹ Perelman, Ch. *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*. In: Perelman, Ch., Foriers, P. (ed.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1978, s. 417.

*když považovaly za nezbytné buď interpretovat zákon, či jej novelizovat.*⁸² Tento systém žádostí o posudky byl označován jako *référé législatif facultatif* (či jako *référé général*). V rámci tohoto systému tak byla zakázána jakákoli tvořivá interpretace. Někteří autoři uvádí, že účelem citovaného ustanovení bylo pouze zakázat interpretaci v podobě výroků obecných a nařizujících (aniž by to zakládalo povinnost předkládat v případě každé nejasnosti zákona případ k interpretaci zákonodárci), je nicméně jasné, že pouhá možnost tohoto postupu stačila k tomu, aby soudce vedla k omezení výkonu jejich interpretační pravomoci *in concreto*.⁸³ Následně byl zákonem ze dnů 27. listopadu až 1. prosince 1790 pověřen kasační soud (*Tribunal de cassation*) tím, aby kontroloval, zda soudci neporušují zákon, který jsou povinni aplikovat.⁸⁴ Tento soud byl podřízen zákonodárnému shromáždění, kterému měl ročně předkládat svá rozhodnutí. Tento zákon obsahoval rovněž speciální postup, podle kterého platilo, že pokud by došlo k podání třetí kasační stížnosti poté, co byl rozsudek již dvakrát kasačním soudem vrácen, a třetí soud by věc posoudil nakonec stejně jako předchozí dva soudy, pak musí kasační soud věc postoupit povinně zákonodárci, který věc upraví závazným způsobem zákonem, podle nějž pak bude kasační soud povinen věc posoudit (tento systém se označoval jako *référé législatif obligatoire*; či někdy jako *référé special*).⁸⁵ Tento systém stále vyvolával velké množství posudků, které bránily rychlé spravedlnosti a patrně byl jedním z důvodů k formulaci pravidla o odepření spravedlnosti (*denegation iustitiae*). Formulace pravidla o odepření spravedlnosti byla tedy reakcí na špatnou zkušenost s posudky.⁸⁶ Spolu s přijetím Code Civil byl zrušen systém *référé législatif facultatif* a nahrazen právě ustanovením čl. 4 Code Civil. Zatímco systém *référé special* byl ještě po poměrně dlouhou dobu udržován, konkrétně byl používán ve Francii až do roku 1837 a v Belgii až do roku 1865.⁸⁷

Po rekonstrukci soukromého práva se ve francouzsky hovořících zemích hojně rozvinula doktrína exegeze (*la doctrine de l'exégèse*), podle níž interpretace spočívá ve vysvětlování vůle zákonodárce, která dala za vznik právní normě.⁸⁸ Škola exegeze ovládla Francii na dlouhé

⁸² Čl. 12 zákona ze dnů 16-14. srpna 1790. Citováno podle Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 375, či Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 396.

⁸³ Huberlant, Ch. *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*. In: Perelman, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 48.

⁸⁴ Perelman, Ch. *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*. In: Perelman, Ch., Foriers, P. (ed.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Établissements Emile Bruylant, 1978, s. 417.

⁸⁵ Huberlant, Ch. *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*. In: Perelman, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 48.

⁸⁶ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 396-397.

⁸⁷ Huberlant, Ch. *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*. In: Perelman, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 49.

⁸⁸ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 99.

století, nicméně některá její východiska se uplatňují dodnes.⁸⁹ Exegeze si zakládala na tom, že interpretace je toliko pomocná myšlenková operace, k níž se orgán aplikující právo uchyluje pouze tehdy, pokud se text jeví čtenáři jako nejasný, přičemž v takovém případě interpretace musí spočívat v obnovení skutečného smyslu textu – jedná se o akt poznání smyslu a nikoli o vědomou tvůrčí činnost.⁹⁰

Vztah mezi zákonodárcem a soudcem byl řešen v rámci Code Civil prostřednictvím jeho článku 4 a 5:

„Soudce, který odmítne soudit pod záminkou mlčení, nejasnosti nebo nedostatečnosti zákona, bude stíhán pro odepření spravedlnosti.“

*„Soudci nemohou o sporech, které jim jsou předloženy, vynášet výroky obecné a nařizující.“*⁹¹

Soudci při rozhodování sporů mohou proto pouze nalézt řešení pro jednotlivý případ zavazující pouze strany sporu v dané věci (*in concreto a inter partes*), přičemž řešení je dovozeno z obecné normy. Éra kodifikace je tak neslučitelně spojena s omezením moci soudců.⁹²

Hlavním východiskem školy exegeze je text zákona. Škola exegeze se opírá o výlučnou moc zákonodárce – veškeré právo je obsaženo v zákoně. Zastánci školy exegeze tak vycházeli z představy, že text zákona obsahuje řešení na všechny situace a s ohledem na ztotožnění zákona (textu) s právem pak pro ně neexistují mezery v právu. Nalézání práva je tedy závislé na čtení zákonů, protože pozitivní právo je s nimi zcela ztotožněno.⁹³ Náležitá úcta k zákonu jakožto jedinému prameni práva, který s ohledem na dělbu moci může vyjádřit národní suverenitu a obecnou vůli, a obdiv, který vzbudily napoleonské kodifikace, legitimizují vznik tohoto „kultu zákona“.⁹⁴ Soudce aplikující zákon se nesměl ptát, zda je jeho rozhodnutí spravedlivé či společensky přijatelné, protože jedině zákonodárce mohl rozhodovat, co je a není spravedlivé či co bylo a nebylo ve veřejném zájmu.⁹⁵

Pro exegety článek 4 Code Civil o odepření spravedlnosti, který výslovně zmiňoval slovní spojení *„mlčení, nejasnost nebo nedostatečnost zákona“*, neznamenal uznání toho, že by

⁸⁹ Relevanci jí přiznává většina francouzských a belgických autorů.

⁹⁰ Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Paris: Dalloz, 2016, s. 386.

⁹¹ Citováno podle původního znění z roku 1804 dostupného zde:

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f3.item.r=%20majorite%20> (k datu 3. 7. 2022).

⁹² Ost, F. *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*. In: van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 105.

⁹³ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 100.

⁹⁴ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. 3. vydání. Edice Thémis. Presses Universitaires de France, s. 236.

⁹⁵ Perelman, Ch. *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*. In: Perelman, Ch., Foriers, P. (ed.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1978, s. 418.

zákon mohl být nejasný či nedostatečný, ale článek byl jimi interpretován pouze tak, že soudce nesmí z těchto důvodů „odmítnout soudit“, přičemž soudit však může vždycky a řešení je poměrně jednoduché (byť se jedná o jednoduchost pouze zdánlivou) – pokud ze zákona nárok nevyplývá, je třeba nárok uplatněný žalobou zamítnout.⁹⁶ Můžeme na chvíli trochu přeskočit historii a uvést, že dnes se citovaný článek Code Civil někdy považuje spíše naopak za příznání neúplnosti psaného práva (s čím patrně lze souhlasit) a někteří jej dokonce považují za zmocnění k oprávnění dotvářet právo v případě identifikace mezery v právu (s čímž lze souhlasit již méně, jak si ukážeme v následující části této disertační práce týkající se justifikace dotváření práva). Na druhou stranu ani v současnosti nejsou ustanovení chápána tak, že by umožňovala v případě nedostatečnosti zákona soudci, byť v rámci závaznosti v konkrétní věci a jen *inter partes*, rozhodnout věc jakýmkoli způsobem, ale naopak vždy podle jiných (formálních) pramenů práva (typicky obecné principy, v Belgii též právní obyčej).⁹⁷ François Ost dochází systematickým výkladem článku 4 a 5 Code Civil k následujícímu závěru: „*Ve všech případech soudce zůstává v závislém postavení ve vztahu k vůli zákonodárce; vyjádřené vůli v nejčastějších případech, implicitní vůli v případě mezery nebo nejasnosti psaného práva. Společenská role soudce smiřujícího spory se může realizovat pouze v omezení právní role soudce aplikujícího právní normy uznané zákonodárcem. Všechna tato omezení tvůrčí role soudce by však zůstala relativně neúčinná, pokud by nebyla povinnost odůvodňovat rozsudky a zřídit orgán pro dohled nad soudcem.*“⁹⁸

Nyní však zpět k počátku 19. století a exegezi. Ve francouzsky psané literatuře lze nalézt řadu silných hesel školy exegeze zdůrazňujících text zákona jako dogma:

„*Text před vším.*“⁹⁹

„*Neznám občanské právo: Já pouze vyučuji Code Napoleon.*“¹⁰⁰

⁹⁶ Lze uvést citát, jehož autorem je Jean Charles Florent Demolombe: „*Jeví se mi, že dokonce i v odvětví soukromého práva platí, že pokud se žalobce dovolává na podporu svého nároku pouze čistě přirozenoprávního pravidla neuznaného, byť nepřímým zákonem, soudce mu nesmí dát za pravdu. Znamená to, že odmítl soudit? Bezpochyby ne; rozhodne naopak, že žaloba není opodstatněná.*“ Demolombe, Ch. *Cours analytique de code civil* (1849). Svazek 1, s. 52. Citováno podle Foriers, P. *Les lacunes du droit*. Logique Et Analyse, svazek 10, číslo 37, 1967, s. 12.

⁹⁷ Ost, F. *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*. In: Van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 106.

⁹⁸ *Ibid.*, s. 107.

⁹⁹ Demolombe, Ch. *Cours de Code Napoléon*. Svazek 1, s. 3.

¹⁰⁰ Citát profesora občanského práva Bugneta podle BERGEL, Jean-Louis. *Méthodologie juridique*. 3. vydání. Edice Thémis. Presses Universitaires de France, s. 236

„Všechno zákon, v jeho duchu stejně jako v jeho liteře, s velkou aplikací jeho principů a nejuplnějším rozvojem jeho následků, které z něj plynou, ale nic než zákon: takové bylo heslo profesorů Code Napoleon.“¹⁰¹

Podle P. Delnoye však není správné spojovat školu exegeze s bezvýjimečným textualismem. Text zákona nepochybně byl pro exegety svého druhu „posvátný“, nicméně to platilo za podmínky, že text vyjadřuje vůli zákonodárce: „*Exegeti se drží textu zákona, pouze když tento text je v jejich očích jasný a přesný a pokud neobsahuje žádnou nejasnost či nejednoznačnost. Naproti tomu se od něj odchýlí, pokud je prokázáno, že zákonodárce řekl něco jiného, než chtěl říct. Jinými slovy, jeden hlavní princip exegeze je, že text zákona není cenný sám o sobě, ale je cenný proto, že je projevem vůle zákonodárce, kterou má zprostředkovat. Proto je pro exegety rozhodující vůle zákonodárce – té je třeba se podřídit, ať je jakkoli přísná, byť by byla v rozporu s obecnými právními principy nebo rovností. A naopak cokoli, co není vůli zákonodárce, je ne-právo. Zákonodárce jakožto jediný, kdo je obdařen mocí omezovat svobodu osob – vše mimo to, co zákonodárce předepisuje, je vládou svobody.*“¹⁰²

Rovněž francouzský teoretik J.-L. Bergel zdůrazňuje, že exegeze nespočívá pouze na jazykovém výkladu, ale také na psychologickém přístupu založeném na hledání úmyslu zákonodárce a aplikaci některých logických postupů výkladu.¹⁰³ Bergel zdůrazňuje, že exegeze pracuje též s hledáním historického úmyslu zákonodárce, tj. v Melzerově terminologii s historickým subjektivním výkladovým cílem.¹⁰⁴ Stejný přístup zastává P. Pescatore: „*Podle této teorie je zákon v podstatě nařízení zákonodárce. Pokud je výraz použitý v textu zákona nejasný, je třeba se vrátit ke skutečnému zdroji zákona, kterým je vůle zákonodárce.*“¹⁰⁵

Jakým způsobem hledat vůli zákonodárce? Vskutku je nejdříve třeba začít s textem zákona samotným. To jasně potvrzuje též prohlášení autora Code Civil Portalise: „*Když je zákon jasný, je potřeba jej následovat, pokud je nejasný, je třeba ustanovení dále zkoumat.*“¹⁰⁶ Východiskem by tedy podle exegetů měl být vždy zákonný text. V případě nejasností jej mají však zkoumat, a to takovými prostředky, které budou spolehlivě identifikovat vůli zákonodárce. Není tedy překvapením, že i škola exegeze připouštěla možnost analýzy dokumentace

¹⁰¹ Citát Charlese Aubryho podle Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. 3. vydání. Edice Thémis. Presses Universitaires de France, s. 236

¹⁰² Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 375, či Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 102.

¹⁰³ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. 3. vydání. Edice Thémis. Presses Universitaires de France, s. 237 a 240.

¹⁰⁴ *Ibid.*, s. 240.

¹⁰⁵ Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 331.

¹⁰⁶ Portalis, J. É. M. *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*. 1801. [online] Université du Québec à Chicoutimi: Les classiques des sciences sociales [citováno dne 7. 10. 2019] Dostupné na: <http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf>

doprovázející přípravu zákona (označované tradičně ve francouzsky psané literatuře jako *travaux préparatoires*). Lze shrnout, že „*provádět exegezi textů znamená hledat jejich význam a rozsah pouhou analýzou textů samotných za pomoci přípravných prací, je-li to nezbytné.*“¹⁰⁷ I P. Delnoy uvádí, že pro účely hledání skutečné vůle zákonodárce je třeba začít analýzou textu zákona samotného. Nicméně následně za účelem hledání vůle zákonodárce je možno analyzovat texty souvisejících zákonů nebo obdobných zákonů, analyzovat přípravné dokumenty (*travaux préparatoires*) a texty předchozích zákonů či zkoumat práci předchozích autorů, kteří inspirovali dílo zákonodárce. Limitem, které není možno podle školy exegeze překročit je okamžik, kdy by se interpretace stávala tvorbou zákona.¹⁰⁸ Na druhou stranu lze mezi zástupci školy exegeze nalézt však i citace, které svým způsobem přímo připouštějí dotváření práva, vždy tak však činí z pozice až přehnané nekritické úcty k zákonodárci a jeho vůli, která jediná může omezit jinak obecnou sféru svobody jedince. Příkladem může být následující citace francouzského profesora Antoine-Marie Demante z jeho *Programme d'un cours de droit civil*: „*Je to vůle zákonodárce, která ustanovuje zákon... mysl zákonodárce je tak jisté vodítko, které často musíme nechat převážít nad jeho slovy v tom smyslu, že nemusíme připustit všechny důsledky připuštěné slovy zákona, ani, a to především, odmítnout všechny ty, které z něj nutně a jasně nevyplývají.*“¹⁰⁹ Toto prohlášení fakticky již lze považovat za výzvu k analogii (vůle zákonodárce je širší než jeho slova v textu zákona) či teleologické redukci (vůli zákonodárce nebylo postihnout všechny situace, které vyplývají z textu zákona).

Metoda exegeze byla vůdčí metodou ve Francii na téměř celé století. Nicméně již na konci 19. století se začaly ukazovat její nedostatky. Metoda exegeze kladoucí důraz na text zákona a jednou projevenou vůli zákonodárce jako nezměnitelnou jistotu působila do značné míry konzervujícím účinkem, což se rozcházel se společenskými změnami nastalými v průběhu století, které bylo poznamenáno industrializací a urbanizací. Zákonodárce nebyl schopen rychle přizpůsobovat právní úpravu a orgány aplikující právo musely rozhodovat tak, jako by byly stále věrné původnímu úmyslu zákonodárce. Metoda exegeze pak mohla vést pouze k jistému ustrnutí interpretace a stala se rychle čistě fiktivní,¹¹⁰ protože se nutně musely hledat odpovědi na řešení, která zákonodárce z roku 1804 nemohl předvídat, avšak v souladu s metodou exegeze a jejím silným zaměřením na text zákona (v krajním případě upraveném o

¹⁰⁷ B. Starck podle Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. 3. vydání. Edice Thémis. Presses Universitaires de France, s. 236

¹⁰⁸ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 102–103.

¹⁰⁹ Demante, A.-M. *Programme d'un cours de droit civil*. Svazek I, s. 14. Citováno podle Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 240.

¹¹⁰ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 249

subjektivní historický výklad) se musela tvořit fasáda, že tomu tak bylo. V tu chvíli se začala prosazovat doktrína vývoje (*la doctrine évolutionniste*). První předseda francouzského Cour de Cassation pronesl na konferenci pořádané v r. 1904 ke příležitosti stému výročí Code Civil následující projev: „*Soudce se nesmí zarputile držet toho, jaké bylo – a je tomu sto let – myšlení autorů zákoníku, když sepisovali ten a ten článek. Musí se sám sebe ptát, jaký by byl výklad, pokud by jimi byl tvořen právní předpis dnes. Musí si říct, jak se během století změnilo myšlení, mravy, instituce, hospodářský a sociální stav Francie – spravedlnost a rozum velí adaptovat svobodně a lidsky text na realitu a potřeby moderního života.*“¹¹¹

Doktrína vývoje tak stojí na tom, že v případě změny společenských podmínek je třeba text interpretovat ve prospěch současných potřeb společnosti, kde je zákon aplikován. Zákon se vzdaluje od úmyslu zákonodárce a mění se v důsledku vývoje a změn ve společnosti.¹¹² Ostatně je vhodné doplnit výše již částečně uvedenou citaci samotného Portalise jako autora Code Civil o dovětek, s nímž by patrně zastánci školy exegeze úplně nesouhlasili: „*Když je zákon jasný, je potřeba jej následovat, pokud je nejasný, je třeba ustanovení dále zkoumat. Pokud se postrádá zákon, je třeba vyjít ze zvyklostí a spravedlnosti. Spravedlnost je návrat k přirozenému právu, v případě mlčení, rozporu nebo nejasnosti zákona.*“¹¹³ A Portalis rozvádí možné rozšíření pramenů práva ještě dál, když uvádí: „*Bylo by bezpochyby žádoucí, aby všechny záležitosti mohly být upraveny zákony. Nicméně v případě nedostatku přesného textu na každou otázku, tu starý dlouhodobě zachovávaný a dobře zavedený zvyk (obyčej), či nepřerušovaná řada obdobných rozhodnutí, nebo akceptovaný názor či maxima, mohou nastoupit místo zákona. Pokud nelze vyjít z ničeho zavedeného či známého a jedná se o zcela nový jev, je třeba se vrátit k principům přirozeného práva.*“¹¹⁴

Příkladem, kdy dosavadní exegetický přístup k interpretaci práva nebyl vyhovující, je slavný francouzský případ *Teffaine*. Code Civil nepočítal s industrializací, a proto neobsahoval žádné ustanovení, které by osobám, které utrpěly újmu v důsledku provozu strojního zařízení nebo náradí, zakládalo právo na odškodnění této újmy. Code Civil v roce 1893 obsahoval původní ustanovení čl. 1385, které se však týkalo pouze újmy na zdraví způsobené zvířetem. V důsledku společenských proměn zvířata, která byla v 19. století hlavním důvodem pracovních úrazů, zničehonic z továren zmizela a byla nahrazena stroji. Žalob dovolávajících

¹¹¹ Citováno podle Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 333.

¹¹² Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 333.

¹¹³ Portalis, J. É. M. *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*. 1801. [online] Université du Québec à Chicoutimi: Les classiques des sciences sociales [citováno dne 7. 10. 2019] Dostupné na: http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf

¹¹⁴ Ibid.

se čl. 1385 Code Civil tedy bylo méně a méně. Současně se však zaměstnavatelé mohli vyhýbat odpovědnosti za úraz zaměstnance způsobený například poruchou stroje či nářadí, neboť neexistovala ze strany zákonodárce přímá úprava pro tento případ. Právní úprava obsahovala ustanovení čl. 1382 či 1383, které však pro vznik odpovědnosti vyžadovala zavinění, což neumožňovalo dovolat se odpovědnosti v případě újmy způsobené strojem. Dále právní úprava obsahovala již zmiňovaný čl. 1385 týkající se újmy způsobené zvířetem a čl. 1386 týkající se újmy způsobené zřícením budovy. Již v tu dobu se objevili zastánci teorie vývoje a argumentovali, že pouhý koncept odpovědnosti za zavinění, jehož autory byli akademici ze sedmnáctého a osmnáctého století, kteří tyto články koncipovali s ohledem na osvícenskou filozofii osobních přirozených práv, která nebyla narušena žádným zájmem o sociální spravedlnost, je nedostatečný. Společenské změny, které však přinesla průmyslová revoluce a které vedly k vysokému počtu smrtelných úrazů nezaviněných přímo zaměstnavateli ale stroji, však již vyžadovaly přizpůsobení odpovědnosti nějakému novému konceptu, který by zahrnoval to, co bychom dnes označovali za objektivní odpovědnost z provozní činnosti. Mnoho zaměstnanců, kteří utrpěli újmu, se tak nemohlo dovolat náhrady a jejich žaloby byly zamítány. To platilo až do roku 1896, kdy se situace změnila právě s případem vdovy po manželu, panu Teffainovi, který zemřel v důsledku výbuchu bojleru na remorkéru *Marie*. V rámci dokazování bylo zjištěno, že důvodem výbuchu byla vada přičitatelná výrobcí. Vdova, paní Teffainová, podala žalobu, která byla v roce 1893 zamítnuta. Paní Teffainová se odvolala, přičemž odvolací soud v Paříži naopak její žalobě vyhověl. Dospěl k závěru, že ačkoli pan Teffaine ani zaměstnavatelé neporušili zaviněně žádnou povinnost, shledal zaměstnavatele a výrobce bojleru odpovědnými *per analogiam* podle čl. 1386 Civil Code týkajícího se zřícení budovy. K odvolání zaměstnavatelů se pak případ dostal k francouzskému Cour de Cassation, který v roce 1896 případ právně přehodnotil, neboť analogie s ustanovením týkajícím se zřízení budovy na výbuch bojleru nepřipadala soudu přiléhavá a začalo se hledat jiné ustanovení, podle něž by bylo možno případ řešit. Paní Teffainová navrhla za právní základ použít do té doby nepoužívané ustanovení čl. 1834 Civil Code, podle něž osoba může být odpovědná za děj věci, které má pod svojí ochranou. Až do rozsudku Teffaine se toto ustanovení nepovažovalo za ustanovení s normativním věcným významem zakotvující nějaký obecný režim odpovědnosti, ale pouze jako uvozující ustanovení pro čl. 1835 a 1836 týkající se zvířat a budov (na tom se shodovaly téměř všechny komentáře a žádný soud doposud ustanovení nepoužil jako právní základ pro stanovení odpovědnosti). Jednalo se tehdy o převratný rozsudek, neboť došlo k nalezení úplně nového základu obecné objektivní odpovědnosti z ustanovení, které se

doposud normativním způsobem vůbec nevykládalo.¹¹⁵ Na případ Teffaine pak navázaly další případy, například rozsudek Jand'heur z roku 1930.

Jak bylo uvedeno výše, na konci 19. století již byly patrné nejen neschopnost zákonodárce přizpůsobovat kodifikace aktuálním potřebám života, ale i nedostatky školy exegeze. Byla to však především škola volného vědeckého bádání (*l'école de la libre recherche scientifique*), která se zasloužila o změnu v přístupu k interpretaci práva a dala soudci opět roli tvůrce (či objevitele), o kterou jej připravila revoluce.¹¹⁶ F. Géný svojí metodou interpretace poprvé publikovanou v roce 1899 útočí na tradiční metodu exegeze a kritizuje její čistě legální a deduktivní charakter, nedostatek plasticity, jakož i pokrytectví spočívající ve smělém přiřítání myšlenek, které byly vlastní čistě interpretovi, zákonodárci.¹¹⁷

F. Géný se ve své *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* vymezuje vůči exegezi následovně: „*Zákon je pouze jedním z prvků právní interpretace jako celku. Svoji neschopností uspokojit všechny potřeby, které vyvolávají mezilidské vztahy a které zasluhují právní uznání, sám připouští, že vedle něj existují jiné formální prameny pozitivního práva, při jejichž nedostatečnosti ponechává prostor ještě svobodnému vědeckému bádání. Takto omezujíc, doslovným výkladem, rozsah zákonných rozhodnutí, dosáhnu toho, že se mi otevře cesta k jiným flexibilnějším pramenům nebo toho, že řadu otázek vyhradím interpretaci, které jednoduše dominují principy veškerého vědeckého výzkumu. A takto, plně se ztotožňující s myšlenkou „právo musí – především – uspokojovat potřeby aktuálního právního života“ avšak zdaleka neodsuzující většinu řešení, o nichž naše judikatura nebo naše nedávná doktrína tvrdila, že jich dosáhla prostřednictvím interpretace textů, bych naopak rozšířil pole možných prvků řešení, a to alespoň kdykoli tehdy, kdy bych v textu nenalezl náznak určité legislativní vůle, kterou považuji za nepřekročitelnou, a kterou není podle mého názoru ospravedlnitelné ani hodné obcházet překrucováním nebo pozměňováním vnucené myšlenky.*“¹¹⁸

V případě školy svobodného vědeckého bádání se jedná o to, aby interpret „realizoval objektivní spravedlnost tím, že kombinuje myšlenku spravedlnosti s nejvyšším společenským prospěchem.“¹¹⁹ V. Champeil-Desplats uzavírá, že pro F. Géného nebyla metoda svobodného

¹¹⁵ Shrnuto podle Tomlinson, E. A. *Tort Liability in France for the Act of Things: A Study of Judicial Lawmaking*. Louisiana Law Review. Volume 48. Number 6. July 1988. Dostupné zde: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5129&context=lalrev> (k datu 3. 7. 2022).

¹¹⁶ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 375, či Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 400.

¹¹⁷ Champeil-Desplats, Véronique. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016. s. 394–395.

¹¹⁸ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 401.

¹¹⁹ Champeil-Desplats, Véronique. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016. s. 395.

vědeckého bádání synonymem libovůle.¹²⁰ Ostatně i z předchozí uvedené citace vyplývá, že F. Géný úplně nezavrhuje metodu exegeze, ale domnívá se, že od okamžiku, kdy se metoda exegeze ukáže neúčinnou, je třeba se od ní osvobodit a uznat, že zákon má vadu, kterou nelze řešit dosavadním způsobem interpretace, ale že je nutno dát prostor svobodnému vědeckému bádání pro nalezení řešení.¹²¹ F. Géný v rámci své teorie souhlasí s tím, že nejprve je třeba aplikovat text zákona před otevřením prostoru svobodnému vědeckému bádání; tento přístup se shrnuje slovy, že na nové podmínky společenského života se má odpovědět „*občanským zákoníkem, ale mimo občanský zákoník*“, čímž F. Géný nadále upřednostňuje metodu jazykového výkladu. Interpret se tak musí podrobit vůli zákonodárce, pokud existuje. Nicméně zákonodárce se vyjadřuje v určitých podmínkách a pokud se tyto podmínky změní, jeho vůle „zmizí“. Interpret pak musí „učinit dílo zákonodárce“, tedy představit si, jak by zákonodárce rozhodoval, pokud by znal dnešní podmínky a čelil by témuž problému.¹²² Přitom nemůže postupovat interpret dle své libovůle, neboť v případě metody svobodného vědeckého bádání se nejedná o subjektivní přístup. Ostatně F. Géný se se svojí metodou vyznačil nejen vůči exegetům, ale také vůči německé škole volného práva (*Freirechtschule*).¹²³ Tím, že se jedná o metodu *vědeckého* bádání se dává jasně najevo, že nejde o libovůli, ale o přístup, který musí respektovat určitá pravidla vědy a musí se nutně opírat o objektivní kritéria. F. Géný uvádí, že v případě nedostatku formálních pramenů práva, je třeba se uchýlit k „*objektivním prvkům, které určí všechna řešení vyžadovaná pozitivním právem*.“¹²⁴

Někteří z následovníků F. Géného však měly k interpretaci práva ještě odvážnější přístup než sám zakladatel školy svobodného vědeckého bádání, jmenovitě se jedná o R. Saleillese. Oproti F. Génému se R. Saleilles prezentuje radikálněji ve prospěch upozadění textu, když přináší odpověď „*mimo občanský zákoník, ale občanským zákoníkem*.“¹²⁵ R. Saleilles byl ostatně ovlivněn tím, že studoval nový německý občanský zákoník z roku 1900 a v rámci tohoto studia si silně uvědomoval, jak napoleonská kodifikace zastarala.¹²⁶

¹²⁰ Véronique Champeil-Desplats cituje F. Géného: „*Pokud jde o postupy, jimiž jurisprudencí dosahuje svého taktu rozšířeného poslání, snažil jsem se je specifikovat a uspořádat je v uceleném systému, protože pokud je třeba bez váhání prolomit bariéry příliš úzké metody, je nutné současně zavést disciplínu pro nové tendence, které by jinak, ponechané samy na sebe, vyvolávaly jen anarchii a nepořádek.*“ Champeil-Desplats, Véronique. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016. s. 395.

¹²¹ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 250.

¹²² Ibid., s. 251.

¹²³ Ibid., s. 252.

¹²⁴ Géný, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Svazek 2. Paříž, 1909, s. 230. [online] Bibliothèque nationale de France [citováno dne 7. 10. 2019] Dostupné na: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k33319543/f13.item.r=%22par%20le%20code%20civil,%20mais%22.texteI%20image> (k datu 3. 7. 2022).

¹²⁵ Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016. s. 395.

¹²⁶ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 250.

Střet mezi exegety a evoluční teorií, resp. školou volného vědeckého bádání, se v určitých proměnách ve Francii a Belgii podepisuje na přístupech k interpretaci až dodnes.

V dnešní praxi se lze dle P. Delnoye setkat se dvěma přístupy k interpretaci práva. Prvním z nich je přístup navazující na historickou tradici označovaný jako *l'interprétation-compréhension* (interpretace-porozumění), podle kterého interpretace spočívá v porozumění a vysvětlení myšlenky zákonodárce, což na jednu stranu zapovídá interpretovi takovou myšlenku měnit či ji doplňovat, na druhou stranu jeho roli neomezuje pouze na jednoduché přečtení zákona.¹²⁷ Tento přístup konečně našel odraz i v české právní nauce a zastává jej V. Knapp, který interpretaci chápe jako činnost *poznávací* a *explikativní*.¹²⁸

Druhý přístup, který je uplatňován, se označuje jako *l'interprétation-adaptation* (interpretace-přizpůsobení), podle níž vykládat zákon znamená nejen objasňovat nejasný text, ale vykládat zákon znamená též upřesňovat obecný text, opravovat nedostatky textu a adaptovat jej na aktuální potřeby, řešit rozpory či rozšířit text takovým způsobem, který je nezbytný pro vyplnění mezery v právu.¹²⁹

P. Delnoy pak uzavírá, že v Belgii je jako výchozí (nikoli však jako konečná) upřednostňována první koncepce, tedy *l'interprétation-compréhension*, neboť více odpovídá tamnímu politickému systému založenému na monopolu zákonodárce.¹³⁰ Cituje F. Osta, belgického profesora práva, který shrnuje současný přístup k interpretaci práva v Belgii následovně: „*Oproti tomu, čemu se obecně věří, současná interpretační praxe spíše vykazuje kontinuitu než rozchod s metodami exegeze 19. století... Jistě, excesy formalismu a písmenkářství exegeze jsou dnes již jen stěží pozorovatelné, nicméně i za situace, kdy se soudce těší větší svobodě ve vztahu k textu zákona, přetrvává v praxi odkaz na omezení vyplývající ze systematiky práva.*“¹³¹ Následně uvádí tři postřehy, které indikují posun od exegeze a domény jazykového výkladu k výkladům, které bychom označili dnes za teleologický či evolutivní či systematický v širším slova smyslu. Za prvé, uvádí, že odkaz na zákon je nahrazován odkazem na právní systém. Za druhé, uvádí, že odkaz na historický úmysl zákonodárce je nahrazován odkazem na „zákonodárce“, který jako by téměř nadčasově udržoval racionalitu systému. Za třetí, uvádí, že odkaz na přirozené právo nahrazuje odkaz na právní vědu.

¹²⁷ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 98.

¹²⁸ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 169.

¹²⁹ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 98.

¹³⁰ *Ibid.*, s. 99.

¹³¹ Ost, F. *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*. In: *L'interprétation en droit*. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, s. 115–116. Citováno podle: Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 119–120.

P. Pescatore rozlišuje tři přístupy k interpretaci práva, přičemž v případě dvou zůstává věrný terminologii přelomu 19. a 20. století: (i) metodu exegetickou založenou na úmyslu zákonodárce, (ii) metodu vývoje a (iii) teorii autonomního textu. Metodu exegetickou kritizuje pro její fiktivnost z důvodu reálné neexistence jednotného úmyslu zákonodárce a z důvodu, že často úmysl zákonodárce je jasný právě jen ve vztahu k jasným případům, zatímco o nejasných případech je často i úmysl zákonodárce nejistý či se o něm mlčí („*co se dobře chápe, to se dobře vyjadřuje*“).¹³² Teorii vývoje považuje především za rozpornou s ústavním právem, neboť by rozvracela rovnováhu dělby moci v neprospěch moci zákonodárné a podrývala právní jistotu. P. Pescatore pak představuje vlastní teorii autonomního textu, která do jisté míry usmířuje přístup exegetický a evoluční: „*Základ naší teorie je věrnost vůli zákonodárce, ale pouze do té míry, v jaké formuloval svoji vůli výslovně. Základem naší teorie, jinými slovy, je formální účel zákona tak, jak jej čteme v textu zákona a jak můžeme znovu seznat v obecnějších rysech jako inherentní cíl ve struktuře zákona jako celku. Když je úmysl zákonodárce neúplný nebo nejistý, je na orgánech aplikujících právo učinit vše potřebné, aby byla zajištěna účinnost a proveditelnost zákonodárné vůle. Interpretace tak není nic jiného než doplňující normotvorba. Takto je aplikace zákona vedena dvěma doplňujícími se principy, totiž podřízení se vůli jasně vyjádřené v zákoně na jedné straně a volností najít řešení na straně druhé.*“¹³³ Interpretace je pak tedy doplňkovou normotvorbou, která se realizuje na základě prostředků daných orgánu aplikujícímu právo, zbavenou obecného rázu a omezující se zákonem samotným.¹³⁴ Na toto řešení v závěru odkazuje rovněž belgický P. Delnoy, ale pro českého čtenáře není nezajímavé, že na tento přístup odkazuje též český V. Knapp.¹³⁵

Stejně tak činí francouzský právní teoretik J.-L. Bergel, když tvrdí, že v systémech jako je ten francouzský, kde zákon má mezi prameny práva privilegované postavení, není myslitelné, aby se soudce od něj oprostil. Nicméně v současnosti je uznáváno, že není možné zákon uměle zmrazit a opovrhovat realitou v očekávání, že zákonodárce provede hypotetické či pracné legislativní změny, a proto je třeba připustit existenci hranice interpretační svobody až za textem zákona (*stricto sensu*), pokud je zákon nejasný či zastaralý, aniž by však bylo možno připustit libovůli. Nicméně pořad je ve francouzské tradici důraz kladen na to, že i když je připuštěna určitá míra interpretační svobody, která se nemusí vždy spokojit s jednoduchou dedukcí z textu zákona, je třeba při interpretaci respektovat text zákona, normativní cíle, účel

¹³² Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 331–337.

¹³³ *Ibid.*, s. 335.

¹³⁴ *Ibid.*, s. 336.

¹³⁵ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 169. Dále Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 119.

zákona, hodnoty a principy v právu.¹³⁶ V současné době se tak ve Francii (obdobně jako v České republice) začíná prosazovat eklektický přístup k metodám interpretace. Připouští se, že neexistuje jedna metoda, která by vedla k uspokojivému řešení ve všech případech. Privilegované postavení zákona se tak – například i v krajním Salleisově pojetí („*mimo občanský zákoník, ale občanským zákoníkem*“) – projevuje v tom, že i za situace, kdy interpret dovozuje z pramenů práva řešení, které přizpůsobuje společenským potřebám a aktuálním idejím, musí, a to ve francouzském systému platí obzvláště, opřít své rozhodnutí o zákon, resp. musí vždy opřít své rozhodnutí o zákonný text.¹³⁷

Současná francouzská a belgická právní teorie rozlišuje výkladové metody, které se nápadně podobají těm, které rozlišujeme rovněž v České republice, často inspirované německy psanou literaturou.

Tak P. Delnoy¹³⁸ rozlišuje metody výkladu: (i) jazykový (*la méthode linguistique*), jehož úkolem je přiřazovat význam jednotlivým slovům za účelem vymezení znaků a rozsahu daného pojmu tak, aby odpovídal běžnému významu, (ii) systematický (*la méthode systématique*), jehož cílem je ukotvení významu slov do právního kontextu, (iii) historický (*la méthode historique*), který spočívá v objasnění textu tím, že jej vrátíme do kontextu jeho vývoje, (iv) teleologický (*la méthode téléologique*) směřující k objasnění textu účelem, o který zákonodárce usiloval, a (v) sociologický (*la méthode sociologique*), který usiluje o objasnění textu pomocí společenského kontextu, ve kterém právní předpis vznikl nebo je aplikován.

Francouzský profesor soukromého práva J.-L. Bergel ve své *Méthodologie juridique* rozlišuje výkladové metody do dvou skupin, a to na vnitřní interpretační metody (*les méthodes d'interprétation intrinsèque*) a vnější interpretační metody (*les méthodes d'interprétation extrinsèque*). Mezi vnitřní interpretační metody pak řadí metody interpretace, které se zakládají výlučně na prvcích, které jsou vlastní interpretovanému textu a odkazují se současně na zákon, úmysl jeho autorů a jeho logickou interpretaci. Do této skupiny řadí metodu (i) výkladu jazykového (*l'interprétation littérale*), spočívající v pečlivém čtení interpretovaných textů dle daných pravidel, (ii) hledání úmyslu zákonodárce (*la recherche de l'intention du législateur*), tedy naši obdobu historického výkladu a (iii) logické principy a postupy interpretace (*principes et procédés logiques d'interprétation*), které se odvozují z představy, že právo je koherentní a úplné, a umožňují z toho dovodit smysl a rozsah slov dedukcí s přihlédnutím k *ratio legis* a povaze textů. Do skupiny vnějších interpretační metod, řadí metody, které namísto toho, aby se

¹³⁶ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 261.

¹³⁷ Ibid., s. 262.

¹³⁸ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 155–180.

omezovaly na interpretaci textu, používají vnější (extralegální) prvky pro určení smyslu zákona. Do této skupiny výkladových metod se řadí (i) svobodné vědecké bádání (*la libre recherche scientifique*), (ii) systémovou interpretaci (*l'interprétation systématique*), která spočívá na analýze právního řádu jako systému koherentních pravidel, principů a hodnot (tuto metodu výkladu by bylo možno považovat za obdobu českého teleologického výkladu), a (iii) evoluční výklad (*l'interprétation évolutive*), který považuje J.-L. Bergel za nejnáchylnější k vnášení subjektivních názorů interpreta a který spočívá v tom, že při interpretaci se již nestará interpret o vůli zákonodárce, ale text interpretuje ve vazbě na momentální potřeby a text zákona tak může změnit význam v průběhu jeho platnosti.¹³⁹ J.-L. Bergel rovněž navrhuje určitou hierarchii postupu při užívání metod. Například metodu doslovného výkladu a metodu hledání úmyslu zákonodárce po vzoru školy exegeze navrhuje používat primárně pro mladší zákony. Naopak pro starší zákony je třeba se od těchto metod oprostít a za užití objektivních dat nalézt *ratio legis* objasňující takový smysl zákona, který nejlépe odpovídá aktuálním potřebám.¹⁴⁰

Typologie interpretačních metod, kterou ve své knize *Méthodologies du droit et des sciences du droit* představuje francouzská profesorka V. Champeil-Desplats, je založena na rozdělení metod na čtyři podle svého výkladového cíle, resp. podle kontextu, v němž se hledá smysl právního předpisu. Rozlišuje takto (i) výklad podle úmyslu autora (metoda genetická či originalistická), (ii) výklad založený na čtení samotných právních textů, (iii) výklad podle funkce a účelu právního předpisu a (iv) výklad daný samotnými orgány, zejména soudy.¹⁴¹ V. Champeil-Desplats, stejně jako J.-L. Bergel, uvádí, že výklad podle úmyslu zákonodárce by měl nalézt uplatnění primárně a též přednostně v případech, kdy je interpretován relativně nový předpis. Na příkladech rozhodnutí uvádí, že dnes je odkaz na úmysl zákonodárce častý a je kombinován s důrazem na předpokládaný doslovný význam textu (tedy slouží jako potvrzující výklad pro doslovný výklad).¹⁴² Pokud jde o výklad založený na čtení samotných právních textů, rozlišuje pak jako jeho podskupinu výklad gramatický (za užití pravidel lingvistiky, sémantiky a syntaxe) a výklad systémový (za pomoci umístění ustanovení v kontextu zákona, skupiny zákonů či celého právního řádu).¹⁴³ Co se týče výkladu podle funkce a účelu (výklad funkční či teleologický), ten se zaměřuje na hledání společenských, ekonomických a politických funkcí a účelů. V. Champeil-Desplats uvádí, že nadšení pro tuto metodu vychází z toho, že umožňuje odmítnout historický úmysl zákonodárce a přizpůsobit text aktuálním

¹³⁹ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 236–260.

¹⁴⁰ *Ibid.*, s. 261.

¹⁴¹ Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016. s. 387–399.

¹⁴² *Ibid.*, s. 389.

¹⁴³ *Ibid.*, s. 391.

potřebám.¹⁴⁴ Pokud jde o současný přístup praxe k výkladovým metodám, prosazuje se pluralita výkladových metod s tím, že soudci mají tendenci udržovat prostřednictvím plurality též určitý pragmatický přístup k řešení sporů. Často se také stává, že se lze setkat v jednom rozhodnutí s kombinací více výkladových metod.¹⁴⁵

P. Pescatore zase rozeznává tři základní metody interpretace: (i) výklad gramatický a logický, (ii) výklad podle vývoje (tj. výklad historický), (iii) výklad podle účelu (*ratio legis*).¹⁴⁶

Na výše uvedeném výčtu lze zpozorovat určitou podobnost s českou právní teorií. Podobnost lze předně najít v obdobných výčtech interpretačních metod. Navzdory tomu, že se některé metody nazývají občas poněkud odlišně, z hlediska výkladových cílů se často interpretační metody identifikované francouzskými a belgickými právními teoretiky překrývají s těmi, které identifikují čeští teoretici. Další podobnost lze shledat v tom, že i ve francouzsky psané literatuře je tendence rozlišovat metody a přístupy k interpretaci, které se vztahují blíže k zákonu jako primárními objektu interpretace, a metody a přístupy, které omezení se na zákon překonávají. Poněkud odlišný je přístup k historickému výkladu. Ten je v českých podmínkách často označován někdy za pochybný¹⁴⁷ či doplňkový¹⁴⁸. Jeví se však, že ve francouzské právní kultuře má tento druh výkladu tradici a je používán poměrně standardně. Zajímavé pak je rozlišování preference určitých druhů výkladu ve vazbě na stáří právního předpisu (navrhované užití jazykového a historického výkladu v případě mladších zákonů a teleologického či evolučního výkladu v případě starších zákonů).

¹⁴⁴ Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016. s. 394.

¹⁴⁵ *Ibid.*, s. 400–401.

¹⁴⁶ Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg: 1960, s. 337–342.

¹⁴⁷ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 171.

¹⁴⁸ Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 134.

4. Justifikace dotváření práva

Jednou z hlavních úloh zákonodárce je role normotvůrce. Zákonodárce je pověřen tvorbou právních norem, které vyjadřuje zákonem jakožto státem uznaným pramenem práva. Naproti tomu role soudní moci spočívá v aplikaci práva, nejčastěji za účelem rozhodování sporů (konfliktu zájmů).

Na první pohled jsou tak úlohy obou aktérů teoreticky rozděleny poměrně jasně dle popsaného modelu „autor-čtenář“. V praxi však jsou takto jasně vyhraněné role zpochybněny, a to především na straně soudů, které za určitých okolností v rámci procesu aplikace práva přistupují k tzv. dotváření práva. Naráží se zde na to, že právní normy jsou zachyceny v zákoně (jakožto svém nosiči, komunikačním prostředku) více či méně (ne)dokonale. Soudce (v roli čtenáře) pak někdy neaplikuje doslovně větu z textu (zákonné ustanovení), nicméně právní normu dovozuje z širšího kontextu (též z právních principů, účelů, hodnot) a nikoli jen z textu zákona. Soudce tak jakoby doplní text zákona, tj. upraví (doplní či zredukuje) „nesprávně“ formulovanou hypotézu v textu zákona.

V rámci této části nejprve shrneme na časové ose aplikace práva okamžiky, v nichž se soudce rozhoduje, zda přistoupit k dotváření práva, či nikoli, a zdůvodní jeho motivaci. Následně budu identifikovat právně-teoretické argumenty legitimizující proces dotváření práva ze strany soudců.

4.1. Proces aplikace práva a vznik potřeby „dotvářet“ právo

Soudy jsou v České republice povolány k tomu, aby poskytovaly ochranu subjektivním právům adresátů právních norem, a za tímto účelem jsou povolány k projednávání a rozhodování sporů a jiných právních věcí.¹⁴⁹ Soudy tak jsou orgány právo realizující, a to formou aplikace práva.¹⁵⁰

Zjednodušeně řečeno, soudy v konkrétním případě prostřednictvím autoritativního individuálního právního aktu (soudního rozhodnutí) rozhodují spory a jiné právní věci. Nalézají právo v konkrétním případě.

Postup při aplikaci práva lze stručně shrnout do následujících kroků: (1) Zjištění skutkového stavu, (2) Zjištění právní normy, (3) Subsumpce.

¹⁴⁹ Viz čl. 36 Listiny, § 1 až 3 občanského soudního řádu.

¹⁵⁰ Tj. kvalifikovanou formou realizace práva uskutečňovanou orgány veřejné moci, při níž dochází k podřazení (subsumpci) konkrétní skutkové podstaty pod příslušnou abstraktní právní podstatu vyjádřenou v právní normě. Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 141.

4.1.1. Zjištění skutkového stavu

Každý proces aplikace práva musí začínat tím, že bude zjištěna skutková podstata, která je předmětem sporu. Dokazování (procesní dokazování) je právem upravený postup, jímž soud získává znalost konkrétních individuálních okolností, které se však liší od dokazování v obecném smyslu i od dokazování ve formálně logickém smyslu.¹⁵¹ V rámci dokazování se střetávají dva protichůdné cíle: jednak snaha zjistit skutkové okolnosti správně, jednak potřeba zajistit „funkčnost práva“, tj. snaha věc závazně rozhodnout, a to v přiměřené lhůtě a účelně tak poskytnout ochranu subjektivním právům. To vede k tomu, že skutkový stav zjištěný procesem dokazování nemusí vždy odpovídat skutečnému skutkovému stavu, a to z mnohých důvodů – například neunesení důkazního břemene (ačkoli se skutkový stav ve skutečnosti udál tvrzeným způsobem), důsledky právní domněnky nebo právní fikce, shodná tvrzení účastníků (byť v rozporu se skutečností), rozsudek pro uznání apod.

Již z této fáze vyplývá, že právní závěry budou vždy pravděpodobnostní, nikoli zcela jisté. V případě modelového právníckého uvažování na základě sylogismu, je tak tato premisa, na níž se bude zakládat závěr (konkluze), tak nikdy nebude mít hodnotu pravdivosti (ve smyslu jistoty), ale vždy pouze hodnotu pravděpodobnostní dle požadavku na důkazní standard (nižší v civilním soudním řízení, vyšší v trestním řízení).

4.1.2. Zjištění právní normy

Cílem další fáze je zjištění právní normy, která na skutkovou podstatu (zjištěnou procesním dokazováním) dopadá, tj. která konkrétní skutkovou podstatu vyjadřuje obecně.¹⁵² V zásadě lze tento proces rozdělit do dvou fází:

- a. **Proces vyhledávání pramene práva.** Zde se tradičně uplatňuje v českém právním prostředí zásada *iura novit curia*. Předpokladem správného posouzení je, že soud identifikuje správný pramen práva.¹⁵³ Jde tedy o to identifikovat pramen, v němž je právní norma obsažena, tj. právní předpis či normativní právní smlouvu (právní text) neboli primární objekt interpretace.¹⁵⁴ V praxi ve většině případů identifikace správného právního předpisu nečiní problémy (oproti další fázi, tj. jeho interpretaci).

¹⁵¹ Winterová, A. a kol. *Civilní právo procesní*. 6. vyd. Praha: Linde, 2011, s. 223–224.

¹⁵² Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 187.

¹⁵³ Ze zásady *iura novit curia* se předpokládá, že soud zná právo a je schopen identifikovat relevantní pramen práva (ten též interpretovat a získat tak z pramene práva právní normu). Je trochu s podivem, že v české právní teorii je dle mého názoru fázi procesu vyhledání relevantního pramene práva věnováno poměrně málo prostoru. V belgické právní teorii je například problematice metodologie vyhledání právního předpisu věnována jedna celá učebnice. Viz Geerkens, E., Delnoy, P., Bruyère, A., Sibony, A.-L. *Méthodologie juridique: Méthodologie de la recherche documentaire juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2010.

¹⁵⁴ Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 141.

Nicméně mohou nastat situace, kdy se relevantní právní předpis (resp. jeho příslušný text) jednoduše soudu nepodaří nalézt. Soudci však je případ předložen k rozhodnutí a musí se s ním nějak vyrovnat. Již v této fázi rozhodování se tak soudce může ocitnout v situaci, kdy se musí vyrovnat s nedostatkem právní úpravy a bude čelit výzvě, zda je třeba v tomto případě právo „dotvořit“ a jak.

b. Proces interpretace pramene práva, tj. finální formulace (zjištění obsahu) právní normy. Text právního předpisu se vždy nekryje s obsahem právní normy. Právní norma je z textu dovozována procesem interpretace práva za pomoci výkladových metod,¹⁵⁵ jejichž použití s ohledem na jimi sledovaný výkladový cíl interpretace (např. účel zákona, úmysl zákonodárce) ovlivní výsledek interpretace, tedy formulaci obecné právní normy zjištěné interpretací. Jak jsme uvedli výše, interpretace práva se musí vyrovnávat se dvěma protipóly, které odráží její funkci hermeneutickou a její funkci mocensko-organizační.¹⁵⁶ Funkce hermeneutická směřuje k poznání obsahu právních norem, a za tímto účelem právní teorie vyvinula řadu interpretačních metod směřujících k různým výkladovým cílům, což nicméně může vést k tomu, že různé interpretační metody vedou k různým výsledkům interpretace. Toto se však rozchází s tím, co od systému práva očekáváme, a to sice jasné řešení sporu (mocensko-organizační funkce). Nejedná se nutně jen o otázku praktickou, ale do jisté míry i hodnotovou, pokud budeme spravedlnost posuzovat podle H. L. A. Harta tak, že „stejně případy se mají posuzovat stejně, rozdílné případy rozdílně“, k čemuž vybízí i § 13 o.z. V této fázi rozhodování soudce může čelit dvě možným problémům, a to sice: buď bude muset rozhodovat o tom, které z výsledků interpretace upřednostní,¹⁵⁷ nebo se může ocitnout v situaci, kdy neumí určitou část právního textu za použití výkladových metod zcela jistě objasnit. To se může týkat především neurčitých právních pojmů. Je otázkou, zda určování obsahu neurčitých právních pojmů (např. „dobré mravy“, „důležitý důvod“, „zásady spravedlnosti“, „zásady slušnosti“, „rozumný důvod“ a další) je možno považovat za interpretaci, nebo dotváření práva. Vyjdeme-li však z toho, že za dotváření práva budeme považovat pouze situaci, kdy dochází k přesahu maximálního možného jazykového rozsahu právního pojmu, představují neurčité právní pojmy problém spíše interpretační, nebo

¹⁵⁵ Výčet výkladových metod je v odborné literatuře často pojímán odlišně. Za určité tradiční (resp. často se opakující) lze však označit jazykový výklad, systematický výklad, teleologický výklad, historický výklad.

¹⁵⁶ Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 128–129.

¹⁵⁷ Tuto problematiku analyzuje Jan Wintř - Wintř, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vyd. Praha: Auditorum, 2019, s. 229 a násl.

presněji problém klasifikační, zda určitou skutkovou situaci pod pojem podřadit, nebo nikoli.

I z popisu této fáze týkající nalezení a formulace finální právní normy, jejímž výsledkem pak je pro účely argumentace sylogismem formulace hlavní premisy, z níž bude dovozován závěr, je evidentní, že i tato hlavní premisa není výrokem s pravdivostní hodnotou, ale že finální znění premisy (normy), pod níž bude subsumován skutkový stav, je výsledkem interpretace a právních úvah.

4.1.3. Subsumpce (aneb nedostatky sylogismu a vznik potřeby dotvářet právo)

Poslední fází aplikace práva je subsumpce, tj. podřazení konkrétní skutkové podstaty zjištěné procesním dokazováním pod obecnou právní normu zjištěnou procesem interpretace práva.

Přitom se využívá tzv. právního sylogismu, tedy nauky odvozování z premis sestávající ze tří kroků: (i) z platnosti výchozího výroku, který je představován obecnou právní normou (*praemissa maior*), (ii) se odvozuje platnost jemu odpovídajícího konkrétního výroku (*praemissa minor*), který je představován skutkovým stavem zjištěným dokazováním a který (iii) vede k vyvození závěru (*conclusio*), kterým proces končí.¹⁵⁸

Nejčastější výhrady vůči sylogismu se opírají o to, že premisy v právu nikdy nebudou dosahovat jistoty uplatňované v logice (viz výše popsaná rizika týkající se předchozích fází) a dále, že sylogismus fakticky slouží pouze jako „fasáda pro argumentaci“, když v praxi soudci nepostupují mechanicky uzavřeně podle sylogismu krok za krokem, ale vnášejí do argumentace vlastní hodnocení, a proto se často argumentačně postupuje opačně, tedy že osoba aplikující právo má již představu o řešení sporu a užívá sylogismus toliko ke zdůvodnění svého řešení.¹⁵⁹

Domnívám se, že v praxi se skutečně jeví jako pravděpodobnější ten postup, kdy soudce má již představu o konečném řešení sporu s ohledem na znalosti právního řádu, hodnoty a principy, které si předem soudce osvojil, a následně užívá sylogismus toliko pro zdůvodnění svého řešení, nikoli jako prostředek k jeho získání. Úlohu hodnot v procesu aplikace práva rovněž uznává belgický právní teoretik Ch. Perelman, když uvádí, že „*aplikace práva, tedy přechod od abstraktního pravidla chování ke konkrétnímu případu, není pouze jednoduchý*

¹⁵⁸ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. vyd. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 177–178.

¹⁵⁹ Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Paris: Dalloz, 2016, s. 363 a násl.; dále též Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 375, či Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 147–148.

deduktivní proces, ale neustálá adaptace zákonných ustanovení na hodnoty, které jsou v daném případě ve střetu.“¹⁶⁰

Nedostatečnost sylogismu shledává rovněž Viktor Knapp¹⁶¹ či Hans Schlosser.¹⁶²

Belgický právní teoretik Paul Delnoy¹⁶³ shrnuje, že v rámci procesu subsumpce tedy může z pohledu soudce nastat některá z následujících variant v závislosti na tom, zda soudce akceptuje řešení vyplývající ze sylogismu opírajícího se o text zákona, nebo se pokusí dovodit právní normu mimo rámec psaného práva (tj. upřednostní hodnotovou úvahu):

I. Akceptace řešení vyplývajícího z logického sylogismu opírajícího se o psané právo

Lze rozlišit dvě situace:

- a. Psané právo upravuje konkrétní případ (odvozováním soudce dospěje k závěru o vzniku právního následku, který odpovídá jeho hodnotovým úvahám).**

V tomto případě se uplatní ještě další dvě možnosti:

- i. Psané právo „sedí“ na konkrétní případ, přitom existuje pouze jediná právní norma, která daný případ předvídá.**

V praxi se jedná o nejčastější případ, kdy konkrétní skutková podstata zjištěná procesním dokazováním odpovídá jediné abstraktní skutkové podstatě obsažené v psaném právu tak, jak bylo interpretováno za pomoci výkladu.

- ii. Psané právo upravuje konkrétní případ, přitom však existuje více právních norem, které na daný případ dopadají.**

¹⁶⁰ Perelman, Ch. *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*. Citováno podle Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Paris: Dalloz, 2016, s. 366.

¹⁶¹ „Z hlediska teoretického je nepochybné, že aplikační proces není jen abstraktní odvozování v podobě logického sylogismu, nýbrž – jako proces aplikace obecného pravidla na jedinečnou, a tedy v mezích dané právní normy vždy různou, skutkovou podstatu – je i procesem právo dotvářejícím. Soudce je tedy zákonem vázán v tom smyslu, že nesmí rozhodnout v rozporu s ním, obecná právní norma mu však dovoluje, aby při rozhodování konkrétního případu postupoval jako spolutvůrce toho práva, které ve společnosti skutečně platí, tedy toho, které se zpravidla nazývá *law in action*.“ (Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 190).

¹⁶² „Taktéž platí, že rozhodovací sylogismus představuje jen celkem nejjednodušší formální závěr a v procesu aplikace práva odráží nejjednodušší strukturu, která v praxi přichází v úvahu jen obzvláště zřídka. Už jen z tohoto důvodu není sylogismus jako logický důkaz nejspolehlivějším kritériem jednotné a „bezpečné“ aplikace práva. V praxi soudce nikdy nebude vystupovat jen jako „subsumpční stroj“, který mechanicky, výlučně použitím logickým závěrů dospěje k správnému rozhodnutí. Samotná aplikace práva je spíše hodnotícím naplňováním účelu.“ (Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. vyd. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 177–179).

¹⁶³ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 375 a násl.

V praxi se lze občas s touto situací setkat, nicméně řešení této situace nečiní obtíže a zpravidla je situace řešitelná za pomoci pravidel přednosti.¹⁶⁴

b. Psané právo neupravuje konkrétní případ (odvozování z premis nevede k závěru o vzniku právního následku, přičemž absence tohoto vzniku právního následku není v rozporu s hodnotovými úvahami).

Pokud nedopadá na konkrétní skutkový stav žádná abstraktní právní norma, vyplývá z toho, že se neprosadí žádný z právních následků předvídaných právními normami (tj. nárok se nemá přiznat a žaloba zamítnout, trest neuložit).

II. Vyloučení řešení vyplývajícího z logického sylogismu opírajícího se o psané právo

K tomu, aby soudce mohl přistoupit k vyloučení řešení vyplývajícího ze psaného práva je nezbytné, aby sám akceptoval teorii pramenů práva, podle níž právo není ztotožněno se zákonem, resp. celé právo není obsažené pouze v textech právních předpisů. V opačném případě by totiž nemohl do svého rozhodování vnést extralegální prvky (jako právní principy, hodnoty a účely). Postupy, které v tomto případě soudce použije, povedou k tomu, co nazýváme dotvářením práva, tedy k postupu, kdy se nepřijme řešení vyplývající z (textu) zákona (psaného práva), nýbrž řešení podle práva (širěji vymezeného).

I zde lze rozlišit dvě situace:

a. Vyloučení řešení vyplývajícího z psaného práva, které neupravuje konkrétní skutkovou podstatu, a přijetí řešení mimo psané právo

Právní argumentace soudce může vést k závěru, že konkrétní skutkové okolnosti případu neodpovídají přesně žádným skutečnostem, které by regulovala právní norma. Striktně logické řešení by vedlo k zamítnutí tvrzeného nároku („*nevyplývá z předpisů*“). V praxi se tak ale někdy nepostupuje. Soudy někdy v těchto případech prohlásí, že objevily „*mezeru v zákoně*“.

Právě tento okamžik rozhodování soudu, kdy se soudce rozhoduje, zda bude postupovat cestou dotváření práva, nebo žalobu zamítne, je pravděpodobně nejkontroverznějším bodem, neboť se lze dotazovat, na podkladě čeho se soudce rozhoduje tak, že upřednostní řešení spočívající ve vyplnění mezery před zamítnutím žaloby.

¹⁶⁴ *Lex superior derogat inferiori. Lex posterior derogat priori. Lex specialist derogat generali.*

Na tuto otázku bylo doposud poskytnuto velmi málo odpovědí, řešení nabízí A. Gerloch a J. Tryzna, kteří rozlišují argumenty institucionalizované a argumenty neinstitucionalizované.¹⁶⁵ Argumenty institucionalizované představují systematický přístup, kdy jsou zohledňovány argumenty, které by vzhledem ke stupni své institucionalizace zohledněny být měly. Zatímco argumenty neinstitucionalizované jsou ty, které se vyznačují subjektivní preferencí různých hledisek se slabým či žádným institucionálním zakotvením. S navrhovaným řešením lze souhlasit, nicméně je stále velmi abstraktní.

Velmi podobně se k problematice vyjadřuje H. Schlosser, který nejprve analyzuje předpoklady, za nichž je možno přistoupit k dotváření práva (těmi jsou selhání výkladu a prokázání mezery v zákoně) a následně rozlišuje dvě podoby dotváření práva. První – přípustná – podoba je „zákonu imanentní dotváření práva“ – tj. takové vyplnění mezery v zákoně, které je v souladu s celkovým kontextem zákona, přičemž soudce postupuje uvědoměle s vůlí zákonodárce. Při vyplnění mezery je soudce přitom veden cílem a hodnotami, které jsou již v platném právu „imanentně“ konkrétní a prokazatelné. Druhou – nepřípustnou – podobou je „zákon přesahující dotváření práva“, kdy soudce zamýšlí vyplnit mezeru navzdory tomu, že platné právo k tomuto kroku neobsahuje buď žádné, anebo žádné vyhovující orientační kritérium.¹⁶⁶

V případě, kdy soudce dojde k závěru, že psané právo ve svém textu neobsahuje konkrétní skutkovou podstatu, ačkoli by ji z pohledu účelů, hodnot a principů, které lze v právu identifikovat jako imanentní či dokonce institucionalizované, obsahovat mělo, pak soudce dotvoří právo cestou analogie, a to buď v podobě *analogia legis*, nebo v podobě *analogia iuris*, případně prostřednictvím jiného prostředku (např. i *argumentum a fortiori*), jejich společnou funkcí je vždy dotvoření chybějícího právního pravidla. Blíže o hranici mezi argumenty *a contrario* a *per analogiam legis* pojednáme v části této práce týkající se analogie.

b. Vyloučení řešení vyplývajícího z psaného práva, které upravuje konkrétní skutkovou podstatu a nahrazení řešením mimo psané právo

¹⁶⁵ Gerloch, A., Tryzna, J. *Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis*. In: Gerloch, A., Tomášek, M. et al. *Nové jevy v právu na počátku 21. století*, 2. díl. Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva. Praha: Karolinum, 2010, s. 31.

¹⁶⁶ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. vyd. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 201.

Tento případ se objevuje velmi zřídka. Jedná se o situaci tzv. teleologické redukce, kdy soudce sice správně interpretuje text právního předpisu, nicméně takto získaná právní norma neodpovídá právu, resp. je potřeba ji v této podobě neaplikovat a upravit aplikací elementů stojících mimo psaný text, které tuto úpravu samy vyžadují (právní principy, účely, hodnoty, bezrozpornost právního řádu). Zatímco v případě výše pod bodem a. se tedy soudce staví do pozice, kdy nahrazuje zákonodárce, v tomto případě se již vysloveně staví proti jeho textu, odmítá jej aplikovat ve své celistvosti a doplňuje do pravidla výjimku, kterou zákonodárce výslovně nezmínil. A. Gerloch a J. Tryzna k opodstatněnosti teleologické redukce uvádí: „*Pokud soudce dospěje k závěru o nutnosti teleologické redukce, je třeba zvážit důvody, pro které tak činí. Důvodem může být opět střet s ústavní úpravou, právními principy atd. Jedná-li se o argumenty formálně validní, je možno teleologickou redukcí považovat za důsledek zohlednění systematiky právního řádu. V opačném případě, kdy roli hrají argumenty nikoliv formálně validní, nadřazuje se soudce zákonodárci.*“¹⁶⁷

Jakými argumenty však lze justifikovat postup soudů? V další části představíme základní argumenty, jimiž je činnost soudce, kterou dochází k dotváření práva, zdůvodňována.

Dotváření práva je nutné odlišit od tvorby práva, kterým se rozumí vytváření obecně závazných pravidel chování.¹⁶⁸ V kontinentální právní kultuře, která je ovládána principem dělby moci a dominance psaného práva se soudce nikdy nemůže ocitnout v roli normotvůrce, přičemž některé zahraniční civilní kodexy tento zákaz obsahují výslovně.¹⁶⁹

4.2. Justifikace dotváření práva prokázáním existence mezer v právu

Základním východiskem pro dotváření práva je teorie mezer v právu, tedy představa, že psané právo neupravuje veškeré možné varianty chování. Bude-li prokázána existence mezer v právu, pak bude třeba určit, zda je soudce oprávněn mezeru v právu vyplnit.

Předtím než se pokusíme prokázat existenci mezer v právu, je třeba se vypořádat s teoriemi, které existenci mezer v právu popírají.

¹⁶⁷ Gerloch, A., Tryzna, J. *Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis*. In: Gerloch, A., Tomášek, M. et al. *Nové jevy v právu na počátku 21. století*, 2. díl. Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva. Praha: Karolinum, 2010, s. 62–63.

¹⁶⁸ Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 83.

¹⁶⁹ Článek 5 Code Civil z roku 1804 či § 12 ABGB.

Jednou z těchto teorií je teorie právně prázdného prostoru zastávaná Karlem Bergbohem, podle něhož sféra lidské činnosti může být rozdělena na dvě části: tu, která je regulována právní normou (prostor plný), a tu, kde člověk jedná svobodně (prostor prázdný). Každé jednání tak buď bude náležet do sféry právem regulované, nebo do sféry práva pusté. Jedná se tedy o teorii, která hlásá logickou úplnost právního řádu.¹⁷⁰

Druhá z těchto teorií je teorie tzv. negativní normy zastávaná H. Kelsenem. Podle této teorie je každá právní norma, která předepisuje jednání (ať už komisivní, či omisivní), doprovázena obecnou normou, která vylučuje z právní úpravy veškerá jiná jednání.¹⁷¹ H. Kelsen chápe právní řád jako uzavřený a dovozuje, že nemohou existovat mezery v právu: „Rozlišuje-li se v tomto smyslu pozitivní a negativní úprava lidského chování právním řádem, je každé lidské chování, podléhající právnímu řádu – pozitivně či negativně – právně regulované. Pak se může mluvit v tom smyslu o uzavřenosti právního řádu. Potom také nemohou existovat žádné „mezery“ v právu, pokud tím myslíme, že určité lidské chování není právně upraveno, a že proto na ně platné právo může být užito ve všech případech.“¹⁷² V takovém případě je pak namísto aplikovat právo tak, že bude žaloba zamítnuta, resp. obžalovaný osvobozen.¹⁷³

Pro obě teorie je tedy společná logická úplnost (založená na argumentu *a contrario*), buď něco náleží do regulovaného rámce, nebo do rámce neregulovaného.

Nicméně s oběma teoriemi je možno se vyrovnat tak, že není spor úplně o to, že určité jednání bude vždy posouzeno jako buď podléhající regulaci, nebo nikoli, ale spor je veden o úroveň výše, a to sice, co právě představuje „rámec regulace“. Tedy to, z čeho (z jakých pramenů) a jakým způsobem je dovozována právní norma. Naráží se zde tedy na to, co spadá pod pojem „právo“. Jak jsme ostatně popsali výše, předpokladem dotváření práva (tak, aby probíhalo teoreticky správně) je to, že soudce akceptuje teorii širších pramenů práva.

¹⁷⁰ Foriers, P. *Les lacunes du droit*. Logique Et Analyse, svazek 10, číslo 37, 1967, s. 14.

¹⁷¹ *Ibid.*, s. 15.

¹⁷² Kelsen, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, Spisy právnické fakulty č. 240, 2000, s. 144.

¹⁷³ „Jest to případ, kdy podle pozitivního práva právo nalézající orgán, zejména soudce, má rozhodnout, aby na jím zjištěný konkrétní skutkový stav nebylo reagováno donucovacím aktem, tj. žaloba má být zamítnuta, obžalovaný má být osvobozen, jestliže konkrétní skutkový stav podle názoru právo nalézajícího orgánu není podřaditelný pod generální normou abstraktně určený skutkový stav, kdy se žádá generální, zákonodárstvím nebo zvyklostí vytvořená, na abstraktně určený skutkový stav abstraktně stanovený právní následek navazující právní norma, na konkrétní skutkový stav zjištěný právem nalézajícím orgánem nevztahuje, kdy, jak se často vyjadřuje, existuje mezera v právu. Jestliže je tím chápáno, že platný právní řád v tomto případě nemůže být používán, tedy nemohou existovat, jak bylo již předtím konstatováno, mezery v právu. Neboť když soudce v tomto případě má žalobu odmítnout a obžalovaného osvobodit, tedy vydat individuální normu, že žádný donucovací akt (jakožto sankce) proti žalovanému nebo obžalovanému nemá být stanoven, děje se to za použití platného práva.“ (Kelsen, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, Spisy právnické fakulty č. 240, 2000, s. 238).

K závěru o závislosti všeobecné negativní věty na pojmu práva dochází rovněž Filip Melzer, který shrnuje: „...*přizpůsobíme-li konstrukci všeobecné negativní věty zde zastávanému širokému pojmu práva, pak není důvod s ní nesouhlasit. Zněla by asi takto: nelze-li z právního řádu ve své celistvosti, tj. výkladem či aplikací právních principů v nejširším slova smyslu, dovést nějakou povinnost, pak tato povinnost neexistuje.*“¹⁷⁴

V případě, že tedy budou ztotožňovány právní normy se zákonem (resp. jeho textem), pak je nepochybné, že v tomto ideálním světě nebudou vznikat ani mezery v právu – pozbývá zde na významu totiž rozlišování mezi mezerou v zákoně a mezerou v právu.

Naopak v případě, že bude zákon považován jako „prostředek komunikace“, který nám zprostředkovává obsah právních norem, a to více či méně dokonale, a pokud pod pojem „právo“ budou vtaženy rovněž právní principy a případně též hodnoty a účely, které zákonodárce v zákoně vyjadřuje, pak je potřeba uznat, že zákon (resp. jeho text), obsahuje mezeru. Zde pak má na významu rozlišování mezi mezerou v zákoně (který je neúplný) a mezerou v právu.¹⁷⁵

Lze tedy souhlasit se závěrem Viktora Knappa, že právo je zdánlivě úplné a neúplné¹⁷⁶ zároveň:

- Úplné je právo z toho pohledu, že lidské chování je buď jen dovoleno, nebo jen nedovoleno (příčemž třetí možnost není).
- Neúplné je právo z toho pohledu, že může nastat (a v praxi též nastává) situace, kdy v textu právního předpisu soudce řešení daného případu nenajde.

Skutečnost, že mezery v zákoně musí existovat, plyne již ze samotné podstaty zákonodárství. Zákonodárce je pověřen normotvorbou, tedy vytvářením právních norem jako obecně závazných pravidel chování. Jím vytvořené právní normy nacházejí svoji vnější podobu ve více či méně přesné obecné formulaci v zákoně. Je nepochybné, že je fakticky nemožné, aby zákonodárce při formulaci znění zákona (v němž vyjadřuje právní normu) zohlednil všechny konkrétní skutkové okolnosti. Jak shrnuje belgický právní filozof H. De Page: „*Zákon mlčí: tento případ není tak vzácný, jak by se mohlo na prvního pohled zdát. Každý zákon je lidským dílem, tudíž neurčitý, neúplný a omylný. Nejenže nemůže vůbec předvídat budoucnost, ale dokonce ani vyčerpává přítomnost.*“¹⁷⁷

¹⁷⁴ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 214–215.

¹⁷⁵ K rozlišování mezi mezerou v zákoně a mezerou v právu viz též Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 66.

¹⁷⁶ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 65.

¹⁷⁷ De Page, H. *Traité élémentaire de droit civil*. Svazek 1. 1692. Bod 214. Citováno podle Foiriers, *c.d.*, s. 15.

Mezerami v zákoně a jejich typologií se budeme dále podrobně zabývat v další části této disertační práce.

4.3. Justifikace dotváření práva zásadou zákazu odepření spravedlnosti (*denegatio iustitiae*)

Jak jsme naznačili v předchozí části týkající se exkurzu do francouzsky psaných pramenů, existence mezer v právu je často dokazována s poukázáním na čl. 4 francouzského Code Civil, podle kterého platí: „*Soudce, který odmítne soudit pod záminkou mlčení, nejasností nebo nedostatečnosti zákona, může být stíhán pro odepření spravedlnosti.*“

Z uvedené citace je často dovozováno, že pokud právní předpis neobsahuje právní normu, která by řešila konkrétní případ, pak je soudce či jiný orgán aplikující právo povinen přistoupit k vyplnění této mezery a vytvořit *ad hoc* formulované pravidlo chování (nejčastěji prostřednictvím analogie *legis*, případně analogie *iuris*), podle kterého případ rozsoudí.

Pro ty, kteří zastávají výše popsanou argumentaci, je pak v textu pojem „spravedlnost“ chápán ve smyslu ekvity: poskytnout spravedlnost, a tudíž nedopustit se odepření spravedlnosti, pak znamená vydat „spravedlivý“ soud ve sporu – jako protiklad k „nespravedlivému“ rozhodnutí. Z toho je pak dovozováno, že v případě absence psaného práva by přijetí rozhodnutí vyplývajícího z logického sylogismu (právem neupraveno → nevede k právním následkům → zamítnout nárok) mělo za následek odepření spravedlnosti.¹⁷⁸ Zastánci této verze interpretace čl. 4 Code Civil tak tvrdí, že soudce je povinen v případě absence psaného práva vyplnit mezeru v zákoně, a to za užití dalších prvků, které stojí mimo text zákona.

Francouzská a belgická právní doktrína zaměřená textualisticky však často takto čl. 4 Code Civil neinterpretuje. Již první komentátoři Code Civil uvádí odlišná stanoviska. Konkrétně se tedy spor vede o to, zda čl. 4 Code Civil ukládá povinnost vyplnit mezeru v zákoně (tedy vyřešit zákonem neřešený případ prostřednictvím extralegálních prvků), či zda čl. 4 Code Civil pouze nehovoří o tom, že soudce je povinen soudit a vynést rozsudek.

Často je citován ve vztahu k principu odepření spravedlnosti výrok J. Ch. F. Demolombea (přezdívaného „*princ exegeze*“): „*Jeví se mi, že dokonce i v občanskoprávních záležitostech, pokud žalobce opírá svůj nárok pouze o pravidlo přirozeného práva, neuznané, byť nepřímou nebo ani implicitně zákonem, soudce není povinen učinit závěr v jeho prospěch. Znamená to, že odmítl soudit? Bezpochyby ne, soudce rozhodne naopak tak, že žaloba není opodstatněná.*“¹⁷⁹ Obdobně i komentátor Antoine Marie Demante čl. 4 Code Civil komentuje

¹⁷⁸ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 395 a násl.

¹⁷⁹ Demolombe, Charles. *Cours de droit civil*. Svazek I, Bod 113. Citováno podle Foiriers, *c.d.*, s. 12.

následovně: „*Soudci neposkytnou spravedlnost, která stranám náleží, pokud pod jakoukoli záminkou nerozhodnou o sporu, který je jim předložen.*“ Dále však Demante ve svém komentáři uvádí, že zákon nepředepisuje, na jaké prameny práva se obrátit v případě nedostatku psaného práva, přičemž Demante připouští úmysl zákonodárce, důvodovou zprávu a záznamy, analogii, obyčej, předchozí judikaturu, spravedlnost.¹⁸⁰

Z pozdější judikatury P. Foriers k odepření spravedlnosti uvádí: „*Ustanovení čl. 4 francouzského a belgického občanského zákoníku nijak nezavazuje – a na tomto bodě trváme – vyplnit mezeru v právu, nýbrž toliko ukládá soudci povinnost soudit.*“¹⁸¹

P. Delnoy v této souvislosti odkazuje na historické okolnosti příznačné pro počátek revolučního období, které jsme zmiňovali v předchozí kapitole. Připomeňme, že přibližně rok po dobytí Bastily byl zaveden systém posudků, tzv. *référé législatif facultatif*, se kterými se soudy povinně musely obracet „*na zákonodárné orgány, pokud měly potřebu interpretovat zákon nebo v něm hledat něco nového.*“¹⁸² Jak jsme uváděli, tento systém pokaždé vyvolal množství posudků, které bránily poskytnutí rychlého rozhodnutí. Zastánci jazykové interpretace čl. 4 Code Civil tak uvádí, že důvod jeho vzniku bylo popohnat soudce, aby buď podal žádost o posudek, nebo rozhodl co nejrychleji.¹⁸³

Konečně relevanci zásady zákazu odmítnutí spravedlnosti je zpochybněna i v českých podmínkách. F. Melzer tuto zásadu jako legitimizační důvod dotváření práva odmítá s prakticky totožným zdůvodněním, které uvádí francouzští komentátoři Code Civil: „*Odmítnutí spravedlnosti totiž nespočívá ve vydání nespravedlivého rozhodnutí, nýbrž v odmítnutí rozhodnutí sporu... Při dotváření práva proto nejde o to, že soudce nechce rozhodnout vůbec, nýbrž o to, aby nerozhodl tak, že důsledkem bude hodnotový rozpor v právu.*“¹⁸⁴

Určitý smír mezi oběma interpretacemi pak může nastolit nám již známá citace samotného autora Code Civil: „*Když je zákon jasný, je potřeba jej následovat, pokud je nejasný, je třeba ustanovení dále zkoumat. Pokud se postrádá zákon, je třeba vyjít ze zvyklostí a spravedlnosti. Spravedlnost je návrat k přirozenému právu v případě mlčení, protikladu nebo nejasnosti zákona.*“¹⁸⁵

¹⁸⁰ Demante, A. M. *Cours analytique de code civil*. Svazek 1. s. 57–58.

¹⁸¹ Foriers, P. *Les lacunes du droit*. Logique Et Analyse, svazek 10, číslo 37, 1967, s. 11.

¹⁸² Viz čl. 12 zákona o organizace soudnictví ze dnů 16. – 24. srpna 1790.

¹⁸³ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 396–397.

¹⁸⁴ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 217–218.

¹⁸⁵ Portalis, J. É. M. *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*. 1801. [online] Université du Québec à Chicoutimi: Les classiques des sciences sociales [citováno dne 7. 10. 2019] Dostupné na: <http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf> (k 3. 7. 2022).

Patrně nejpřesnější závěr ohledně justifikace dotváření práva pomocí čl. 4 Code Civil učinil P. Delnoy, který dovedl, že v čl. 4 Code Civil zákonodárce nevyklučuje přítomnost mezer v zákoně, současně však ani zákonodárce určitě nezakazuje soudci vyslovit se tak, že v důsledku absence psaného práva není právem upraven právní následek (tj. žaloba se zamítne). Jinými slovy, Delnoy dovozuje (ve shodě s Foriersem), že z článku 4 Code Civil nelze dovést povinnost vyplnit mezeru v zákoně, nicméně dovozuje, že soudce má právo mezeru vyplnit, a to s odkazem na výše uvedenou citaci Portalise jakož i praktickou dlouholetou zkušenost s Code Civil (který vskutku obsahoval řadu mezer, které nebylo možno řešit dle textu zákona).¹⁸⁶

Ať už je „správná“ interpretace čl. 4 Code Civil jakákoli, je třeba konstatovat, že při dalších evropských kodifikacích již formulace článků reflektujících zákaz *denegatio iustitiae* nebyla čistě negativní (ve smyslu restriktivní interpretace čl. 4 Code Civil, že by soudci pouze přikazovala věc „rozhodnout“), nýbrž následné kodifikace při formulaci obdobných článků již soudce vyloženě vyzývají k tomu, aby hledal právo mimo rámec psaného práva. Tak například § 7 ABGB výslovně vyzývá k analogii *legis* a analogii *iuris*.¹⁸⁷ Obdobné výzvy k vyplnění mezery v právu lze nalézt rovněž ve švýcarském občanském zákoníku, který dokonce jako *ultima ratio* povolává soudce k tomu, aby sám vytvořil pravidlo, jako by byl zákonodárcem (*modo legislatoris*).¹⁸⁸ Konečně je třeba zmínit též současný český občanský zákoník a jeho ustanovení § 10.¹⁸⁹

V dnešních podmínkách je tak zákaz odepření spravedlnosti často formulován tak, jak to činí H. Schlosser, když uvádí: „*Soud v daném případě nesmí odmítnout rozhodnout právní spor. Především však nesmí vynést rozsudek, které by byl výsledkem oportunistického, neplnohodnotného uvážení.*“¹⁹⁰ Hans Schlosser současně považuje vyplnění mezery za úřední povinnost soudce.¹⁹¹

¹⁸⁶ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008, s. 397–398.

¹⁸⁷ „*Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným případům v zákonech zřejmě rozhodnutým, a k důvodům jiných, s tím příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí býti rozhodnut podle přirozených zásad právních, se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým.*“ (Císařský patent č. 946/1811 Sb. zák. soud., Obecný zákoník občanský, § 7).

¹⁸⁸ Viz čl. 1 odst. 2, 3 ZGB.

¹⁸⁹ Ustanovení § 10 občanského zákoníku zní:

„(1) *Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.*

(2) *Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon, tak, aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností.*“

¹⁹⁰ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. vyd. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 177–178.

¹⁹¹ „*Tam, kde končí proces výkladu práva, nastupuje dotváření práva. V okamžiku, kdy ani znění zákona, ani účel a cíl právní normy nevedou ke konečnému řešení, naráží proces interpretace na své hranice. V tomto případě ten,*

4.4. Justifikace dotváření práva právními předpisy

Ve vztahu k dotváření práva soudci je často vznášena námitka opírající se o zásadu legální licence vyjádřenou v článku 2 odst. 4 Ústavy slovy: „*Každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.*“

Z toho by bylo možno dovozovat, že pokud psané právo – zákon, nepředepisuje zákaz určitého jednání, je jednání občana dovoleno a není možno jej na jeho právu daným způsobem jednat omezit. V zásadě se jedná o normativní vyjádření všeobecné negativní normy.

Pokud by se tedy žalobce například domáhal po žalovaném zdržení se určitého jednání, ačkoli by jej psané právo (text zákona) výslovně nezakazovalo, pak by žalovaný mohl argumentovat uvedenou zásadou legální licence.

Jak se vyrovnat s touto stěžejní námitkou?

V první řadě lze odkázat na skutečnost, která byla popsána výše, tedy že pojmu „zákon“ je zde třeba rozumět v materiálním smyslu, tedy jako komunikačnímu prostředku, prostřednictvím kterého jsou právní normy sděleny.

Další možný okruh argumentů bránící výše uvedené interpretaci článku 2 odst. 4 Ústavy lze shrnout následovně:

1. Tak široce pojatá interpretace legální licence se nemůže uplatňovat bezvýhradně, neboť zákonodárce sám v některých případech výslovně zmocňuje k dotváření práva v platném právním řádu.
2. Tak široce pojatá interpretace legální licence by byla v rozporu s požadavkem racionálního zákonodárce.
3. Tak široce pojatá interpretace legální licence by mohla být v rozporu s právem na spravedlivý proces.

Bližší lze uvést k jednotlivým argumentům níže uvedené.

V první řadě ustanovení čl. 2 odst. 4 Ústavy nemůže být vykládáno v tom smyslu, že výlučně zákon (text zákona) stanoví veškerá nedovolená jednání, neboť pro oblast soukromého práva zákonodárce sám prostřednictvím ustanovení § 10 o.z. výslovně uznává existenci mezer v zákoně a výslovně soudci ukládá řešit spor též s přihlédnutím k extralegálním prvkům

kdo právo aplikuje, zjišťuje, že zákon má mezery, a jelikož na vyřešení situace už nebude stačit výkladový kánon, je na soudci, aby zákon poopravil, doplnil, tedy právo v konečném důsledku „dotvořil“. Úřední povinnost k tomuto kroku vyplývá z toho, že v právní realitě neexistuje zákon, který by na každou myslitelnou právní otázku dával uspokojivou odpověď a vždy nacházel zájmově spravedlivé řešení.“ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. vyd. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 199.

(jakými jsou analogie *legis*, analogie *iuris*, zvyklosti soukromého života, právní nauka, ustálená rozhodovací praxe).

Je tedy patrné, že sám zákonodárce v oblasti soukromého práva možnost omezení svobody jednotlivce výslovně připouští též prostřednictvím jiných pramenů práva, než kterým je zákon. Nadto k „vtažení“ extralegálních prvků do rozhodovací činnosti soudů došlo na základě zákona, tedy v souladu s čl. 2 odst. 4 Ústavy. Citované ustanovení § 10 o.z. tak současně představuje platný legislativní základ pro možnost soudce dotvářet právo v odvětví soukromého práva. Zákonodárce nejenže soudcům nestanovil obecný zákaz dotváření práva, nýbrž je též aktivně vyzývá k uplatnění „dotvářecí pravomoci“ pro oblast soukromého práva. Nutno však zdůraznit, že v podmínkách našeho právního systému je tato „dotvářecí“ pravomoc vskutku závislá na prostoru, který je zákonodárcem soudci poskytnut. V konečném ohledu je to totiž zákonodárce, kdo je pověřen normotvorbou, a zakáže-li soudci uplatnění dotvářecí pravomoci (typicky pro celá odvětví, jak bude poukázáno níže) či naopak dá-li najevo, že si nepřejí uplatnění dotvářecí pravomoci v konkrétním případě nebo vyřeší-li konkrétní případ na obecné úrovni právního předpisu, nebude soudce moci svoji „dotvářecí pravomoc“ uplatnit.

Druhá námitka se opírá o systematiku ústavního pořádku a o argument racionálního zákonodárce. Na úvod je třeba připomenout jiná ustanovení ústavního pořádku:

- čl. 39 Listiny: „*Jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit.*“
- čl. 11 odst. 5 Listiny: „*Daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona.*“
- čl. 2 odst. 2 Listiny: „*Státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví.*“

Výše uvedená ustanovení obsahují specifická zdůraznění toho, že pokud jde o vymezení kompetencí a pravomocí orgánů veřejné správy, vymezení trestného činu a trestu anebo uložení daní či poplatku, tak je vždy třeba, aby k tomu došlo na základě zákona. Z uvedených ustanovení se současně dovozuje, že kompetenční pravidla a odvětví práva trestního a práva fiskálního jsou tak odvětvími uzavřenými, u nichž nikdy nepřichází v úvahu dotváření práva soudcem (podrobně si budeme limity dotváření práva popisovat v následujících kapitolách). Naproti tomu lze právě odvětví práva soukromého označit jako odvětví otevřené, u nějž dotváření práva přichází v úvahu. Jednou ze složek tvořících předpoklad racionálního zákonodárce je to, že se zákonodárce nevyjadřuje zbytečně. Pokud by zákonodárce chtěl čl. 2 odst. 4 Ústavy připustit absolutní výhradu zákona (jeho textu) a zcela vyloučit dotváření práva ve všech odvětvích, pak by byly čl. 2 odst. 2, čl. 11 odst. 5 a čl. 39 Listiny nadbytečné, neboť by jen pro případ konkrétních právních odvětví opakovaly již formulovaný obecný zákaz

uvedený v čl. 2 odst. 4 Ústavy. To nasvědčuje tomu, že čl. 2 odst. 4 Ústavy má být interpretován tak, že připustí možnost dotváření práva v těch odvětvích, v nichž si zákonodárce neponechal speciální výhradu zákona.

Třetí a pravděpodobně nejzávažnější výhrada směřuje k faktické neproveditelnosti případného absolutního pojetí čl. 2 odst. 4 Ústavy a s tím souvisejícím potenciálním rozporem s právem na spravedlivý proces.

Zjednodušeně řečeno jde o to, že v soukromoprávním vztahu může docházet k situacím, kdy budou vznikat konflikty zájmů, ačkoli obě osoby budou fakticky jednat v rámci legální licence pojaté v absolutním pojetí. Nicméně současně je zakotveno právo každé z osob domáhat se ochrany svého práva (vykonávaného v rámci legální licence) u soudu. Pokud by soud ochranu neposkytl, dopustil by se tím porušení práva na spravedlivý proces.

Zajímavý důkaz v tomto ohledu nabízí J. Miedzianogora. Jeho logická úvaha je následující. Předpokládejme, že liberální právní systém obsahuje pravidlo „*vše, co není zakázáno, je dovoleno*“. Pokud bychom k tomuto pravidlu přidali další pravidlo „*vše, co je dovoleno, je garantováno pozitivním právem*“, tento systém vede nevyhnutelně ke vzniku mezer v zákoně. Proč tomu tak je? To, co je garantováno právem, je to, že nikomu nebude nikým bráněno dělat to, co mu žádné pravidlo nezakazuje. Nelze-li předpokládat, že veškeré formy takového bránění, ať jsou jakékoli, byly zákonem předvídaný a zakázány – což je absurdní představa – je třeba připustit, že soudce musí zhodnotit, zda ta nebo ta forma právem nepředvídaného bránění je či není zakázána.¹⁹²

Zjednodušeně řečeno, všeobecná negativní věta nikdy nevyřeší střet dvou z jejího pohledu právně dovolených jednání, pokud současně stát garantuje právní ochranu dovolenému jednání.

4.5. Justifikace dotváření práva principem účelnosti a bezrozpornosti právního řádu (hodnotové koherence)

Konečně posledním legitimizačním okruhem argumentů ve prospěch dotváření práva, s nímž se lze setkat, je argument účelnosti a hodnotové koherence právního řádu, který lze podepřít též principem rovnosti. Těmito argumenty, především argumentem hodnotové koherence, legitimizuje dotváření práva například F. Melzer.¹⁹³

¹⁹² Miedzianogora, J. Juges, lacunes et idéologie. In Perelman, Ch. a kol. *Le problème des lacunes en droit*. Bruxelles. Bruylant, 1968. s. 515–516.

¹⁹³ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C. H. Beck, 2009, s. 215–218.

V zásadě se zde jedná o argument založený na následujícím schématu:

- i. Zákonodárce přijetím konkrétní právní úpravy dá najevo určitý cíl (účel) dané právní úpravy či poskytne ochranu určité hodnotě.
- ii. Nicméně může dojít například k následujícím situacím:
 - a. Objeví se případ jiný, psaným právem neupravený, který bude vykazovat velmi podobné skutkové znaky s případem psaným právem upraveným, zatím co však v případě právem upraveném budou s daným skutkovým stavem (vyjádřeným v hypotéze) spojeny právní následky (vyjádřené v dispozici), v případě právem neupraveném by s podobnými skutkovými znaky nebyly spojeny žádné právní následky. Tento případ vede k dotváření práva *prater legem* cestou *analogie*.
 - b. Skutkový stav, který je typově upraven právní normou vyjádřenou v právním předpisu (v hypotéze), je formulován příliš široce a určitý konkrétní případ se jeví jako nenáležející do takto široce formulované hypotézy s ohledem na účel a hodnoty vyjádřené právní řádem. Tento případ vede k dotváření práva *contra legem* cestou teleologické redukce.

Filip Melzer shrnuje: „*Rozpor jazykově nesporné právní úpravy s hodnotami právního řádu narušuje hodnotovou bezrozpornost právního řádu. V případě zásadního rozporu, pro který neexistují žádné racionální důvody, je též oslabena oprávněná důvěra adresátů práva v tuto právní úpravu. Proto může princip hodnotové bezrozpornosti převážit nad principem právní jistoty.*“¹⁹⁴

Popsané rozpory tak vedou k tomu, že v určitém případě by byla poskytnuta právní ochrana určitým zájmům (právo jako systém tomu určený „vyřeší“ konflikt zájmů), zatímco v jiném – byť podobném případě – tato ochrana poskytnuta není a konflikt zájmů zůstává nevyřešen. V případě teleologické redukce se pak jedná o situaci, kdy právo vybízí k tomu určitý konflikt zájmu vyřešit určitým způsobem, nicméně toto řešení se ocitá v rozporu s hodnotami a účely vyjádřenými zákonodárcem. V tom se spatřuje rozpor s principem hodnotové bezrozpornosti a rozpor s principem rovnosti, který může v daném případě převážit i nad principem právní jistoty a vést k dotváření práva.

4.6. Shrnutí justifikace dotváření práva

Z výše popsaného vyplývá, že proces „jednoduché aplikace práva“, kdy na skutkový stav zjištěný dokazováním je aplikovaná obecná právní norma zjištěná výkladem z právního

¹⁹⁴ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C. H. Beck, 2009, s. 215–216.

předpisu, nemůže být vždy uplatněn, a že někdy soudy přistupují k dotvoření práva, tedy k formulaci *ad hoc* závazné právní normy v konkrétním případě (*iudex ius dicit inter partes*).

Nezbytným předpokladem pro proces dotvoření práva je skutečnost, že soudce akceptuje myšlenku širšího vymezení pojmu práva a zákon bude chápat v materiálním smyslu (nikoli jen jako „text zákona“), v opačném případě by nemohl postupovat v souladu se zásadou vázanosti zákonem. V případě, že soudce akceptuje širší vymezení pojmu práva, otevírá se mu cesta k tomu, aby mohl konstatovat mezeru v zákoně. Současně – při širším vymezení pojmu práva – se stává neopodstatněnou námitka tzv. všeobecné negativní věty vznášené proti dotváření práva.

Zásada zákazu odepření spravedlnosti je pro účely justifikace dotváření práva pochybná, neboť ze zásady zákazu odepření spravedlnosti vyplývá spíše povinnost vynést rozsudek, není-li v platném právu formulována tak, že soudce přímo vybízí k vyplnění mezery v právu extralegálními prvky.

Legitimita postupu soudce při dotváření práva může být opřena především o výslovné uznání takového postupu, jako je tomu pro oblast soukromého práva (§ 10 o.z.).

Nezbytnost akceptovat dotváření práva prostřednictvím právních principů, účelů a hodnot lze dovodit rovněž s ohledem na některé ústavněprávní ustanovení. Pokud by zásada legální licence měla být vázána výlučně na text zákona (jasně formulovaná pravidla s nepřekročitelnými hranicemi pojmů), stávala by se nadbytečnými některá ustanovení ústavního pořádku. Stejně tak by nebylo možno řešit spor dvou soukromých osob jednajících v mezích takto úzce pojaté zásady legální licence a soudy by nebyly schopny dostát své povinnosti poskytnout ochranu právům. V konečném důsledku by právo nedostalo svému hlavnímu účelu, tedy řešit konflikty zájmů.

Dotváření práva lze v neposlední řadě též zdůvodnit argumentem opírajícím se o hodnotovou bezrozpornost právního řádu a s tím souvisejícím principem rovnosti. Čistě jazyková interpretace zákonů by v některých případech totiž mohla vést k rozporným hodnotovým řešením skutkově obdobných případů.

Při vlastní identifikaci a vyplňování mezer v zákoně by však měly být relevantní jen argumenty institucionalizované, resp. přípustné by mělo být pouze zákonu imanentní dotváření práva.

5. Analogie

Analogie je jedním ze základních způsobů dotváření práva orgány aplikujícími právo v případě zjištění existence mezery v zákoně. Právní praxe i odborná literatura tradičně rozlišují mezi (i) analogií *legis* a (ii) analogií *iuris*. Jako určitý zvláštní případ na pomezí analogie lze pak uvést též analogii *intra legem*, kterou lze označit argumentaci na základě podobnosti u demonstrativních výčtů, kdy určitý případ není přímo uvedený mezi položkami uvedenými ve výčtu, ale řešený případ je uvedeným vzorovým příkladem relevantním způsobem podobný.¹⁹⁵

Zjednodušeně řečeno, analogii *legis* je takový postup, kdy se mezera v zákoně vyplní prostřednictvím aplikace nejvíce podobného právem upraveného případu. Analogií *iuris* je pak takový postup, kdy se mezera v zákoně vyplní prostřednictvím aplikace obecných právních principů, případně podle zásad příslušného právního odvětví.

F. Melzer o analogii hovoří jako o metodologickém nástroji, který slouží k uzavření otevřených mezer v zákoně (o mezerách bude pojednáno v další kapitole této části) s tím, že se jedná o nalézání práva v oblasti mimo rozsah pojmu, a to tím, že spojuje právní následky (dispozice) norem s případy, které nejsou zahrnuty do jazykového vyjádření v právních předpisech.¹⁹⁶ Za skutečnou analogii pak považuje pouze tzv. analogii *legis*. Podstatu analogie pak vystihuje F. Melzer následovně: „*Podstata analogie spočívá v tom, že se právní následek normovaný v tomto ustanovení aplikuje i na případy, které jeho dikce nezahrnuje. Podobnost spočívá právě v tom, že oba případy, tj. jak v dikci zahrnutý, tak i ten, na které se dikce ustanovení nevztahuje, mají alespoň v podstatných bodech stejný (podobný) teleologický základ.*“¹⁹⁷ Obdobně vystihuje analogii též T. Sobek: „*Právní normu použijeme i na takový případ, který sice explicitně nereguluje (nespadá do jejího rozsahu), ale je relevantním (z hlediska účelu této normy významným) způsobem podobný případům, které ona norma explicitně reguluje.*“¹⁹⁸

L. Hlouch zdůrazňuje, že v případě analogie se jedná o hodnotově a teleologicky orientovaný úsudek, na jehož základě lze „*v určitých případech použít stejný interpretační závěr, jako u příkladu jiného, lze-li mezi těmito případy shledat obdobnost čili analogii.*“¹⁹⁹ V případě analogie *legis*, pak rozlišuje případy, kdy zákonodárce k užití analogie vyzývá přímo (slovy „obdobně“ či „přiměřeně“), u nichž je správnost užití takového postupu nepochybná,

¹⁹⁵ Sobek, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 186.

¹⁹⁶ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 240.

¹⁹⁷ *Ibid.*, s. 242.

¹⁹⁸ Sobek, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 185.

¹⁹⁹ Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 140–141.

a případy, kdy předpis neobsahuje takovou direktivu, ale interpret ji nahradí „*vlastní racionální a teleologickou úvahou*“ – v tomto případě L. Hlouch dovozuje, že ačkoli se tento případ označuje jako analogie *legis*, tak často se již jedná o postup *per analogiam iuris*.²⁰⁰

Postup při vyplnění mezery v zákoně prostřednictvím analogie lze rozdělit do několika fází.

A. Gerloch²⁰¹ rozeznává následující fáze při postupu *per analogiam legis*:

1. zjištění situace, která není právem řešena, ale někdo se domáhá rozhodnutí ve věci,
2. úvaha, zda existuje podobná úprava,
3. úvaha, zda je tato mezera v právu relevantní,
4. přezkoumání, zda se pro danou oblast neuplatní zákaz užití analogie.

Většinou se však lze setkat se stručnějším popisem fází či přesněji podmínek užití analogie. J. Wintr²⁰² například hovoří o dvou podmínkách:

1. první podmínkou je ověření přípustnosti analogie pro danou situaci (typicky například pro odvětví trestního práva hmotného v neprospěch pachatele trestného činu),
2. druhou podmínkou je ověření vhodnosti analogie v daném případě, kterou spojuje s teleologickou úvahou.

Ověření druhé podmínky v sobě patrně zahrnuje provedení kroků nalezení podobné úpravy a ověření relevance (tedy v zásadě to, co A. Gerloch zahrnuje pod dvěma samostatnými kroky). Účelem je ověřit jednak to, je-li mezi skutkovými podstatami více podobností než rozdílů, jednak to, je-li v dané věci stejné *ratio legis*.²⁰³ Je to právě teleologická úvaha spočívající v poměření totožnosti účelu zákona v případě právem upraveném s případem právem neupraveným, která rozhodne o tom, zda je analogie vhodná oproti argumentu *a contrario*. Jak jsme uvedli v předchozí části této práce, neexistuje však úplně jasné kritérium, které by jasně stanovilo, zda má přednost argument *a contrario* či argument *per analogiam*, nicméně považuje se za nezbytné, aby teleologická úvaha podporující užití argumentu *per analogiam* byla doložena argumenty institucionalizovanými, jež prokážou, že se jedná o zákonu imanentní dotváření práva.

S rostoucí mírou přesvědčení, v jaké lze dovodit, že účel (tedy způsob, jakým zákonodárce řešil konkrétní konflikt zájmů), který zákonodárce prostřednictvím zákona prosadil v právem upraveném případě, lze totožně uplatnit též na případ právem neupravený,

²⁰⁰ Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 141–143.

²⁰¹ Gerloch, Aleš. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 189.

²⁰² Wintr, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 220.

²⁰³ Harvánek, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 346–347.

roste vhodnost použití analogie, přičemž se však z druhé strany poměřuje zásada právní jistoty (zejména v podobě legitimního očekávání adresátů právních norem). Je patrné, že pokud orgán aplikující právo dospěje k závěru, že totožnost účelu dána není, pak se úvahy o užití analogie na tomto místě ukončí a orgán aplikující právo upřednostní argument *a contrario*. Pokud je totožnost účelu dána, bude muset orgán aplikující právo ještě testovat přijaté řešení posouzením jeho přijatelnosti s principem právní jistoty a uvážit, zda jsou dostatečné důvody pro to, zda má převážit tato teleologická úvaha nad principem právní jistoty.

Na nutnosti řešit vztah mezi analogií a argumentem *a contrario*, které se vzájemně vylučují, prostřednictvím teleologických argumentů se shoduje též F. Melzer. F. Melzer cituje E. A. Kramera a F. Bydlinskiho a z jeho shrnutí lze dovodit následující závěry, které by měly být směrodatné pro použití analogie oproti argumentu *a contrario*:

- použít argument *a contrario* pouze v návaznosti na pouhý jazykový výklad je nepřipadné, neboť výsledek nesmí být v rozporu s teleologickým pozadím právního řádu;²⁰⁴
- neexistuje „libovolné kyvadlo“ mezi analogií a *argumentem a contrario*, tedy vždy bude potřeba posoudit, zda je v daném případě analogie přípustná či nikoli,
- použití argumentu *a contrario* znamená v zásadě, že v konkrétním případě je analogie nepřipustná;
- argumentum *a contrario* lze použít až poté, co jsme vyloučili možnost dotváření práva pomocí analogie.²⁰⁵

Je tedy patrné, že v Melzerově pojetí neexistuje dotváření práva (v podobě analogie) jako možnost orgánu aplikující právo ji v případě přípustnosti užít či nikoli, ale naopak jako povinnost ji aplikovat, pokud jsou pro její užití splněny podmínky. To vyplývá z toho, že předepisuje pořadí: 1. zvážení *analogie*, 2. uplatnění *a contrario*.

Napětí mezi analogií a argumentem *a contrario* se konečně věnuje též L. Hlouch, který se domnívá, že neexistuje univerzální pravidlo přednosti mezi těmito argumenty. L. Hlouch uvádí, že argument *a contrario* bude namísto pouze tam, kde „*lze výkladem dovodit, že zákonodárce řekl či měl na mysli, že pouze A má mít určitý režim, nikoli však již non A.*“²⁰⁶ Pokud zákonodárce však nestanoví „*výslovně exkluzivní vztah A a non A z hlediska určité vlastnosti X (např. vylučujícími výrazy „jen“, „pouze“ atd.), pak je nutno provést teleologickou úvahu založenou především na intuici a předporozumění interpretace, zda také prvky non A*

²⁰⁴ Srov. rovněž argumentaci v první části této práce, podle které je i v případě „jasných“ případů nutno činit zpětnou kontrolu prostřednictvím argumentačních metod *e ratione legis*.

²⁰⁵ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 240.

²⁰⁶ Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 146.

nemají mít vlastnost X. ²⁰⁷ Fakticky tímto zde tedy L. Hlouch již v zásadě popisuje identifikaci zastřené nepravé mezery v zákoně, jak o ní bude pojednáno níže. Nicméně z uvedené citace je patrné, že i on uvádí, že pokud se jedná o takový typ mezery (jenž je ostatně předpokladem pro uplatnění analogie), pak je nezbytné provést teleologickou úvahu. Přičemž pak je to právě teleologická úvaha, která rozhraničuje analogii od argumentu *a contrario*.

Jak argument *a contrario* ve zde užívaném smyslu, tak argument *per analogiam* jsou si ve skutečnosti velmi podobné a oba mají teleologickou povahu, jak upozorňuje T. Sobek. I pro použití argumentu *a contrario* je totiž nezbytná teleologická úvaha, resp. jeho využití je výsledkem teleologické úvahy, podle níž jsme dospěli k závěru, že dva skutkové případy si z pohledu účelu právní normy nejsou podobné (pak bychom se přiklonili k argumentu *per analogiam*), ale naopak jsou rozdílné, a proto tato teleologická úvaha předurčila užití argumentu *a contrario*. T. Sobek však nepopírá, že by argument *a contrario* bylo možno použít i mimo teleologickou úvahu,²⁰⁸ proto upozorňuje, že by bylo vhodnější používat odlišnou terminologii pro oba typy užití rozlišující jeho použití v rámci jednoduchého jazykového výkladu (argument z opaku či *a contrario stricto sensu* či lingvistické *a contrario*) od použití v případě při teleologické úvaze (argument z odlišnosti či *per differentiam* či argument z relevantních rozdílů).²⁰⁹

Některé výše uvedené závěry ohledně hranic mezi argumentem *a contrario* a užitím analogie by mohly indikovat, že analogie bude vždy zapovězena v případě tzv. taxativních výčtů. Je však třeba upozornit, že pojetí tohoto závěru paušálně by bylo nesprávné, jak na to upozorňují ostatně oba výše uvedení autoři²¹⁰ a jak si ukážeme na příkladech dále uvedených v této práci.

H. Schlosser předpokládá, že užití analogie předchází ověření tzv. všeobecných předpokladů dotváření práva, tedy ověření toho, že se bude v daném případě jednat o tzv. zákonu imanentní dotváření práva, kdy soudce vyplní mezeru v zákoně v souladu s celkovým kontextem zákona, případně na základě normativního úmyslu zákonodárce. Následně představuje následující model dovozování závěru z analogie:

1. Konkrétní situace (skutkový stav) X je přesně upraven konkrétním právním následkem.

²⁰⁷ Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 146.

²⁰⁸ Hlavní premisa: *Prezidentem republiky může být zvolen občan, který je volitelný do Senátu*. Vedlejší premisa: *Petr je pouze občanem SRN*. Závěr z argumentu *a contrario*: *Petr nemůže být zvolen prezidentem republiky*.

²⁰⁹ Sobek, T. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva, 2010, s. 333–343.

²¹⁰ Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 146–147. Dále MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 245–246.

2. Konkrétní situace (skutkový stav) Y není zákonem upravena buď vůbec, anebo je upraven takovým právním následkem, který je neuspokojivý či neodpovídá rozložení zájmů v daném případě.²¹¹
3. Proces aplikace práva dospívá k závěru, že případy X a Y jsou porovnatelné, neboť s ohledem na reálné rozložení zájmů jsou podobné.
4. Výsledkem aplikace práva je proto závěr, že případ Y bude posouzen jako případ X, tedy analogicky k případ X.²¹²

J.-L. Bergel popisuje argumentaci analogií tak, že spočívá v tom, že za situace mlčení zákona se dovodí podobnost mezi dvěma věcmi, právy, situacemi s tím, že analogická extenze umožňuje aplikovat text na případy, které text nepředvídal, neboť jsou shodné s případy textem předvídanými. Logičnost takového postupu opodstatňuje pak nutností koherentního přístupu k řešení podobných skutkových případů.²¹³

Belgický právní teoretik P. Delnoy popisuje podmínky použití analogie ve třech krocích:

1. Identifikace mezery v zákoně, kdy je předpokladem, že daný případ není řešen právem (ani s přihlédnutím k možné interpretaci či s použitím obecnějších norem), přičemž čistě logické řešení, ke kterému by se mělo dospět za užití obecné normy svobody (resp. v našem pojetí legální licence či všeobecné negativní věty) nevede k řešení problému, které by bylo společensky přijatelné z pohledu aktuálních společenských představ týkajících se spravedlnosti, společenského uspořádání, obecného zájmu apod.
2. Zjištění, zda soudce je oprávněn či dokonce povinen vyplnit mezeru v zákoně, což obnáší přesvědčit se, že soudce nebude překračovat hranice dotváření práva nepřipustnou normotvorbou proti vůli zákonodárce.
3. Nalezení prostředků vyplnění mezery (právě například prostřednictvím analogie). Přitom je třeba připustit jen takový způsob vyplnění mezery, který se bude opírat o právní řád (buť v jeho širším vymezení), a nikoli o osobní úvahy o spravedlnosti v konkrétním případě.²¹⁴

P. Pescatore popisuje postup analogie tak, že spočívá v přenesení právního řešení na podobnou skutkovou podstatu, která není právem upravena. Současně uvádí, že jeho

²¹¹ Zde lze však uvažovat, zda se analogie nemá primárně týkat případů absence právní úpravy, neboť na případy neuspokojivého právního následku spíše dopadá řešení prostřednictvím teleologické redukce.

²¹² Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. rozšířené a doplněné vydání. Bratislava: EUKÓDEX, 2013, s. 205.

²¹³ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. 3. vydání. Edice Thémis. Presses Universitaires de France, s. 244.

²¹⁴ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 1. *Méthodologie de l'interprétation juridique*. 2. *Méthodologie de l'application du droit*. 3. vydání. Brusel: Larcier, 2009, s. 416–417.

podmnožinou je též argument *a fortiori*. Aplikace analogie pak předpokládá podobnost situací ve dvou ohledech: jednak z pohledu faktického stavu, jednak z pohledu cíle sledovaného právní úpravou. Zvážení *ratio legis* je tak základem analogie (*Ubi eadem ratio, ibi idem ius*). Analogie představuje pro P. Pescatorea „prodloužení“ platného právního řádu, díky kterému je možno udržovat právní systém v harmonii. Současně však varuje, že se musí postupovat obezřetně a podobnost situací se nesmí brát jako záminka pro rozšíření aplikace pravidel na případy, na které nejsou mířeny.²¹⁵

V. Champeil-Desplats o argumentaci analogií uvádí, že závaznost závěrů získaných tímto argumentem je ve francouzské právní teorii tradičně zpochybňována tím, že se jedná o jednu z forem argumentace, která může vést pouze k pravděpodobnostnímu závěru (vedle analogie zde řadí též argumentaci indukci, argument *a contrario* a argument *a fortiori*).²¹⁶ Uvádí, že pro argumentaci analogií je třeba alespoň čtyř prvků (A, B, C, D), z nichž se vytvoří závěr, že „A se má k B“ jako „C se má k D“. Předpokládá se, že je znám vztah mezi prvními dvěma prvky, aby bylo možno učinit závěr, že vztah mezi dalšími dvěma prvky je ekvivalentní, přičemž ekvivalence není dána totožností ale podobností.²¹⁷ Realita, že analogií je dáno pouhé pravděpodobnostní řešení, je dána dvěma faktory, které současně popisují fáze procesu analogie: tím, že nejprve je třeba zvolit relevantní prvky pro porovnání, a dále tím, že následně je třeba uvážit, zda je dána podobnost vztahu.²¹⁸

F. Ost u argumentace analogií rovněž zdůrazňuje skutečnost, že se jedná o argument, který může vždy vést pouze k „pravděpodobné pravdě“. Argument dle jeho názoru vychází z toho, že pokud zákonodárce výslovně právem upravil určitou skutkovou situaci, lze předpokládat, že chtěl vyhradit stejné řešení pro případy, které jsou zásadně podobné. Pravděpodobnost je pak dána tím, že úmysl, který je zde zákonodárci přisuzován, je vždy pouze předpokládaným úmyslem. Z případů právem upravených se abstrakcí a indukci dovodí obecný motiv. Dovodí se, že právem upravená a aktuálně řešená situace (právem neupravená) spadají pod stejný motiv, a vyjde se z předpokladu racionálního zákonodárce: racionální zákonodárce nechtěl regulovat odlišně skutkově podobné případy.²¹⁹

Výše uvedené přístupy tedy upravují shodně některé prvky, které jsou pro použití analogie (ve formě analogie *legis*) příznačné:

²¹⁵ Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 346.

²¹⁶ Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016, s. 363–369.

²¹⁷ *Ibid.*, s. 369.

²¹⁸ *Ibid.*, s. 360.

²¹⁹ Ost, F. *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*. In: van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 121–122.

- prvky chránící princip dělby moci a právní jistotu adresátů právních norem, tedy směřující na ověření předpokladů užití analogie (tedy prvky uznávající, že v některých oblastech či konkrétních případech nelze analogii vůbec užít),
- prvky směřující na nalezení vhodného ustanovení právního předpisu, které je z hlediska hypotézy v něm obsažené právní normy, nejbližší řešenému právem neupravenému případu, a zejména posouzení jejich podobnosti, resp. totožnosti využitelnosti zákonodárcem aprobovaného účelu v případě právem upraveném na případ právem neupravený.

5.1. Ověření předpokladů

Ověřením předpokladů je míněno to, zda vůbec může orgán aplikující právo o užití analogie v konkrétním procesu aplikace práva uvažovat. Předpokladem je zde ověření jednak toho, zda právem neupravený případ nespadá do oblasti, v níž nelze vůbec analogie užít (tyto případy pro účely této práce označíme jako *blokové zákazy*), jednak toho, zda zákonodárce nevyloučil svým vyjádřením užití analogie v konkrétním případě, byť v oblasti práva jinak analogii otevřeně (jde zde tedy o to identifikovat, zda se jedná o mezeru v zákoně, která je *vyplnitelná* dotvářením práva).

5.1.1. Blokované zákazy

Blokované zákazy představují právní oblasti, v nichž je užití analogie obecně nepřípustné. Na vymezení blokovaných zákazů v odborné veřejnosti panuje na první pohled alespoň na doktrinální teoretické úrovni shoda a často zákaz užití analogie vyplývá přímo z ústavního práva. Případy blokovaných zákazů, tedy oblastí, v nichž je užití analogie nepřípustné, jsou následující:

- trestní právo hmotné (který je judikaturou rozšiřován též na oblast správního práva trestního), pokud by šlo o užití analogie v neprospěch pachatele, což vyplývá na ústavní úrovni z článku 39 Listiny, z něž vyplývá, že jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit,
- kompetence a pravomoci orgánu veřejné moci, což vyplývá z článku 2 odstavec 3 Ústavy, stejně jako z článku 2 odstavec 2 Listiny, v nichž se uvádí, že státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví,
- oblast daní a poplatků, což vyplývá z článku 11 odst. 5 Listiny, v němž se uvádí, že daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona.

Jak si ukážeme dále, v právní praxi se lze setkat i s názory, že analogie je nepřipustná též v případě, kdy by jí měla být omezována ústavně garantovaná práva a svobody a dále též v případech, kdy má být na základě analogie vydáno konstitutivní rozhodnutí.

5.1.1.1. Trestní právo a judikатурní praxe

Zákaz analogie pro oblast trestního práva hmotného v neprospěch pachatele (*in malam partem*) lze pozitivně právně dovodit z následujících pramenů práva:

- Článek 7 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod: „*Nikdo nesmí být odsouzen za jednání nebo opomenutí, které v době, kdy bylo spácháno, nebylo podle vnitrostátního nebo mezinárodního práva trestným činem. Rovněž nesmí být uložen trest přísnější, než jaký bylo možno uložit v době spáchání trestného činu.*“
- Článek 39 Listiny: „*Jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit.*“
- § 12 trestního zákoníku: „*Nikdo nesmí být odsouzen za jednání nebo opomenutí, které v době, kdy bylo spácháno, nebylo podle vnitrostátního nebo mezinárodního práva trestným činem. Rovněž nesmí být uložen trest přísnější, než jaký bylo možno uložit v době spáchání trestného činu.*“

Výše uvedená ustanovení pozitivního práva jsou vyjádřením zásady *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Pro oblast trestního práva hmotného tak výše uvedené právní předpisy stanoví kategorickou výhradu zákona, kterou se zdůrazňuje výrazné posílení principu právní jistoty adresátů právních norem, čímž se bere v potaz, že hrozí-li se adresátům právních norem těmi nejpřísnějšími opatřeními, která právní řád připouští, je třeba, aby s těmito právními normami byli jejich adresáti předem seznámeni. Často se hovoří rovněž o atributech této zásady zdůrazňujících dominanci zákona jako výhradního pramene práva (atribut *nullum crimen / nulla poena sine lege scripta*), nutnost určitosti zákona (atribut *nullum crimen / nulla poena sine lege certa*), požadavek na zohlednění zákona jako primárního objektu interpretace a vyloučení extralegálních prvků, kam lze zařadit právě i zákaz analogie v neprospěch pachatele *stricto sensu* (atribut *nullum crimen / nulla poena sine lege stricta*) a konečně zákaz retroaktivity (atribut *nullum crimen / nulla poena sine lege praevia*).²²⁰

²²⁰ Jelínek, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 5. vydání Praha: Leges, 2016, s. 29.

Analogie v neprospěch pachatele je zakázána jednak pokud jde o rozšiřování podmínek trestní odpovědnosti, jednak pokud jde o druh, výši a podmínky ukládání trestů a ochranných opatření.²²¹

Ačkoli se na první pohled může jevit, že zákaz analogie v neprospěch pachatele je alespoň z teoretického pohledu vymezen poměrně jasně, mohou nastat situace, kdy tento zákaz může v praxi činit potíže. Lze uvést příkladem následující dvě situace:

- případy, kdy trestní zákoník obsahuje blanketové normy nebo odkazující ustanovení,
- případy, kdy interpret zaměňuje hranice mezi extenzivním výkladem a analogií.

V případě blanketových norem a odkazujících ustanovení trestní zákoník sám (tedy tomu určeným právním předpisem v odpovídající právní síle) neupravuje konkrétně skutkovou podstatu vyčerpávajícím způsobem a odkazuje přitom na jiný právní předpis (někdy dokonce i předpis nižší právní síly). Reguluje-li zákonodárce přímo skutkovou podstatu vyčerpávajícím způsobem přímo v trestním zákoníku, je tím zpravidla naplněn požadavek určitosti vymezení trestného činu, neboť zákonodárce si zpravidla při trestněprávní regulaci uvědomuje nutnost postupovat v souladu se zásadou *nullum crimen/nulla poena sine lege certa*.²²² Nicméně v případě přijetí či novelizace právních předpisů, k jejichž vydání trestní zákoník zmocňuje anebo na něž odkazuje, již může dojít k tomu, že tyto předpisy nemusí být formulovány dostatečně konkrétně (určitě) a při jejich netrestním použití mohou soudy aplikovat případně i analogii. Vystává pak problém, jak postupovat v případě aplikace daného ustanovení v rámci trestního řízení. Odpověď je nasnadě, v takovém případě není možno bez dalšího, byť jde původem i o normy soukromoprávní, aplikovat tyto normy v rámci trestního řízení způsobem příznačným pro jejich netrestní použití. To vyplývá právě z požadavku čl. 39 Listiny. Nicméně i soudy se mohou občas nechat svést více či méně mechanicky zavedeným přístupem k interpretaci či dokonce dotváření soukromoprávních pravidel. Pokud jde ještě o interpretaci, lze takový přístup tolerovat. Pokud jde o dotváření, takový přístup tolerovat nelze. Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. I. US 69/06 ze dne 12. 10. 2006 dovedl například následující právní větu: „*Pokud má ustanovení § 18 AutZ sloužit jako podklad pro apriorní trestněprávní postih*

²²¹ Srov. např. Jelínek, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. 5.* vydání Praha: Leges, 2016, s. 64, či shodně Šámal, P., Gřivna, T., Herczeg, J., Kratochvíl, V., Púry, F., Rizman, S., Šámalová, M., Válková, H., Vanduchová, M. *Trestní zákoník. 2.* vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, s. 1.

²²² Byť samozřejmě existují též relativně abstraktní skutkové podstaty, např. skutková podstata trestného činu zkrácení daně („*Kdo ve větším rozsahu zkrátí daň, ...*“) či část skutkové podstaty trestného činu obecného ohrožení („*...vydá lidi v nebezpečí...*“), u nichž však lze předpokládat, že zákonodárce vědomě přenechal jejich konkrétní vymezení na judikatuře, ačkoli i zde může být předvídatelnost práva snížena.

*a vyplnit dispozici blanketní normy § 270 TrZ, musí být natolik přesné a ve svých důsledcích předvídatelné, aby bylo dostatečným vodítkem pro chování svých adresátů.*²²³

Obdobně mohou nastat, a i nastávají spory o to, zda se v daném případě jedná o extenzivní výklad či o analogii. Ostatně, jak jsme uvedli již v druhé části této disertační práce, nepřesnost vymezení extenzivního výkladu a analogie v trestněprávní nauce má bohužel v České republice určitou tradici. Teoreticky je tedy všechna odborná literatura zajedno v tom, že připouští v pro oblast trestního práva extenzivní výklad, zatímco analogie (jak vyplývá z této části práce) zůstává striktně zapovězena. Nicméně podstata problému tkví v tom, jakým způsobem konkrétně vymežit extenzivní výklad a jakým analogii. No a konečně dalším problémem je, jak přistoupit k argumentu *a fortiori*, který je svojí povahou logický („*pokud je zakázáno ublížit na zdraví, tím spíše je zakázáno zabít*“), avšak fakticky se spíše jedná o dotváření práva a podmnožinu analogie.

Případem, na němž lze ilustrovat výše uvedené problémy, se zabýval Nejvyšší soud například ve svém usnesení sp. zn. 6 Tdo 974/2017 ze dne 24. 8. 2017. Nejvyšší soud zde řešil případ obviněného, který byl uznán vinným přečinem maření výkonu úředního rozhodnutí podle § 337 odst. 1 písm. b) trestního zákoníku, jehož se měl dopustit tím, že pobýval na území České republiky v době, kdy mu byl uložen trest vyhoštění. Obviněný argumentoval tím, že na území pobýval legálně navzdory uloženému trestu vyhoštění, neboť ustanovení § 87y zákona o pobytu cizinců v rozhodné době stanovilo, že rodinný příslušník občana Evropské unie je oprávněn po podání žádosti o přechodný pobyt pobývat na území až do nabytí právní moci rozhodnutí o jeho žádosti s tím, že po tuto dobu se jeho pobyt považuje za oprávněný, což dle citované úpravy neplatilo pouze tehdy, pokud bylo vydáno pravomocné rozhodnutí o správním vyhoštění, o ukončení přechodného pobytu nebo o zrušení trvalého pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie, nebo pokud se jedná o opakovaně podanou žádost. Jinými

²²³ Stěžovatel byl v tomto případě odsouzen pro trestnou činnost spočívající v tom, že jako provozovatel sportovního baru pouštěl v této své provozovně televizi, zejména sportovní přenosy, a dále též rádio jako zvukovou kulisu beze smlouvy s příslušnými kolektivními správci autorských práv, čímž porušoval normy autorského práva. Stěžovatel se dovolával § 18 odst. 3 autorského zákona, který zněl: „*Sdělováním díla veřejnosti není pouhé provozování zařízení umožňujícího nebo zajišťujícího takové sdělování.*“ Stěžovatel zastával argumentaci, že jazykově nelze toto ustanovení interpretovat jinak, než že pouhým spuštěním televizního nebo rozhlasového přijímače, vysílajícího program naladěné stanice, ke sdělování díla veřejnosti nedochází. Stěžovatel argumentoval, že pokud byl úmysl zákonodárce jiný, než jak jej interpretuje stěžovatel, nedošlo k jeho adekvátnímu vyjádření, což nelze napravovat výkladem, a že jednal v přesvědčení, že autorský zákon dodržuje. Ústavní soud však dospěl k závěru, že takováto interpretace by byla mechanická, prováděná bez uvážení kontextu, smyslu a účelu autorského zákona a že nelze námitce stěžovatele přisvědčit. V předmětném případě tedy Ústavní soud uvedl, že při zohlednění smyslu zákona a kontextu právní úpravy, interpretace musela stěžovatele vést k tomu, že „pouhým provozováním“ se nemíní případ pouhého provozování televízoru ale jiný případ (konkrétně poskytování služby formou technického zabezpečení jinému). To však nic nemění na tom, že pokud by se nejednalo o případ interpretace, ale o případ, kdy by byla norma dotvářena, k takovému použití by dojít nemohlo.

slovy, v dané době zde nebyla uvedena jako negativní podmínka „rozhodnutí o trestním vyhoštění“, a proto obviněný argumentoval, že jeho pobyt na území byl oprávněný. Obviněný se domníval, že § 87y zákona o pobytu cizinců byl soudy vyložen nepřipustně analogií k jeho tíži (*per analogiam iuris in malam partem*). Nejvyšší soud nejprve správně citoval skutkovou podstatu trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a konstatoval, že trestný čin je v tomto případě definován již tím, že „*pachatel maří nebo podstatně ztěžuje výkon rozhodnutí soudu nebo jiného orgánu veřejné moci tím, že zdržuje se na území České republiky, ačkoli mu byl uložen trest vyhoštění nebo bylo rozhodnuto o jeho správním vyhoštění.*“ Jinými slovy, trestní zákoník neodkazuje, pokud jde o znaky skutkové podstaty, na jiné právní předpisy. Z pohledu formulace skutkové podstaty je tak zjevné, že trestní zákoník shledává trestným pobyt cizince na území republiky za situace, kdy existuje pravomocné a vykonatelné rozhodnutí, jehož smyslem je zabránění dalšímu pobytu v něm konkrétně označené osoby na území státu, bez ohledu na to, zdali sankce mu takovým rozhodnutím orgánu veřejné moci uložená je důsledkem jeho trestní či správní odpovědnosti. Jinými slovy, z hlediska naplnění skutkové podstaty trestného činu nebyla interpretace § 87y zákona o pobytu cizinců relevantní. Současně však Nejvyšší soud připustil následující: „*S obviněným by bylo lze souhlasit v jednom, a to v té části námítky, že by se přičilo zásadě zákonnosti (zásadě obecné), mající svůj základ v čl. 39 Listiny základních práv a svobod, resp. zásadě zákazu analogie trestního zákona k tíži pachatele (zásadě specifické), pokud by jeho vina spočívala na analogickém užití zákona jiného právního odvětví – analogii práva (analogia iuris in malam partem). K takovému závěru ovšem dojít nelze.*“ Tím je praxí potvrzena též výše uvedená teze, že nelze analogii užít v případech, kdy odkazuje trestněprávní norma na ustanovení jiného právního odvětví, byť v mimotrestní oblasti je daná norma analogicky interpretována. Dále se Nejvyšší soud zabýval otázkou protiprávnosti jako znaku trestného činu. To pramení z toho, že ačkoli Nejvyšší soud dospěl k závěru, že skutková podstata trestného činu (resp. typové znaky trestného činu) neužívá odkazu na jiné ustanovení právního řádu než trestní zákoník, znakem trestného činu musí být též protiprávnost ve smyslu rozporu činu pachatele s právem z pohledu celého právního řádu. A zde právě obviněný namítal, že nemůže přeci platit, že zákon o pobytu cizinců prohlašuje jeho pobyt za oprávněný (i za situace s uloženým trestem vyhoštění) a současně může být jeho pobyt považován též na neoprávněný, tedy v rozporu se zákonem. V této souvislosti Nejvyšší soud uvedl: „*Pokud tedy základní předpoklad trestní odpovědnosti, tj. protiprávnost zmiňovanou v § 13 odst. 1 tr. zákoníku, je nutno řešit s oporou o znění mimotrestních předpisů, je třeba si v situaci namítané obviněným položit otázku, zda v jím vyložených souvislostech možno hovořit o analogické aplikaci mimotrestní normy v souvislosti*

s řešením otázky jeho viny. Podle názoru dovolacího soudu tomu tak není. Jde totiž o oblast, kterou trestní zákoník ponechává k úpravě jiným zákonům (netrestní povahy). Není zde proto ona mezera v zákoně (míněno trestním zákoně), již by bylo třeba cestou analogického užití jiného, tj. mimotrestního zákona vyplnit. Za daného stavu je třeba dovodit, že ze strany soudů nižších stupňů – při posouzení otázky protiprávnosti činu, coby základu následné trestnosti stanovené trestním zákoníkem – nedošlo k nedovolené analogii v neprospěch obviněného, ale k dovolenému extenzivnímu výkladu dané mimotrestní normy, jenž zásadě zákonnosti vyhovuje, neboť podstata právní regulace v normě obsažená i při tomto výkladu ještě zůstává zachována.“

Následně Nejvyšší soud dovodil, že v daném případě se při zkoumání znaku protiprávnosti z pohledu § 87y zákona o pobytu cizinců jednalo o logický výklad založený na *argumentum a fortiori* v podobě *a minore ad maius*, tedy je-li totiž protiprávním pobyt cizince, jemuž byla uložena sankce správního vyhoštění, pak musí být tím spíše shledán protiprávním i pobyt toho, komu byl pravomocně uložen trest vyhoštění. Na základě tohoto argumentu tedy Nejvyšší soud dovodil, že ustanovení § 87y zákona o pobytu cizinců, byť se zmiňuje pouze o „správním vyhoštění“, je třeba interpretovat jako zahrnující též „trest vyhoštění“. Tuto část rozhodnutí však lze považovat již přinejmenším za částečně spornou, neboť vyjdeme-li z vymezení hranice mezi interpretací a dotvářením tak, že interpretace je nejširší možný jazykový význam pojmu, zatímco dotváření je již přiřazování významu za hranicí nejširšího jazykového významu, je evidentní, že pod pojem „rozhodnutí o správním vyhoštění“ by nikdo „trestní vyhoštění“ nepodřadil. Ačkoli – na jednu stranu – by patrně většina čtenářů citovaného ustanovení v rámci jeho kontextu dospěla k závěru, že pokud fikce oprávněnosti pobytu neplatí pro správní vyhoštění, tím spíše by neměla platit pro trestní vyhoštění – při uvedeném vymezení dotváření práva založeném na třech oblastech pojmu a kritérium konvenčního užití slovního pojmu by se o dotváření práva jednalo. Pokud podle nauky o třech oblastech pojmu je argument *a fortiori* nástrojem dotváření práva a pokud současně, jak bude uvedeno v jiné části této práce, jej lze považovat fakticky za podmnožinu argumentu *per analogiam*, pak by se jednalo v zásadě o nepřipustné dotváření práva. V odborné literatuře – a jak patrně též z citovaného rozhodnutí – je však argument *a fortiori* vnímán spíše jako prostředek výkladu.²²⁴ Jakkoli může být *argumentum a fortiori* použito i ve prospěch pachatele, vzhledem k tomu, že jej považují za

²²⁴ Tak například V. Kratochvíl jej nekriticky uvádí v učebnici trestního práva hmotného jako argument logického výkladu: „Je-li trestní pomoc či pohnutí k sebevraždě, tím spíše bude trestné i její organizování; výklad *per argumentum a minore ad maius* (od menší „pomoci“, „návodu“/pohnutí k většímu „organizátorství“). Argumentem *a maiore ad minus* by naopak odůvodnilo beztrestnost nedbalostního ublížení na zdraví, nebylo-li důsledkem porušení důležité povinnosti (od většího), ale jen běžné povinnosti (k menšímu).“ (Kratochvíl, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 147). Obdobně Jelínek, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 5. vydání Praha: Leges, 2016, s. 62.

podnož analogie (resp. za jednu z úvah založenou na analogii nikoli na výkladu), jeví se mi jeho použití v oblasti trestního práva, zejména ve formě *a minore ad maius*, která bude typicky spojena s rozšiřováním trestní odpovědnosti (na základě úvahy, pokud je zakázáno něco o určité intenzitě, mělo by být zakázáno i něco o intenzitě vyšší), přinejmenším sporné. Současně však Nejvyšší soud má v rozhodnutí ještě jednu argumentační pojistku, a to sice tu, že prohlašuje, že v daném případě by se nejednalo o dotváření práva v souvislosti s otázkou viny (vlastní vymezení skutkové podstaty trestného činu), ale o otázku protiprávnosti, v níž – jak se zdá – Nejvyšší soud dotváření práva pro účely konstatování protiprávnosti jako znaku založeného též mimotrestní normou připouští.

Pro úplnost lze připomenout, že analogie ve prospěch pachatele (*in bonam partem*) je v oblasti trestního práva obecně přípustná. Tradičně se přípustnost analogie připouští například při posuzování okolností vylučujících protiprávnost.²²⁵ Dalším příkladem mohou být rozhodnutí Nejvyššího soudu²²⁶ z období účinnosti trestního zákona z roku 1961, v nichž Nejvyšší soud dovodil, že zákonná fikce podle níž, že se na pachatele, kterému byl uložen trest obecně prospěšných prací a který tento trest vykonal, hledí, jako by nebyl odsouzen, nastane i tehdy, když pachatel vykonal trest obecně prospěšných prací až poté, kdy již bylo rozhodnuto o přeměně tohoto trestu na trest odnětí svobody a došlo k započtení takto vykonaného trestu obecně prospěšných prací do nařízeného trestu odnětí svobody. Nejvyšší soud v tomto případě zdůraznil, že zákonem vymezené hledisko zahlazení odsouzení v případě trestu obecně prospěšných prací je vázáno na jedinou skutečnost, a to vykonání trestu. Tímto se u tohoto alternativního druhu trestu důsledně uplatňuje jeho především výchovný účel. Současně platí, že i když je rozhodnuto o přeměně trestu, pořád má obviněný ještě před nástupem trestu odnětí svobody šanci trest obecně prospěšných prací vykonat a tím trest odnětí svobody odvrátit. Učiní-li tak, je to dle názoru Nejvyššího soudu v souladu s účelem ustanovení o zahlazení odsouzení, neboť to stanoví pro zahlazení odsouzení jedinou podmínku, a to sice, že trest obecně prospěšných prací byl vykonán.²²⁷

²²⁵ „Není v rozporu se zásadou *nullum crimen sine lege stricta*, jestliže jsou okolnosti vylučující protiprávnost analogicky rozšiřovány, neboť se tím zužují podmínky trestní odpovědnosti. Jedná se tak o dovolenou analogii *in bonam partem* (ve prospěch pachatele).“ (Šámal, P., Grivna, T., Heczeg, J., Kratochvíl, V., Púry, F., Rizman, S., Šámalová, M., Válková, H., Vanduchová, M. *Trestní zákoník*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, s. 383.).

²²⁶ Srov. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 1430/2009 ze dne 1. 12. 2010 či usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 7 Tz 138/98 ze dne 23. 10. 1998.

²²⁷ „Má se tedy i v takovémto případě za to, že byl splněn účel trestu obecně prospěšných prací, jak vyplývá z ustanovení § 23 tr. zák., a bylo dosaženo požadavku na to, že si obviněný, byť dodatečně, uvědomil nesprávnost svého jednání, což svědčí o jeho snaze po nápravě. Skutečnost, že se tak stalo až v důsledku konkrétní hrozby výkonem nepodmíněného trestu odnětí svobody, však podle přesvědčení Nejvyššího soudu (když odvolací soud a státní zástupce jsou jiného názoru) nemůže být z hlediska zahlazení podle § 45a odst. 5 tr. zák. považována za

Na tomto případě je možno názorně ilustrovat proces analogie v provedení Nejvyššího soudu. Nejvyšší soud řeší dvě skutkově podobné situace:

- *Situace A*: Případ, kdy je pachatel odsouzen k trestu obecně prospěšných prací a vykoná je, zákon výslovně upravuje a spojuje jej s následkem zahlazení odsouzení.
- *Účel právní normy definovaný pro regulaci situace A*: Výchovný účel trestu obecně prospěšných prací, který je teprve až následně, pokud obviněný zaviněně neplní podmínky u tohoto druhu trestu stanovené, nahrazen (přeměněn) trestem odnětí svobody.
- *Situace B*: Případ, kdy je pachatel odsouzen k trestu obecně prospěšných prací a tyto práce vykoná až tehdy, kdy soud rozhodne o přeměně trestu obecně prospěšných prací na trest nepodmíněného odnětí svobody a o zápočtu.

Výše uvedené tři prvky jsou výchozí pro analogickou úvahu, byť ani ony nejsou dány samy o sobě, ale jsou spojeny již s dříve provedeným dokazováním (zjišťováním skutkového stavu, tedy *situace B*) a interpretací právní normy, která reguluje nejbližší případ (právní norma regulující *situaci A*), a především s definicí účelu dané právní normy.

Poté, co jsou definovány výše uvedené tři prvky, měl by soud učinit následující úvahy:

1. Je skutečně *situace B* neupravena zákonem (resp. jde o vyplnitelnou mezeru v zákoně *in concreto*)?

Zde je trochu s podivem, že se Nejvyšší soud nezabýval příliš detailně touto otázkou. Nejvyšší soud totiž i po přeměně trestu obecně prospěšných prací na trest odnětí svobody (než na něj pachatel nastoupí) nadále uvažuje o daném trestu jako o trestu obecně prospěšných prací, díky čemuž *nalézá* (být někdo by mohlo dokonce říct *vytváří*) mezeru v zákoně pro dva případy vykonání trestu obecně prospěšných prací („před přeměnou“ a „po přeměně“). Nicméně, lze si klást otázku, zda něco bránilo soudu naopak říct: poté, co je trest přeměněn na trest odnětí svobody, jedná se o uložený trest odnětí svobody a ten má tomu odpovídající úpravu zahlazení odsouzení. Jedná se v daném případě skutečně o neregulovaný případ nebo o případ, který je právem fakticky upraven, ale naopak dochází k teleologické redukci ustanovení o přeměně trestu na trest odnětí svobody a následnému dotvoření práva analogií prostřednictvím pravidla o zahlazení odsouzení pro trest obecně prospěšných prací?

2. Jsou *situace A* a *situace B* ze skutkového pohledu obdobnými?

Obě situace jsou obdobnými, neboť v obou případech byl pachatelům uložen trest obecně prospěšných prací a v obou případech byl vykonán. *Rozdíl* spočívá v tom,

podstatnou či rozhodující a nelze o ni opírat úvahu, že zahlazení proto nepřichází do úvahy.“ (Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12. 1. 2010, sp. zn. 8 Tdo 1430/2009).

že v jednom případě jej pachatel vykonal dobrovolně předtím, než mu bezprostředně hrozil nástup do výkonu trestu odnětí svobody, zatímco v druhém až pod bezprostřední hrozbou nástupu do výkonu trestu odnětí svobody.

3. Lze vztáhnout účel (záměr zákonodárce) definovaný pro regulaci situace A též na situaci B?

Zde se nachází skutečně stěžejní okamžik celého procesu analogie, kdy soud začne situace poměřovat, tedy konkrétně poměří relevanci *rozdílu* ve vztahu k *účelu*. Čím méně bude *rozdíl* relevantní k účelu sledovanému regulací (tj. z pohledu *účelu* bude skutečnost představující *rozdíl* nevýznamná, nijak se *účelu* nedotýkající), tím spíše bude analogie nacházet uplatnění, naopak čím více bude *rozdíl* k *účelu* relevantní (tj. skutečnost představující *rozdíl* bude významná a bude se dotýkat či zasahovat do *účelu*), tím méně bude analogie nacházet uplatnění. Tím, že soud zde jako účel akcentoval *vykonání trestu a výchovný účel trestu*, mohl dospět k závěru, že „skutečnost, že se tak stalo až v důsledku konkrétní hrozby výkonem nepodmíněného trestu odnětí svobody, (...) nemůže být z hlediska zahlazení odsouzení (...) považována za podstatnou či rozhodující a nelze o ni opírat úvahu, že zahlazení proto nepřichází do úvahy.“²²⁸ Nutnost postupovat analogicky ve skutkově obdobných případech, u nichž nejsou relevantní rozdíly a na něž lze vztáhnout totožný účel, je pak dovozována též z principu rovnosti (to v citovaném rozhodnutí Nejvyšší soud dovodil slovy „*smyslem ustanovení (...) je zaručit stejné podmínky všem odsouzeným k trestu obecně prospěšných prací, pokud bez ohledu na jiné okolnosti vykonali obecně prospěšné práce ve stanoveném rozsahu tak, jak byly soudem uloženy a ve vykonávacím řízení konkretizovány...*“²²⁹). Dle názoru Nejvyššího soudu by totiž opačný výklad (tj. v případě, že k vykonání prací dojde až po přeměně trestu obecně prospěšných prací na trest odnětí svobody, k zahlazení odsouzení již nedojde) byl naopak analogií v neprospěch pachatele: „... *takovýto výklad by byl nepřipustnou analogií v neprospěch obviněného, protože zákon takovou vylučovací podmínku v ustanovení § 45a odst. 5 tr. zák. nestanoví. Také nelze vyloučit, že by mohl vést k znevýhodnění těch pachatelů, u nichž by soudy reagovaly na jejich nesplněné povinnosti rychle, a tudíž včas a bez průtahů nařídily přeměnu podle § 45a odst. 4 tr. zák., od těch, u nichž takto rychle postupováno nebylo a oni si dodatečně uvědomili všechny okolnosti, a přestože po lhůtě stanovené zákonem, trest obecně prospěšných prací vykonali. Neboť u první skupiny by*

²²⁸ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12. 1. 2010, sp. zn. 8 Tdo 1430/2009.

²²⁹ Ibid.

fikce ve smyslu § 45a odst. 5 tr. zák. nepřicházela do úvahy, zatímco u druhé skupiny by se na tyto pachatele jako na neodsouzené hledělo.“

Pokud jde o trestní právo procesní, pak zde je analogie obecně přípustná a často je tak soudy i užívána, a to zpravidla ve prospěch obviněného. Pokud se hovoří o obecně přípustné analogii v oblasti trestního práva procesního, míní se tím, že analogie je přípustná i v neprospěch obviněného. Druhým dechem je však třeba dodat, že ze systematiky právního řádu (zejména s ohledem na ústavně garantovaná práva a svobody) určitá omezení vyplývají. To připouští rovněž odborná literatura²³⁰ a rovněž judikturní praxe, která kromě omezení ústavně garantovanými právy a svobodami hovoří též o nepřípustnosti v případech, kdy by „*docházelo ke zhoršování právního postavení obviněného*“, jak si ukážeme na pozdějším příkladu uvedeném v této práci. Po doplnění tohoto finálního korektivu (tedy, že nesmí docházet ke zhoršování právního postavení obviněného) se však nabízí otázka, na kolik případů uplatnění analogie v neprospěch obviněného po doplnění ještě této výjimky zůstane prostor. Široce tradovaný závěr o obecně přípustné analogii v trestním právu procesním je tak do značné míry zkratkovitý a matoucí.

Příkladem analogie v trestním právu procesním je dovození závěru o možném analogickém užití § 61 tr. ř., který umožňuje v rámci trestního řízení obviněnému nebo jeho obhájci povolit navrácení lhůty k podání opravného prostředku, též na případ zmeškání lhůty k odstranění vad obsahových náležitostí odvolání ve smyslu § 251 odst. 1 tr. ř. V tomto případě Nejvyšší soud v usnesení 7 Tdo 347/2010 ze dne 4.7.2010 porovnával důvody (účely), které zákonodárce vedly k možnosti navrátit lhůtu při podání odvolání a zda lze tyto důvody (účely) rozumně vztáhnout též na navrácení lhůty v případě zmeškání lhůty k odstranění vad odvolání. Nejprve musel Nejvyšší soud opět posoudit skutkovou podobnost obou situací, tj. situace, kdy obviněný nebo obhájce nepodají odvolání a mohou dle zákona žádat o navrácení lhůty, se situací, kdy obviněný nebo obhájce sice odvolání podají nicméně ve lhůtě jej nedoplní a zákon o možnosti žádat o navrácení lhůty mlčí („*Analogickou aplikaci ustanovení § 61 tr. ř., které umožňuje obviněnému a jeho obhájci navrácení lhůty k podání opravného prostředku za*

²³⁰ „Z pravidla o obecné přípustnosti analogie však existují výjimky, a to všude tam, kde se zákon nepřípustnosti analogie přímo dovolává. Použití analogie je nepřípustné ve všech případech, kdy dochází k zásahu do ústavně zaručených práv a svobod, proto pomocí analogie není možné rozšiřovat důvody pro vzetí do vazby, podmínky domovní a osobní prohlídky, odposlechy a záznam telekomunikačního provozu apod.“ (Jelínek, J. a kol. *Trestní právo procesní*. 5. vydání Praha: Leges, 2018, s. 72). „Analogie je v trestním řízení vyloučena jen tam, kde z povahy určitého ustanovení vyplývá opak. Taková jsou například ustanovení, která připouštějí zásahy do základních lidských práv a svobod (...) či která zakládají určité přesně vymezené pravomoci orgánů činných v trestním řízení (...), a vůbec taková ustanovení, z jejichž povahy vyplývá, že zákon nepřipouští, aby jejich podmínky byly analogicky rozšiřovány na obdobné případy.“ (Fenyk, J., Císařová, D., Gřivna, T. a kol. *Trestní právo procesní*. 7. vydání. Praha: Wolter Kluwer ČR, 2019, s. 43).

situace, kdy v ustanovení § 251 tr. ř. není řešena otázka navrácení lhůty k odstranění vad obsahu odvolání, lze připustit, protože jde o aplikaci ustanovení, které dopadá na případ nejpodobnější případu zákonem (trestním řádem) neupravenému.“). Následně zvažuje, zda je účel navrácení lhůty pro podání opravného prostředku přenositelný rovněž na situaci zmeškání lhůty pro doplnění odvolání a dovozuje kladnou odpověď za pomoci argumentu *a fortiori* („Jestliže zákon umožňuje z důležitých důvodů (a za splnění dalších podmínek) navrácení lhůty k samotnému podání odvolání, tak tím spíše není vyloučeno použít analogicky tohoto ustanovení na případy, když odvolání bylo dokonce podáno v zákonné lhůtě, avšak v této lhůtě, ani v další lhůtě stanovené ve výzvě podle § 251 odst. 1 tr. ř., nebylo řádně (tj. ve smyslu požadavků vyplývajících z ustanovení § 249 odst. 1 tr. ř.) odůvodněno.“). Konečně Nejvyšší soud zvažuje rovněž míru dotčení principu právní jistoty („Obecná přípustnost použití analogie v trestním právu procesním je pak slučitelná též s tím, že možnost navrácení lhůty stanovené k odstranění vad obsahu odvolání se vztahuje toliko k obviněnému a k jeho obhájci.“).

Jiným příkladem je usnesení Nejvyššího soudu²³¹ umožňující zrušení rozhodnutí o tom, že na odsuzující rozsudek soudu jiného členského státu Evropské unie se hledí jako na odsouzení soudem České republiky, a to za užití analogie ustanovení § 4 odst. 4 zákona č. 269/1994 Sb., o Rejstříku trestů, ve znění pozdějších předpisů, pokud současně bylo rozhodnuto českými soudy o uznání odsuzujícího rozsudku soudu jiného členského státu Evropské unie na území České republiky. Jednalo se o nedokonalost zákona o Rejstříku trestů, která by čistě podle jazykového hlediska vedla k tomu, že určitá osoba by mohla mít v Rejstříku trestů vedeny dva záznamy o trestném činu vztahující se k jednomu protiprávnímu jednání (jednou na základě návrhu ministerstva spravedlnosti podle ustanovení § 4a odst. 3 zákona o Rejstříku trestů, podruhé na základě rozhodnutí o uznání rozsudku tentokrát podle ustanovení § 4 odst. 1 písm. a) zákona o Rejstříku trestů). Nejvyšší soud dovodil, že v tomto případě je třeba postupovat analogicky podle postupu, který byl předepsán v případě, že by taková duplicita hrozila v případě zápisů v důsledku rozsudků vydaných zeměmi mimo Evropskou unii (tj. pro případ rozsudků ze zemí mimo EU byl postup předepsán, zatímco pro případ rozsudků ze zemí EU nikoli).²³² Jedná se o jednoduchý nekonfliktní případ užití analogie, neboť

²³¹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 3.1.2018, sp. zn. 11 Tcu 24/2017.

²³² „I když se současná úprava ustanovení § 4 odst. 4 zákona o Rejstříku trestů nevztahuje na odsouzení soudem jiného členského státu Evropské unie (srov. § 4 odst. 2, 3 tohoto zákona), a v předmětné věci jde o odsouzení soudem Spolkové republiky Německo (tedy členského státu Evropské unie), lze v posuzované věci aplikovat postup podle analogie § 4 odst. 4 zák. č. 269/1994 Sb., který upravuje možnost zrušení předchozího rozhodnutí o zaznamenání údajů o jiném odsouzení občana České republiky, osoby bez státní příslušnosti, která má na jejím území povolen trvalý pobyt, nebo právnické osoby cizozemským soudem podle odst. 2 nebo 3 tohoto ustanovení, jehož smyslem je zamezení situací, kdy by v rejstříku trestů bylo jedno odsouzení zapsáno dvakrát. Vzhledem k tomu, že v posuzované věci došlo k situaci, kdy je u odsouzeného v evidenci Rejstříku trestů vykazováno dvakrát

v předmětném případě je zcela zjevné, že se jedná o protiplánovitou neúplnost právního řádu (respektive, že si nelze představit situaci, že by racionální zákonodárce vědomě chtěl, aby v případě odsouzení českého občana soudem ze třetí země bylo vykazováno odsouzení v Rejstříku trestů jednou, zatímco v případě odsouzení soudem z jiného členského státu Evropské unie bylo totéž rozhodnutí evidováno dvakrát), přičemž současně není dotčen princip právní jistoty. Na druhou stranu lze však oponovat v tom smyslu, že orgán aplikující právo si zde fakticky osobuje právo pravomoc zrušit určité rozhodnutí, na což může být zase nahlíženo jako na postup v rozporu se zásadou enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí (resp. v rozporu s blokovým zákazem týkajícím se vymezení kompetencí orgánů, jak bude uvedeno dále).

Poměrně zvláštní (a metodologicky patrně nesprávný) případ užití analogie představuje judikatura týkající se analogické aplikace ustanovení § 11 odst. 1 písm. m) [dříve písm. j)] tr. ř., z něhož vyplývá, že trestní stíhání musí být zastaveno, stanoví-li tak vyhlášená mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána. Objevila se rozhodnutí, podle nichž toto ustanovení má být *per analogiam* aplikováno i v případech, kdy trestní stíhání trvá nepřiměřeně dlouhou dobu, neboť další pokračování by bylo v rozporu s právem na spravedlivý proces podle článku 6 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práva základních svobod. Jiná rozhodnutí Nejvyššího soudu v tomto ohledu však zjevně správně upřednostňují zastavení trestního stíhání v těchto případech s odvoláním přímo na článek 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práva základních svobod (neboť se jedná o bezprostředně závaznou mezinárodní smlouvu s předností před zákonem), zatímco užití § 11 tr. ř. *per analogiam* nepovažují za příléhavé.²³³

Konečně v rovině ústavních deliktů lze zmínit též použití analogie *in bonam partem*, pokud jde o důvody zastavení řízení o ústavní žalobě Senátu Parlamentu České republiky proti prezidentu republiky, a to konkrétně na případ zániku funkce prezidenta republiky uplynutím doby, na kterou byl zvolen.²³⁴

totéž odsouzení soudem jiného členského státu Evropské unie, dospěl Nejvyšší soud k závěru, že takový nežádoucí stav je nutno odstranit analogickou aplikací citovaného ustanovení. Z uvedených důvodů proto Nejvyšší soud zrušil své usnesení ze dne 10. 8. 2016, sp. zn. 11 Tcu 28/2016.“ (Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 3.1.2018, sp. zn. 11 Tcu 24/2017).

²³³ Šámal, P., Gřina, T., Novotná, J., Půry, F., Růžička, M., Říha, J., Šámalová, M., Škvain, P. *Trestní řád I, II, III*. 7. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2013, s. 197.

²³⁴ Unesení Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 17/13 ze dne 27. 3. 2013, v němž Ústavní soud dovodil: „V případě, že žalované ústavní delikty měly být spáchány před datem 8. 3. 2013, lze absenci výslovné právní úpravy pro postup Ústavního soudu v případě, kdy po podání ústavní žaloby skončí funkce prezidenta uplynutím doby, na kterou byl zvolen, hodnotit jako mezeru v právu, kterou je zapotřebí vyplnit interpretací *per analogiam*. Analogie ve prospěch obviněného (analogia *in bonam partem*) je přípustná, a to i v oblasti práva procesního. V této posuzované věci Ústavní soud pokládá za analogický důvod, srovnatelný s výslovně uvedeným důvodem vedoucím k zastavení řízení v § 98 odst. 2 zákona o Ústavním soudu, též skončení funkce prezidenta uplynutím doby, na kterou byl prezident zvolen.“

Podmínkami dotváření práva cestou analogie v procesním právu trestním se Nejvyšší soud zabýval poměrně rozsáhle ve stanovisku trestního kolegia Nejvyššího soudu České republiky ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 302/2012, které řešilo otázku, zda je možno cestou analogie rozšířit okruh rozhodnutí, u nichž lze povolit obnovu řízení. V rámci citovaného stanoviska došel Nejvyšší soud k závěru, že analogie, a to dokonce ani v procesním právu trestním, není přípustná v následujících případech:

- a) tam, kde zákon příslušnou materii upravuje výslovně taxativním výčtem, a to i *in bonam partem*,
- b) tam, kde by analogickým užitím zákona (při absenci zákonné úpravy) docházelo ke zhoršování postavení obviněného (zákaz analogie *in malam partem*), respektive tam, kde by analogická aplikace trestního řádu prolomila ústavní limity ochrany základních lidských práv a svobod.²³⁵

Zatímco s bodem b) jakožto hranicí pro dotváření práva trestním právu procesním lze souhlasit, s bodem a) to je již složitější. To, zda taxativní výčet automaticky znamená uzavření možnosti dotvářet právo (resp. vědomou mezeru v zákoně) či nikoli, totiž je sporné. Nejvyšší soud vychází především z citace V. Knappa, který uvádí, že „*Analogie je dále nepřístupná tam, kde skutkové podstaty jsou v zákoně vypočítány taxativně atd., naopak se analogie nutně uplatní tehdy, jestliže zákon podává příkladný výčet něčeho.*“²³⁶ Domnívám se však, že takový názor je značně zjednodušující. Právní texty často nejsou formulovány jen na škále „jednoznačně absolutně taxativní výčet“ a „jednoznačně absolutně demonstrativní výčet“. L. Hlouch uvádí, že „*Taxativní výčet je totiž vždy „vnitřně otevřený“ pro dotváření obsahu právních pojmů, které jsou v něm obsaženy. Navíc k jeho „otevření“ může dojít v důsledku účinnosti derogace jinou právní normou na principu lex posterior či lex specialis.*“²³⁷ F. Melzer zase zdůrazňuje, že

²³⁵ Srov. stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu sp. zn. Tpjn 302/2012 ze dne 30. 1. 2013: „*K analogii v trestním právu procesním nelze přistupovat tak jednoduše jako k analogii legis v trestním právu hmotném: tedy tak, že ve prospěch obviněného je přípustná, v jeho neprospěch nikoliv. To by byl přístup poněkud zjednodušený, neboť by nebral v úvahu pro trestní právo procesní takové limity analogické aplikace jeho norem, jako je omezení nepřekročitelným standardem lidských práv a dále i omezení právě taxativními výčty, jimiž zákonodárce vyjadřuje svou vůli, že jen potud, pokud sahá takový výčet, lze právní normu aplikovat. Na jiné případy, byť taxativně upraveným podobné, avšak stojící mimo tento výčet, takovou reglementaci vztahovat nelze, a to ani per analogiam legis... Konečně k argumentaci ministerstva spravedlnosti, že analogie v trestním právu procesním je in bonam partem přípustná, považuje trestní kolegium za potřebné znovu zdůraznit, že analogie v českém trestním právu procesním obecně vyloučena není. Naopak lze poukázat na fakt, že sám zákon s ní počítá, když se jí v některých ustanovení přímo dovolává (např. § 138, § 238 tr. ř.). A dále k tomu srov. Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, s. r. o., 2008, s. 346. Nicméně je vyloučena tam, kde zákon příslušnou materii upravuje výslovně taxativním výčtem, a to i in bonam partem, příp. i tam, kde by analogickým užitím zákona (při absenci zákonné úpravy) docházelo ke zhoršování postavení obviněného (zákaz analogie in malam partem), resp. i tam, kde by analogická aplikace trestního řádu prolomila ústavní limity ochrany základních lidských práv a svobod.“*

²³⁶ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995, s. 173.

²³⁷ Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 146–147.

premisa o taxativním výčtu a zákazu analogie by mohla být pravdivá jen tehdy, pokud by zákonodárce byl srozuměn vždy s absolutně všemi případy, které bude kdy možno projednávat: „... zákonodárce se orientuje jen na typické případy, nikoli případy mimořádné. Pokud tedy teleologické argumenty skutečně výrazně hovoří pro analogickou aplikaci i na jiné případy, pak analogii nestojí nic v cestě... Pokud pouze zákonodárce povšechně stanoví, že určité ustanovení platí jen pro tyto případy a pro žádné jiné, tak z toho vůbec není zřejmé, zda si byl možnosti právě projednávaného případu vůbec vědom.“²³⁸ Za to v učebnicích trestního práva procesního lze najít oba výkladové proudy.²³⁹ Domnívám se, že nestanoví-li zákonodárce v právním textu ještě další omezení nežli pouze uvedením taxativního výčtu, není to samo o sobě dostatečně přesvědčivý argument pro odmítnutí možnosti dotváření práva. S přihlédnutím k množství taxativních výčtů v českém právním řádu se lze totiž domnívat, že i při formulaci taxativních výčtů se zákonodárce o nich vyjadřuje spíše jako o autoritativních případech nežli jako o oněch jediných případech, s nimiž má za cíl spojit právní následek. Ostatně užití spojení naznačujících výhradnost („jen“, „pouze“ apod.) si lze představit i v případě jednotlivých ustanovení, které ani žádný výčet neobsahují. Také se domnívám, že nelze najít opodstatnění pro rozlišování ve smyslu:

(i) Pokud se zákonodárce v zákonném ustanovení vyjádřil jen o jednom skutkovém případě, pak je třeba zkoumat, zda chtěl či nechtěl podrobit regulaci výlučně tento skutkový případ, a pokud nechtěl podrobit regulaci jen tento skutkový případ, je možno uvažovat o analogii.

proti

(ii) Pokud se zákonodárce v zákonném ustanovení vyjádřil výčtem o více skutkových případech, pak není třeba zkoumat, zda chtěl či nechtěl podrobit regulaci výlučně tyto skutkový případ, a analogie je zapovězena.

Jinými slovy, samotný taxativní výčet není indikátorem vědomé mezery v zákoně, jak o ní budeme dále hovořit.

²³⁸ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha, C.H.Beck, 2009, s. 245.

²³⁹ „K závěru, že zákon nepřipouští analogické rozšíření, však nepostačuje pouhý fakt, že s takovým rozšířením nepočítá, neboť pak by analogie nebyla vlastně nikdy možná. Analogii tak za určitých okolností lze rozšířit i taxativní výčet, nezakládá-li se tím kvalitativně zcela nová pravomoc či postup, ale pouze se kvantitativně rozšiřuje jejich použití.“ (Fenyk, J., Císařová, D., Gřivna, T. a kol. *Trestní právo procesní*. 7. vydání. Praha: Wolter Kluwer ČR, 2019, s. 43–44). „[Dále] je analogie nepřipustná všude tam, kde trestní řád uvádí taxativní výčet možností použití svých ustanovení. O tento případ se jedná například u možnosti způsobu rozhodnutí v opravném řízení.“ (Jelínek, J. a kol. *Trestní právo procesní*. 5. vydání Praha: Leges, 2018, s. 72).

5.1.1.2. Správní právo trestní a judikатурní praxe

Stejná východiska, která jsou důvodem pro zákaz dotváření práva cestou analogie *legis in malam partem* v trestním právu hmotném, se uplatňují též pro oblast správního trestání. V rozsudku ze dne 27. 10. 2004, sp. zn. 6 A 126/2002, Nejvyšší správní soud konstatoval, že „*také trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu (...) Z těchto důvodů – a přinejmenším od okamžiku, kdy byla ratifikována Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod – není rozhodné, zda pozitivní právo označuje určité delikt ní jednání za trestný čin nebo za správní delikt.*“

V případě přestupků je výhrada zákona zdůrazněna též v definici přestupku v § 5 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v platném znění: „*Přestupkem je společensky škodlivý protiprávní čin, který je v zákoně za přestupek výslovně označen a který vykazuje znaky stanovené zákonem, nejde-li o trestný čin.*“ Zákon zde tedy opětovně zdůrazňuje, že přestupkem může být pouze takový protiprávní čin, který je výslovně v zákoně za přestupek označen. Jedná se tedy o adaptaci zásady *nullum crimen sine lege* pro oblast správního práva trestního.

Přípustnost analogie v správním právu trestním je tak stejně jako v případě trestního práva hmotného dána tehdy, kdy analogie nevede k újmě účastníka řízení. Tak například Nejvyšší správní soud posoudil otázku souběhu správního deliktu s trestným činem analogicky podle úpravy řešící souběh přestupku s trestným činem, tedy tak, že pokud je pachatel odsouzen nebo zproštěn obžaloby, tak správní orgán rozhodne o zrušení pravomocného rozhodnutí.²⁴⁰ Nejvyšší soud uvedl, že použití analogie *legis* nebo dokonce i analogie *iuris* je v oblasti správního trestání přípustné:

1. jen v omezeném rozsahu,
2. pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší,
3. nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.²⁴¹

²⁴⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 1 As 27/2008-67, ze dne 16. 4. 2008.

²⁴¹ Srov. Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 1 As 27/2008-67, ze dne 16. 4. 2008 či rozsudek Vrchního soudu v Praze, č. j. 7 A 115/2000-35, ze dne 27. 8. 2002, obdobně i rozsudek téhož soudu v Praze, č. j. 6 A 226/95-22, ze dne 29. 12. 1997.

V oblasti správního práva trestního byla analogie použita, například pokud jde o absorpční zásadu při souběhu správních deliktů, a to sice analogie podle § 12 odst. 2 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, v tehdejší znění.²⁴²

Naproti tomu užití analogie, a to ani ve prospěch pachatele, není možné tam, kde zákon řeší otázku výslovně, formulace právního textu nepřipouští rozšíření aplikace a regulace působí komplexně. Proto například Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že nelze použít analogii zákona o přestupcích (která by umožňovala například užití institutu upuštění od potrestání) na případ řízení a správních deliktů upravených zákonem o inspekci práce a zákonem o zaměstnanosti, neboť tento předpis vykazuje znaky ucelené úpravy.²⁴³

Užití analogie ve prospěch pachatele je namístě tehdy, pokud zákon umožňuje pachateli-právnícké osobě zprostit se odpovědnosti za přestupek, avšak takové zproštění neupravuje ve vztahu k pachateli-fyzické osobě podnikající. V takovém případě je možno aplikaci liberačního důvodu rozšířit též na fyzické osoby podnikající.²⁴⁴

Ve prospěch pachatele, byť napříč právními odvětvími, však byla soudy připuštěna analogie v případech, kdy zákon o přestupcích (tedy předchozí zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění účinném k 30. 6. 2017, který neobsahoval tak komplexní úpravu jako aktuální zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v platném znění) neobsahoval určitou úpravu, zatímco trestní právo pro totožné případy obsahovalo úpravu, která byla pachateli trestného činu ve prospěch. Tak například bylo Nejvyšším správním soudem dovozeno, že při rozhodování o správní sankci je nutno hodnotit, zda není při přihlédnutí k pachateli dříve uloženým trestům možné využít analogicky institut trestního práva zahlazení odsouzení.²⁴⁵ Současně však například došlo ze strany Nejvyššího správního soudu a Ústavního soudu k vyloučení analogického užití zásady *reformationis in peius* z trestního řízení plošně na všechna řízení týkající se správního trestání (v případě aplikace této zásady jsou uvedené soudy

²⁴² Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 As 57/2004-54, ze dne 22. 9. 2005, rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 As 52/2008-44, ze dne 21. 10. 2008 či rozsudek Vrchního soudu, č.j. 6 A 226/95-22, ze dne 29. 12. 1997.

²⁴³ „Ani aplikace § 11 odst. 3 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, na základě analogie není namístě. Jak již dříve Nejvyšší správní soud poznamenal, analogii lze v oblasti správního trestání použít jen v omezeném rozsahu, jestliže to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší. Ustanovení § 139 a § 140 zákona o zaměstnanosti obsahují skutkové podstaty jednotlivých deliktů a výčet sankcí, které za ně lze uložit. Ustanovení § 141 zákona obsahuje obecné otázky deliktů včetně liberačního důvodu, kritérií pro ukládání sankce či podmínek zániku odpovědnosti. Ustanovení § 141a a § 141b pak blíže vymezují odpovědnost zaměstnavatele a dalších právnických nebo fyzických osob. Zákon o zaměstnanosti tedy obsahuje ucelenou úpravu správních deliktů na úseku zaměstnanosti. Aplikace přestupkového zákona na základě analogie proto nepřipadá v úvahu (srov. přiměřeně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 2. 2012, č.j. 3 Ads 53/2011-68).“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2014, č. j. 6 Ads 233/2014-31). Dále srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 3 Ads 53/2011-68, ze dne 1. 2. 2012.

²⁴⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 4 As 123/2014-33, ze dne 19. 9. 2014.

²⁴⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 8 As 82/2010-55, ze dne 28. 2. 2011.

přesvědčeny, že zákonodárce přísně rozlišuje řízení, ve kterých má zájem tuto zásadu připustit a ve kterých nikoli, přičemž se nedá dovodit, že by se jednalo o obecnou zásadu právní).²⁴⁶

5.1.1.3. Vymezení kompetencí a pravomocí orgánu veřejné moci a judikатурní praxe

Velmi významnou direktivou je zákaz analogie, pokud jde o vymezení působnosti a pravomocí orgánů veřejné moci, který vyplývá z článku 2 odstavec 3 Ústavy, stejně jako z článku 2 odstavec 2 Listiny. Vezmeme-li v úvahu, že veškerá činnost orgánů veřejné moci je obecně vymezena právě za pomoci určení jejich působnosti a pravomocí, dospíváme nezbytně nutně k závěru, že tato direktiva významně zužuje využití analogie pro celou oblast práva veřejného, pro kterou je příznačné, že orgán veřejné moci rozhoduje na základě zákona a v jeho mezích o právech a povinnostech fyzických a právnických osob.

V nálezu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007 Ústavní soud jasně dovodil, že teleologické argumenty nemohou být důvodem pro dotváření práva v oblasti vymezení kompetencí a pravomocí orgánů veřejné moci cestou analogie práva (stejně jako cestou teleologické redukce). V těchto případech musí dle názoru Ústavního soudu převážít princip právní jistoty a limitem zde bude nejširší možný jazykový význam ustanovení právních předpisů. Jako jedinou výjimku, u níž by bylo možno uvažovat o užití analogie, identifikoval teoreticky Ústavní soud případ pravé mezery v zákoně. Jako konkrétní příklad pak uvedl situaci, kdy by právní řád upravoval řízení, ale nestanovil by vůbec příslušný orgán.²⁴⁷ Ústavní soud blíže nevysvětlil, proč je možno vyplnit pravou mezeru v zákoně. Důvodem bude patrně to, že v případě pravé mezery se jedná o mezeru způsobenou technickou chybou, u které se obecně považuje za legitimní mezeru v zákoně vyplnit. Ostatně pokud si adresát právní normy dle zásady *ignorantia legis non excusat* má být vědom skutečnosti, že existuje procesní úprava, která vůči němu může být použita, pak jeho zásah do právní jistoty nebude tak znatelný.

Ústavní soud se otázkou dotváření práva cestou analogie v oblasti veřejného práva zabýval též ve svém nálezu sp. zn. Pl. ÚS 21/04 ze dne 10. 5. 2005, který se týkal návrhu

²⁴⁶ Usnesení Ústavního soudu, sp. zn. III. ÚS 880/08, ze dne 28. 1. 2009.

²⁴⁷ Konkrétně Ústavní soud v nálezu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007 uvedl: „*Zatímco při věcném řešení má soudce k dispozici zásadně celé právněmetodologické instrumentarium, jedná-li se o zjištění působnosti orgánu veřejné moci, je nutné obzvláště zohlednit princip právní jistoty. Právě tento princip v tomto zvláštním případě vylučuje existenci tzv. teleologických (nepravých) mezer v zákoně. Při nalézání pravidel pro stanovení působnosti orgánů veřejné moci proto nemohou být teleologické argumenty důvodem pro aplikaci práva, která nemá oporu ve výslovné dikci právního předpisu. Z tohoto důvodu je v těchto případech vyloučena analogie jako aplikace práva přesahující nejširší možný jazykový význam ustanovení právních předpisů. Výjimečně může být přípustná jen analogie k uzavření tzv. pravé (logické či technické) mezery v zákoně. Tato mezeru je dána tehdy, pokud právní řád upravuje určité řízení, avšak vůbec nestanoví, který orgán je k jeho vedení příslušný; o tento problém se však v daném případě nejedná.*“

Nejvyššího správního soudu na zrušení části ustanovení § 44 zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči. V daném případě bylo vydáno rozhodnutí Ministerstva kultury o prohlášení souboru kreseb a grafických listů z majetku žalobce (tj. jejich autora) za kulturní památku. Autor se domáhal zrušení tohoto rozhodnutí s tím, že jeho práva byla dotčena, neboť díla v důsledku jejich označení za kulturní památku nemohla být „ohrožena vývozem“. V soudním řízení autor namítl protiústavnost citovaného ustanovení § 44 zákona o státní památkové péči, které na správní řízení o prohlášení věcí za kulturní památku zcela vylučovalo použití správního řádu, aniž by však otázku řízení jakkoli upravovalo zvláštní úpravou. V důsledku vyloučení úpravy správního řádu byl autor zbaven možnosti podat odvolání, jakož i domáhat se přezkumu nezávislým a nestranným orgánem v plné jurisdikci, jelikož v době podání žaloby (před nabytím účinnosti soudního řádu správního) mohly soudy přezkoumávat pouze legalitu (nikoli správnost) správních rozhodnutí. Ústavní soud zde dospěl k závěru, že za situace, kdy určitý zákon vůbec neupravuje správní řízení (nebo jej upravuje velmi kuse či torzovitě, jako tomu bylo v daném případě), není možné vyplnit takovouto mezeru v zákoně analogií, ale je nutná nezbytná úprava v zákoně: „*V obou uvedených judikátech je dále vysloven názor, dle kterého v případě absence explicitní úpravy správního řízení je správní orgán povinen dbát základních zásad správního řízení, přičemž tyto zásady jsou poznatelné nejen z doktríny, nýbrž i a posteriori z judikatury přezkumných rozhodnutí v soudním řízení správním. Uvedený argument vychází z představy nepsané úpravy celého komplexu procesního práva. Tato koncepce je ale rozporná s ústavní maximou, dle níž státní moc lze uplatňovat jen způsobem, který stanoví zákon (čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny). Maxima zákonného podkladu pro výkon státní moci, resp. psaného procesního práva nevyklučuje jeho dotváření judikaturou, příp. rozhodnutími správních orgánů, vylučuje ale ústavní akceptovatelnost absence explicitní zákonné procedurální úpravy v její úplnosti... Jakkoli ustanovení § 3 zákona o státní památkové péči obsahuje některé procesní normy, z pohledu celkového obsahu úpravy správního řízení jde toliko o torzo, jde o natolik minimální část této úpravy, která si v žádném případě nemůže nárokovat ambici úplnosti (s případnou přítomností určitých mezer).*“

Je však třeba přiznat, že uvedená zásada však není pojímána zcela absolutně, resp. bezvýhradně. Jak jsme si ukázali již výše na případech užití analogie v oblasti trestního práva a správního práva, tak v těchto odvětvích je dle doktríny i judikatury analogie přípuštěna, pokud jde o oblast procesního práva. Přitom však právě procesní právo je oblastí, v níž se typicky uplatňuje, tedy realizuje, pravomoc a působnost orgánů veřejné moci. Situace se na základě výše uvedené analýzy rozhodnutí jeví tedy tak, že pokud jde o určité procesní aspekty či procesní instituty, analogie může být použita, nicméně pokud by se mělo jednat o celé

komplexy procesní úpravy, pak už analogie použitelná není, neboť takový postup se ocitá v rozporu zásadou, podle níž musí být pravomoc a působnost státních orgánů vymezena zákonem.

V posledně citovaném nálezu (sp. zn. Pl. ÚS 21/04 ze dne 10. 5. 2005) se Ústavní soud též ztotožnil s rezervovanými závěry doktríny, pokud jde o dotváření práva cestou analogie pro oblast správního řízení, přičemž možnosti dotváření práva zde omezil následujícími kritérii:

1. k dotváření práva může dojít pouze v omezeném rámci za účelem vyplňování mezer procesní úpravy (*a contrario* není akceptovatelný závěr, dle něhož by bylo lze považovat za akceptovatelné použitím analogie vytvořit procesní úpravu správního řízení v celé její úplnosti, jako tomu bylo v uvedeném případě),
2. může se tak dít pouze ve prospěch ochrany práv účastníků správního řízení.

Nepřípustná bude analogie v oblasti veřejného práva zejména v případech, pokud by orgán veřejné moci ukládal povinnosti adresátům právních norem a zasahoval by do jejich sféry svobody vymezené čl. 2 odst. 2 Listiny. Proto tak například orgány veřejné moci mohou v řízení činit úkony a ukládat účastníkům řízení povinnosti (například pokud jde též o výzvy k doložení skutečnosti apod.), pouze pokud je k tomu výslovně opravňuje zákon. Takový případ řešil Nejvyšší správní soud například v rozsudku č.j. 2 As 49/2006 ze dne 20. 12. 2017, v němž tento soud dovedl, že je nepřipustná analogie, kterou se ve správním právu ukládá účastníkovi správního řízení povinnost, jejíž nesplnění jde na jeho úkor.²⁴⁸

V jiné věci, která se týkala též právní úpravy, tedy zákona o myslivosti, zase Nejvyšší správní soud dovedl, že pokud zákon o myslivosti neupravuje výslovně oprávnění správního orgánu rozhodnout o zrušení a likvidaci honebního společenstva, nemůže správní orgán (jak navrhol stěžovatel) aplikovat *per analogiam* úpravu týkající se zrušení a likvidace obchodních společností soudem, neboť by to bylo v rozporu se zásadou enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí.²⁴⁹

²⁴⁸ Konkrétně Nejvyšší správní soud v rozsudku, č.j. 2 As 49/2006, ze dne 20. 12. 2017 uvedl: „Lze proto souhlasit s námitkou stěžovatele, že správní orgán prvního stupně vyžadoval skutečnosti, jež zákon o myslivosti pro transformaci dotčeného honebního společenstva podle § 69 nepředpokládá. Žalovaný i správní orgán prvního stupně postupovaly při transformaci honebního společenstva nezákonně, neboť řízení o registraci ve smyslu ustanovení § 20 zákona o myslivosti nemělo být vůbec zahájeno. Článek 2 odst. 2 a 3 Listiny základních práv a svobod stanoví, že státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví a zároveň že každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Krajský soud v Hradci Králové ve výše uvedeném rozhodnutí správně poukázal na ústavní limit činnosti orgánu veřejné moci a uvedl, že veřejná moc je uplatňována pouze na základě zákona, tedy zejména povinnosti mohou být ukládány pouze na základě zákona a nelze připustit rozšiřující výklad či dokonce použití analogie, kterou se ve správním právu ukládá účastníkovi správního řízení povinnost, jejíž nesplnění jde na jeho úkor.“

²⁴⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 8 As 53/2008-93, ze dne 30. 9. 2009.

Konečně může dojít i k situacím, kdy v důsledku plynutí času zanikne orgán veřejné moci, u něž byla dána pravomoc a příslušnost pro určité otázky, aniž by byla zajištěna kontinuita (tedy přechod činnosti na jiný, nový, správní orgán). Ani v takovém případě není možno dotvořit chybějící pravomoc a působnost analogií. Takový případ řešil Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 5 As 43/2006-36 ze dne 29. 3. 2007, v němž se stěžovatel domáhal odstranění vad doručení nálezu Nejvyššího správního soudu č. j. 690/46 ze dne 2. února 1948. Nejvyšší správní soud nejprve uvedl, že působnost tehdejšího Nejvyššího správního soudu (založená zákonem č. 36/1875 ř. z., o Správním soudu) zanikla zákonem č. 65/1952 Sb., o prokuratuře. Dále uvedl, že současný Nejvyšší správní soud není nástupcem předchozího Nejvyššího správního soudu a jeho působnost a pravomoc je vymezena striktně v § 2 až 6 soudního řádu správního a tuto pravomoc a působnost nelze rozšiřovat analogií, neboť by to bylo v rozporu se zásadou enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí.²⁵⁰ Pokud jsme tedy hned v případě prvního nálezu citovaného v této kapitole uvedli, že Ústavní soud si v tomto nálezu ponechal možnost pro dotvoření práva v případě, kdy „*právní řád upravuje určité řízení, avšak vůbec nestanoví, který orgán je k jeho vedení příslušný*“,²⁵¹ pak v tomto případě nebyl pro tento výjimečný postup shledán důvod, což působí nekonzistentně.

Jako příklad přípustného dotváření práva v rovině procesní lze označit situaci, kterou řešil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č.j. 8 As 46/2005-68 ze dne 23. 10. 2008. Na rozdíl od výše popsané situace absence právní úpravy týkající se řízení či orgánu příslušného k projednání, zde řešil Nejvyšší správní soud situaci dílčího nedostatku procesní úpravy v rámci řízení ohledně kázeňského postihu v rámci služebního poměru podle zákona č. 186/1992 Sb., o služebním poměru příslušníků Policie České republiky, ve znění pozdějších předpisů. V daném případě šlo o to, že příslušnice Policie České republiky, u níž bylo rozhodnuto o zrušení služebního poměru, namítala, že s rozhodnutím nebyla seznámena, neboť v mezidobí došlo k výpovědi plné moci jejímu advokátovi a rozhodnutí bylo doručeno pouze advokátovi. Přes relativně ucelenou úpravu řízení ve věcech služebního poměru, neřešil služební zákon otázku doručování. Ačkoli bylo použití správního řádu na řízení ve věcech služebního poměru

²⁵⁰ Konkrétně Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 5 As 43/2006- 36 ze dne 29. 3. 2007 uvedl „*V projednávané věci v úvahu nepřichází přechodná ustanovení § 130 s. ř. s. a rovněž nelze použít ani postup na základě podobnosti zákona - analogia legis - použití určitého ustanovení zákona nebo jiného právního předpisu na případ jím výslovně neupravený, neboť pokud se jedná o rozsah zákonem stanovené pravomoci a působnosti orgánů veřejné moci je analogie vyloučena. Proto ani krajský soud ani Nejvyšší správní soud nemůže provést doručení předmětného nálezu za použití analogie legis např. dle ust. § 110 odst. 4 s. ř. s.*“

²⁵¹ Nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 318/06, ze dne 13. 12. 2007.

výslovně vyloučeno zákonem,²⁵² Nejvyšší správní soud dovodil nutnost použití analogické úpravy náležitostí doručování a důsledků zastupování podle starého správního řádu.

K možnostem vyplnění mezer ve veřejném právu se dále Nejvyšší správní soud vyjádřil rovněž ve svém rozsudku č.j. 9 As 47/2011-105 ze dne 14. 9. 2011, v němž se zabýval otázkou vymezení okruhu účastníků řízení o dodatečném povolení stavby. Krajský soud nesprávně vyšel z použití analogie ustanovení § 109 stavebního zákona (namísto subsidiárního užití vymezení účastníků podle § 27 správního řádu při absenci speciální úpravy) přesto, že stavební zákon v tehdy rozhodném znění v této otázce vedení správního řízení o dodatečném povolení stavby v § 129 stavebního zákona odkazoval pouze na užití § 111 až 115 stavebního zákona, a přesto, že krajskému soudu byla známa judikatura Nejvyššího správního soudu ohledně toho, že v řízení o dodatečném povolení stavby se použije úprava účastenství dle správního řádu a nikoli stavebního zákona. Krajský soud totiž od sebe odlišil řízení o dodatečném povolení staveb, pro něž by v řádných případech bylo třeba trvat na vydání stavebního povolení, od řízení o dodatečném povolení staveb, které platné stavební povolení pro svoji realizaci nepotřebují a je pro ně dle zákona dostačující jiný druh rozhodnutí (např. územní souhlas). Krajský soud patrně svým postupem chtěl chránit práva potenciálních účastníků řízení, kteří by jimi byli dle stavebního zákona za standardního řízení o stavebním povolení, avšak nejsou v řízení o dodatečném povolení stavby. V každém případě však krajský soud patrně svoji úvahu dostatečně nezduvodnil a Nejvyšší správní soud neshledal důvod pro dotváření práva, když se fakticky nejednalo o případ mezery v zákoně, neboť stavební zákon odkazoval v případě subsidiárního užití na správní řád. Citované rozhodnutí Nejvyššího správního soudu je pak zajímavé tím, že tento soud zde vlastním způsobem vymezil rozdíl mezi analogií *legis* a analogií *iuris* a dospěl k následujícím závěrům ohledně možností jejich užití:

1. použití analogie *iuris* ve veřejném právu je nežádoucí,
2. použití analogie *legis* lze využít za účelem vyplnění mezer v procesní úpravě za předpokladu, že se tak děje ve prospěch ochrany práv účastníků řízení.²⁵³

²⁵² § 2 písm. a) zákona č. 71/1967 Sb, o správním řízení (správní řád), ve znění účinném do 31. 12. 2005.

²⁵³ Konkrétně Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 9 As 47/2011- 105 ze dne 14. 9. 2011 uvedl: „V dané věci nepřichází v úvahu použití analogie, jak uvedl krajský soud. Analogií aplikace práva je třeba rozumět řešení právem neupravených vztahů podle právní úpravy vztahů podobných. Teorie práva rozlišuje tzv. analogii *legis*, tedy situaci, kdy se na skutkovou podstatu zákonem neřešenou aplikuje právní norma, která je obsažena ve stejném zákoně a která upravuje skutkovou podstatu nejpodobnější, a tzv. analogii *iuris*, tzn. situaci, kdy lze výjimečně aplikovat právní zásady příslušného právního odvětví, případně dokonce obecné právní zásady, které obsahuje celý právní řád, ovšem pouze za předpokladu, že není možné postupovat prostřednictvím analogie *legis*. Použití analogie *iuris* je ve veřejném právu značně nežádoucí, zatímco použití analogie *legis* lze za účelem vyplnění mezer v procesní úpravě za předpokladu, že je to ve prospěch ochrany práv účastníků řízení, použít (blíže k této otázce viz náleží Ústavního soudu ze dne 26. 4. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 21/04, dostupný na <http://nalus.usoud.cz>, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2005, č. j. 1 As 25/2005- 70) ... Doktrína připouští ve veřejném právu

Navzdory tomu, že je analogie *iuris* dle výše uvedeného judikátu (přičemž se nejedná jen o ojedinělý případ, ale o ustálenou judikaturu) označována v oblasti veřejného práva za „obecně nežádoucí“, neznamená to, že by byla zcela zapovězena. V ojedinělých případech, kdy to vyžaduje ochrana subjektivních práv adresátů právních norem a kdy zákon neobsahuje určité typické (jinak obecně přijímané) pravidlo, které by v obdobných případech omezovalo orgány veřejné moci v jejich činnosti ve prospěch všeobecné ochrany svobodné sféry jednotlivce (*status negativus*), vyplývající z článku 2 odst. 2 Listiny, je možno uplatnit i analogii *iuris*. Typově tento případ řešil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č.j. 2 Afs 2/2005- 31 ze dne 29. 9. 2005, v němž se zabýval otázkou, zda je nadřízený pracovník správce daně dle starého daňového řádu²⁵⁴ povinen rozhodnout o námitkách daňového subjektu proti postupu pracovníka správce daně v určité lhůtě, a to za situace, kdy starý daňový řád žádnou lhůtu pro vydání rozhodnutí nestanovil a současně vylučoval subsidiární použití správního řádu. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že v takovém případě je nutné mezeru v zákoně vyplnit a dovodil obecnou zásadu správního práva procesního vyplývající z tehdejšího znění § 49 správního řádu, podle níž v jednoduchých případech rozhodne správní orgán bezodkladně a v ostatních případech do 30 dnů. Při prokazování existence této obecné právní zásady vyšel z definice právního principu podané v nálezu Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97, podle níž právní princip vyžaduje naplnění dvou znaků: (i) obecné přesvědčení o potřebě jej dodržovat a (ii) jeho zachovávání po dlouhou dobu. Oba tyto požadavky dle názoru Nejvyššího správního soudu pravidlo upravené v § 49 správního řádu splňovalo.

5.1.1.4. Daně a poplatky a judikатурní praxe

I pokud se jedná o daně a poplatky, je stanovena výhrada zákona, neboť článek 11 odst. 5 Listiny stanoví, že „daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona.“ Jedná se o pozitivněprávní vyjádření zásady *nullum tributum sine lege*.

Vzhledem k tomu, že ukládáním daní a poplatků stát může podstatným způsobem zasahovat do ústavně garantovaného práva vlastnit majetek,²⁵⁵ platí i v tomto případě výhrada zákona. Jinými slovy, daňová nebo poplatková povinnost zde může vzniknout výlučně na základě zákona. Klíčové je i zde (obdobně jako v případě trestních a správních sankcí), že Listina hovoří o „ukládání daní a poplatků“, jinými slovy o vlastním ukládání povinností. I toto

použití analogie legis pouze v omezené míře, a to navíc pouze pro použití v situacích, kdy zákon danou právní problematiku vůbec neřeší. V takovém případě je přípustné pro výklad chybějící právní úpravy či pojmu podpůrně užit zákonného ustanovení svou povahou a účelem nejbližšího.“

²⁵⁴ Zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění účinném do 31. 12. 2010.

²⁵⁵ Čl. 11 odst. 1 Listiny.

naznačuje, že ani v tomto případě neplatí zákaz analogie pro celou oblast daňového a poplatkového práva ale především pro oblast hmotněprávní, zatímco v oblasti procesní analogii (typicky pro oblast daňového řádu) toto ustanovení ústavního pořádku obecně nevylučuje.

Článek 11 odst. 5 Listiny tak lze interpretovat jako formální výhradu zákona, tedy že daňovou a poplatkovou povinnost lze uložit výlučně prostřednictvím pramene práva ve formě zákona. Není tedy přípustné zavést daňovou či poplatkovou povinnost prostřednictvím předpisu nižší právní síly. Současně je však nutné toto ustanovení – stejně jako v případě v případě zásady *nullum crimen sine lege* – interpretovat jako zákaz dotváření práva metodou analogie.

Hranice mezi tím, co vše musí být ohledně daňové či poplatkové povinnosti upraveno zákonem, a tím, co lze případně ponechat na úpravě podzákonnými právními předpisy, byla přiblížena Ústavním soudem v jeho nálezu sp. zn. Pl. ÚS 14/2000 ze dne 10. 1. 2001, v němž se Ústavní soud zabýval návrhem skupiny senátorů na zrušení ustanovení § 9 a 10 zákona o odpadech, která dle navrhovatelů obsahovala zmocnění obce k zavedení poplatku za nakládání s komunálním odpadem s tím, že zákonná úprava neobsahuje úpravu všech atributů poplatku tak, aby bylo možno konstatovat ve smyslu čl. 11 odst. 5 Listiny, že poplatek je stanoven na základě zákona. Návrh na zrušení těchto ustanovení byl nakonec Ústavním soudem zamítnut, neboť Ústavní soud dospěl k závěru, že citovaná ustanovení ve spojení se subsidiárním užitím tehdy účinného zákona o správě daní a poplatků jsou dostatečně určitá pro splnění požadavků vyplývajících z čl. 11 odst. 5 Listiny, nicméně náleze je významný v tom, že Ústavní soud v něm jasným způsobem vymezil, co vše konkrétně musí vyplývat ze zákona (rozuměj jeho textu). Citované rozhodnutí definuje tzv. základní konstrukční prvky daně a poplatku,²⁵⁶ které vždy musí být vymezeny v prameni práva ve formě zákona a tím současně vymezuje zákaz analogie v oblasti daňového a poplatkového práva.

Proto byt' bude existovat sebelepší teleologická úvaha, která by mohla opodstatňovat například (i) uložení poplatkové povinnosti jinému (dalšímu) subjektu, který je v podobné pozici jako adresát právní normy, který je označen textem zákona jako subjekt poplatku nebo

²⁵⁶ „Daňové a poplatkové povinnosti a podmínky jejich vzniku tak, aby odpovídaly výše uvedenému základnímu právu, zakotvenému v Listině, musí mít svůj základ v zákoně. Zákonná úprava, jak lze dovodit z teoretických rozborů, musí určovat náležitosti poplatkového vztahu, tzv. prvky poplatku, kterými jsou subjekt poplatku, objekt poplatku, základ poplatku, sazba poplatku, úlevy a osvobození od poplatku, splatnost poplatku a sankce za nesplnění poplatkové povinnosti. Předmět daně jako subjektivního závazku určité osoby vůči státu je právní normou určené jednání, konání nebo chování osob. Právní důvod (titul) daně je dán zvláštním zákonem a na základě něho se také závazek určité osoby vůči státu zakládá. Daňová (poplatková) povinnost vzniká naplněním určitých zákonem vymezených právních skutečností, podmínek, které na straně státu (obce) zakládají právní nárok na daň (poplatek) a na straně osoby daňový (poplatkový) závazek. Daň má vynutitelný charakter (na základě zákona se vybírá), zákon přesně vymezuje skutečnosti zakládající daňovou povinnost, výši a lhůtu splatnosti. Na rozdíl od poplatku se však u daně jedná o peněžitá plnění, která nejsou vybírána jako vyrovnání za individuální výhodu.“ (Nálezu Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 14/2000, ze dne 10. 1. 2001).

daňový subjekt, nebo (ii) rozšíření daně nebo poplatku na situace, které jsou velmi podobné předmětu daně nebo poplatku, pak v obou případech taková teleologická úvaha (jakkoli opřená i o zásadu rovnosti) nemůže opodstatnit dotvoření zákona cestou analogie.

Naproti tomu platí, že stejně jako v trestním právu hmotném a správním právu trestním hmotném je analogie přípustná ve prospěch daňového subjektu nebo subjektu poplatku. V takových případech se rovněž uplatní interpretační zásada specificky užívaná v oblasti finančního práva *in dubio mitius*. Proto například může být analogie přípustná, pokud jde o otázku osvobození od daně nebo poplatku. Takto například rozhodl Nejvyšší správní soud ve svém nedávném rozsudku č.j. 4 Afs 89/2020-44 ze dne 24. 6. 2020, že osvobození od daně z nabytí nemovitých věcí dle § 7 odst. 1 písm. c) zákonného opatření Senátu č. 340/2013 Sb., o dani z nabytí nemovitých věcí, ve znění účinném do 31. 10. 2019, které se vztahuje dle svého znění pouze na jednotky v „bytovém domě“, je třeba aplikovat *per analogiam* též na první úplatné nabytí vlastnického práva k bytové jednotce v „rodinném domě.“ V tomto případě tedy převážila teleologická úvaha opřená o zásadu rovnosti nad zásadou zákonnosti, a to s ohledem na to, že se jedná o dotváření práva ve prospěch daňového subjektu v souladu s direktivou *in dubio mitius*. Nejvyšší správní soud zde shledal, že „*nevyplnění této mezery by vedlo k nespravedlivému výsledku prostřednictvím nerovného zacházení s nabyvateli bytových jednotek v rodinných domech.*“ Konečně se v citovaném rozhodnutí Nejvyšší správní soud rovněž vyjádřil též ke vztahu výhrady zákona podle článku 11 odst. 5 Listiny a zásady *in dubio mitius*: „*K poukazu stěžovatele na zásadu zákonnosti zakotvenou v § 5 odst. 1 daňového řádu, která je promítnutím výhrady zákona obsažené v čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod, Nejvyšší správní soud konstatuje, že zaplnění mezery ve vztahu k bytovým jednotkám v rodinných domech v § 7 odst. 1 ZO není v rozporu s uvedenými ustanoveními daňového řádu a Listiny a nepopírá právní úpravu obsaženou v zákoně (resp. zde v zákonném opatření Senátu). Nejvyšší správní soud se plně ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že zejména v případě daňových předpisů je nutno trvat na tom, aby případné nejednoznačnosti či nesrovnalosti v zákoně šly k tíži státu a nikoli daňového poplatníka...*“ Současně Nejvyšší soud připomněl v této souvislosti v českém právní řádu již zavedenou zásadu *in dubio pro mitius*, když poukázal

na nález Ústavního soudu ze dne 15. 12. 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02,²⁵⁷ či na rozsudek Nejvyššího správního soudu NSS ze dne 14. 7. 2005, čj. 2 Afs 24/2005-44.²⁵⁸

V této souvislosti je vhodné též připomenout starší nález Ústavního soudu ze dne 2. 2. 2000, sp. zn. I. ÚS 22/99, který se týkal fakticky podobné věci v případě historické právní úpravy (tzv. zákon o trojdani), v němž Ústavní soud řešil interpretační význam poznámek pod čarou,²⁵⁹ ale vedle toho též dovedl, že pokud by zákonodárce chtěl určitý případ osvobození pojmout úzce, musí se vyjádřit jasně (tedy formulací textu indikovat vědomou mezeru v zákoně, jak bude vysvětleno níže), jinak mu jde nejednoznačnost k tíži.²⁶⁰

Možnost analogie ve prospěch daňového subjektu je přitom možná i v případě základních konstrukčních prvků daně. Příkladem může být případ řešený Nejvyšším správním soudem, v němž tento soud řešil otázku prekluze práva státu na vyměření celního dluhu. V době od 1. 7. 1997 do 30. 6. 2002 neměl celní zákon vlastní úpravu zániku práva vyměřit celní dluh. Až ode dne 1. 7. 2002 byla přijata úprava, která tuto otázku upravila. Zákon přitom ve sporné době od 1. 7. 1997 do 30. 6. 2002 výslovně vylučoval užití § 47 zákona o správě daní a poplatků upravujícího lhůtu pro vyměření daně. Tím by však fakticky bylo možno vyměřit celní dluh zcela bez omezení, což Nejvyšší správní soud považoval za neudržitelné pro rozpor s postuláty právní jistoty a ochrany důvěry občana v právo. Nejvyšší správní soud si tak musel vypomoci jiným právním předpisem, který upravoval časové omezení státu pro možnost vyměření daňové povinnosti. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru o nutnosti užití analogie

²⁵⁷ „Za situace, kdy právo umožňuje dvojitý výklad, nelze pominout, že na poli veřejného práva mohou státní orgány činit pouze to, co jim zákon výslovně umožňuje; z této maximy pak plyne, že při ukládání a vymáhání daní dle zákona (čl. 11 odst. 5 LPS), tedy při *de facto* odnětí části nabytého vlastnictví, jsou orgány veřejné moci povinny ve smyslu čl. 4 odst. 4 LPS šetřit podstatu a smysl základních práv a svobod – tedy v případě pochybností postupovat mírněji (*in dubio mitius*).“ (Nález Ústavního soudu ze dne 15. 12. 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02).

²⁵⁸ „...v případě, že daňový zákon z důvodu své nejasnosti, nesrozumitelnosti či nepřesnosti nebo ‘mezery v zákoně’ umožňuje vícero rovnocenně přesvědčivých výkladů, je nutno použít takový z nich, který je vůči daňovému subjektu mírnější (neboť je věcí státu, aby formuloval své daňové zákony natolik jednoznačně, srozumitelně, přesně a úplně, aby minimalizoval výkladové nejasnosti; v opačném případě by se jednalo o nepřípustnou libovůli zákonodárce).“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44).

²⁵⁹ „Posláním poznámek pod čarou či vysvětlivek je pouhé zlepšení přehlednosti a orientace v právním předpisu formou legislativní pomůcky, která z povahy věci nemůže stanovit závazná pravidla chování nebo pravidla pro interpretaci daného ustanovení.“ (Nález Ústavního soudu ze dne 2. 2. 2000, sp. zn. I. ÚS 22/99).

²⁶⁰ „V aplikovaném ustanovení není stanoveno, že osvobození od daně z převodu nemovitostí se týká pouze bytů v budovách ve vlastnictví bytových družstev. Úmysl zákonodárce upravit osvobození od daně z nemovitostí jen na určitou skupinu případů proto nebyl vyjádřen způsobem, který odpovídá požadavkům na určitost a jasnost právních předpisů v podmínkách právního státu (čl. 1 Ústavy ČR). Toto pochybení proto musí jít k tíži zákonodárce, který jej může napravit jedině tím, že konkrétní osvobozený druh převodu nemovitosti (zde bytu) uvede přímo v textu příslušného ustanovení (zde § 20 odst. 6 písm. h) zákona o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí) nebo na něj odkáže přímo v samotném textu právního předpisu jednoznačným způsobem, tak, jak to učinil v jiných ustanoveních (např. § 20 odst. 6 písm. h) téhož zákona. To, že osvobození převodu pouze určitého druhu bytů by mohlo být věcně odůvodněné, je irelevantní s ohledem na jednoznačnou formulaci aplikovaného ustanovení, neboť v něm pojem “byty v budovách bytových družstev” obsažen není.“ (Nález Ústavního soudu ze dne 2. 2. 2000, sp. zn. I. ÚS 22/99).

iuris, a to dokonce i za situace, kdy takové užití analogie *iuris* bylo pravděpodobně v rozporu s úmyslem zákonodárce, neboť se jednalo o jediný postup, který by umožnil ústavněkonformní řešení případu.²⁶¹ Nejedná se však určitě o případ aplikace analogie *iuris*, který by byl bezproblémový. Co konkrétně totiž Nejvyšší správní soud učinil? Zákonodárce dal jasně najevo, že na příslušné řízení chce aplikovat zákon o správě daní, nicméně zcela výslovně vyloučil aplikaci lhůty uvedené v § 47 zákona o správě daní a poplatků. Domnívám se, že tento postup zákonodárce nelze interpretovat jako nevědomou mezeru (tedy, že zákonodárce sice vyloučil lhůtu pro stanovení daně uvedenou § 47, ale nevyločil tím možnost použití jiné lhůty), ale spíše jako vědomou mezeru (zákonodárce tím chtěl vyloučit jakékoli použití lhůty), což vlastně i sám Nejvyšší správní soud přiznává vlastními slovy v samém závěru odůvodnění („*Takovýto závěr je sice s velkou pravděpodobností v rozporu se záměrem historického zákonodárce, jde však o jedinou interpretační alternativu, kterou je možno se vyhnout rozporu s ústavním pořádkem...*“). V případě vědomé mezery v zákoně je však spíše na místě, pokud trvají pochybnosti o souladu úpravy s ústavním pořádkem, předložit věc Ústavnímu soudu s návrhem na vyslovení protiústavnosti.

Zákazem analogie vyplývajícím z článku 11 odst. 5 Listiny, tentokrát nikoli ve vztahu k daním ale k poplatkům, se zabýval Ústavní soud též ve svém nálezu ze dne 6. 8. 2019, sp. zn. III. ÚS 177/19. V citovaném nálezu řešil Ústavní soud postup obecných soudů týkající se výběru soudního poplatku za podání odvolání v řízení o náhradě škody vůči státu podle zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem. V průběhu soudního řízení, tedy v době mezi zahájením

²⁶¹ Konkrétně Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 5 Afs 17/2009–102 ze dne 11. 9. 2009 uvedl: „*Nejvyšší správní soud z důvodů výše uvedených nemohl přisvědčit argumentaci stěžovatele stran neomezené lhůty v celním zákoně pro vyměření v předmětném období, tj. do 1. 7. 2002. Závěr, dle kterého by bylo lze možné vyměřit celní dluh ve zcela neomezených lhůtách, není v právním státě udržitelny, neboť je v rozporu s postuláty právní jistoty a ochrany důvěry občana v právo, tedy s principy a hodnotami vyvěrajícími z čl. 1 odst. 1 Ústavy. Zákonné zakotvení lhůt, ve kterých je stát po určitém subjektu oprávněn vyžadovat splnění určité povinnosti, je ochranou tohoto subjektu, neboť stanoví dobu, po jejímž uplynutí je najisto postaveno, že jeho povinnost zůstane nezměněna. Pokud možnost vyměřit celní dluh neomezeně dlouho není ústavně konformní, je nutno zvážit, zda existují ve smyslu textu § 320 písm. b) celního zákona vedle daňového řádu další „obecné předpisy o správě daní a poplatků“, které by státní moci při vyměření celního dluhu stanovily časový limit. Zákon o soustavě daní, který byl jistě rovněž „obecným předpisem o správě daní a poplatků“, v § 4 odst. 2 stanovil, že daň nelze vyměřit ani vymáhat po uplynutí tří let od konce kalendářního roku, v němž byl poplatník nebo plátec povinen podat přiznání nebo hlášení, popřípadě dlužník srazit daň nebo zálohu na tuto daň. Protože celní zákon v relevantním znění nevyločil použití § 4 odst. 2 zákona o soustavě daní (veřejnoprávního předpisu), který byl v období do 1. 1. 2004 (zrušen zákonem č. 353/2003 Sb., o spotřebních daních) součástí platného práva a reguloval otázku zániku práva vyměřit daň, tedy obdobný veřejnoprávní závazek, je nutno na nyní projednávaný případ per analogiam *iuris* použít přiměřeně právě toto ustanovení. Touto interpretací se vyloučí ústavně zcela nepřijatelná možnost vyměřit celní dluh kdykoliv. Takovýto závěr je sice s velkou pravděpodobností v rozporu se záměrem historického zákonodárce, jde však o jedinou interpretační alternativu, kterou je možno se vyhnout rozporu s ústavním pořádkem a současně interpretovat celní zákon konzistentně se základními principy právního řádu jako významového celku.*“

řízení a odvolacím řízení došlo k novelizaci zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, a to v tom smyslu, že žaloby o náhradu škody vůči státu byly vyňaty z výjimek týkajících se osvobození od soudního poplatku a nově podléhaly poplatkové povinnosti ve výši 2.000 Kč, přičemž takto byl vymezen poplatek za zahájení řízení a poplatek za odvolání nebyl nikterak upraven. V průběhu odvolacího řízení soud vyměřil poplatek ve výši 2.000 Kč za podání odvolání. Stěžovatel žádal vrácení poplatku, odvolací soud jej odmítl vrátit s tím, že *„návrh na zahájení řízení je třeba vykládat tak, že za řízení je třeba považovat též řízení o odvolání.“* Ústavní soud usnesení odvolacího soudu zrušil s tím, že se krajský soud dopustil nepřipustné analogie v neprospěch účastníka řízení, pokud termín „návrh na zahájení řízení“ (poplatek za nějž stěžovatel nemusel platit, neboť v době zahájení řízení předmětná žaloba byla od poplatkové povinnosti osvobozena) rozšířil též na „odvolání“.²⁶²

Jiný případ nepřipustné analogie, nyní zase z oblasti práva daňového, řešil Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. II. ÚS 487/2000 ze dne 4. 11. 2001, kdy se dokonce jednalo o případ analogie spočívající v použití ustanovení soukromoprávního předpisu v oblasti práva daňového, a to k tíži daňového subjektu, v jejímž důsledku se omezovalo právo daňového subjektu na snížení základu daně. V předmětném případě se jednalo o to, že daňový subjekt uplatnil v rámci daňového přiznání do položky daňově uznatelných výdajů (tedy do položky snižující jeho daňovou povinnost) též odpisy technického zhodnocení na nemovitosti, kterou spoluvlastnil. Správce daně v daném případě rozhodl, že ačkoli náklady na technické zhodnocení věci byly v plném rozsahu neseny výlučně daňovým subjektem, je třeba na předmětný případ analogicky aplikovat ustanovení § 137 obč. z., které stanovilo, že podíl vyjadřuje míru, jakou se spoluvlastníci podílejí na právech a povinnostech vyplývajících ze spoluvlastnictví ke společné věci, a proto odpisy technického zhodnocení mohou být daňovým subjektem zahrnuty do daňově uznatelných výdajů jen poměrně v rozsahu zohledňujícím

²⁶² „Uvedeným postupem krajský soud porušil právo stěžovatele na soudní ochranu zaručené v čl. 36 odst. 1 ve spojení s čl. 36 odst. 4 Listiny. Nelze proto v podmínkách právního státu podle čl. 1 odst. 1 Ústavy ve spojení s čl. 36 odst. 3 Listiny rozšiřujícím výkladem novelizovaných ustanovení zákona o soudních poplatcích, nebo dokonce pomocí analogie, dojít - za předpokladu konzistentního a racionálního jednání zákonodárce - k závěru, že si stát (jako strana sporného řízení) může bez výslovné úpravy nastavit pravidla zpoplatnění odvolání podaného stěžovatelem tak, že ztíží napadení v jeho neprospěch vydaných rozsudků ve věci náhrady škody nebo jiné újmy způsobené při výkonu veřejné moci nezákonným rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem. Takto vzniklou nejasnost (tzv. pravou mezeru) může odstranit pouze zákonodárce, nikoli však obecný soud postupem znevýhodňujícím odvolatele v uvedeném typu řízení. Krajský soud napadeným usnesením uložil stěžovateli povinnost zaplatit soudní poplatek za odvolání v řízení o náhradě škody nebo jiné újmy způsobené rozhodnutím o vazbě, trestu nebo ochranném opatření nebo nesprávným úředním postupem, ačkoli v tomto zákoně pro to chybí výslovná úprava vyžadovaná v čl. 11 odst. 5 Listiny.“ (Nález Ústavního soudu ze dne 6. 8. 2019 sp. zn. III. ÚS 177/19). Ke stejnému závěru došel Ústavní soud též v IV.ÚS 3283/18 ze dne 21. 5. 2019, v němž byl stěžovateli vyměřen poplatek za odvolání nikoli ve výši 2.000 Kč ale ve výši mnohonásobně vyšší (21 593 Kč), neboť došlo k analogické aplikaci ustanovení upravujících poplatky za odvolání pro „běžné“ žaloby na peněžité plnění.

velikost spoluvlastnického podílu daňového subjektu. V této souvislosti je třeba upozornit, že později (tedy ve vztahu k jiným zdaňovacím obdobím) došlo k novelizaci relevantního daňového předpisu tak, že pravidlo zohlednění velikosti podílu na nemovitosti bylo upraveno daňovým zákonem výslovně. V každém případě však v případě stěžovatele v dané době právní úprava takové ustanovení ještě neznala. Ústavní soud v této souvislosti nejprve zdůraznil, že mezery ve veřejnoprávních předpisech lze vyplnit extenzivním výkladem, a to dokonce i k tíži adresáta právní normy, avšak toliko za podmínky, že neexistují pochybnosti o smyslu dané právní normy. Oproti tomu však nelze vyplnit mezeru analogií v právu veřejném, pokud by se tím zhoršovalo postavení adresáta právní normy.²⁶³

Z výše uvedených případů je tak patrné, že i když mohou někdy existovat často i silné teleologické argumenty pro uplatnění analogie (ať už se jedná o příklad analogie konstrukce poplatkové povinnosti spojené s běžným typem žaloby na peněžité plnění s žalobou na náhradu škody vůči státu, nebo příklad analogie zásady, že každý spoluvlastník má oprávnění odpovídající velikosti jeho podílu na rozsah možného uplatnění technického zhodnocení), tak pokud jde o základní konstrukční prvky, nemohou s ohledem na zvláštní formální výhradu zákona v daném případě teleologické argumenty převážit nad zásadou zákonnosti.

5.1.1.5. Konstitutivní rozhodnutí

Judikaturou Nejvyššího soudu bylo dále dovozováno, že užití analogie je nepřipustné v případech, kdy výsledkem procesu aplikace práva má být vydání konstitutivního rozhodnutí.

²⁶³ Konkrétně Ústavní soud v nálezu sp. zn. II. ÚS 487/2000 ze dne 4. 11. 2001 v této souvislosti uvedl: „Mezery v právních předpisech lze překonávat prostřednictvím extenzivního výkladu nebo na základě analogie. Dle názoru Ústavního soudu lze přijmout názor, že mezery v předpisech veřejnoprávního charakteru, pokud se rozhoduje o povinnostech subjektu k jeho tíži, je možno vyplňovat extenzivním výkladem, avšak pouze tehdy, jestliže interpretace za použití všech metod vede k nepochybnému závěru o smyslu a rozsahu předmětné právní normy. Oproti tomu použití analogie v právu veřejném, zejména pokud se tím zhoršovalo právní postavení daného subjektu, je obecně nepřipustné. Nelze se totiž ztotožnit s tím, že negativní důsledky nedostatků v právní úpravě, ať už jde o absenci příslušných norem (jako je tomu v daném případě), nebo jejich nesrozumitelnou formulaci, pokud jsou jimi ze strany státu ukládány povinnosti občanům (jednotlivcům), nesly právě tyto subjekty. Jestliže nastane právní situace, že v úvahu připadá více možností jednání (v daném případě lze hovořit spíše o nutnosti), pak je nezbytné volbu jednotlivce pro některou z nich respektovat. Z rozsudku krajského soudu vyplývá, že přes absenci výslovného ustanovení dovedl povinnost daného subjektu na základě § 137 odst. 1 občanského zákoníku a tedy na základě analogie iuris, což je v rozporu s výše uvedenou zásadou. Na okraj je třeba poznamenat, že není pochyb o tom, že se jedná o právní předpis soukromoprávní povahy, jehož účel a předmět úpravy je odlišný. Oba právní předpisy jsou samostatné v tom smyslu, že nelze, odhlédnuto od jednotného používání některých pojmů, vysledovat spojitosti v principech, na kterých jsou postaveny. Konkrétně zásada vyjádřená v citovaném ustanovení § 137 odst. 1 občanského zákoníku není v daňovém právu nijak reflektována, neboť např. zákon č. 316/1996 Sb., kterým byl novelizován zákon o daních z příjmů, zrušil s účinností od 1. 1. 1997 režim odpisování ve spoluvlastnictví podle výše spoluvlastnického podílu (viz tehdejší § 28 odst. 4) a nahradil jej režimem, ve kterém se odpisy provádějí ze skutečné, tj. zaplacené hodnoty spoluvlastnického podílu (viz § 29 odst. 5 zákona o daních z příjmů).“

V této souvislosti lze zmínit kategorický závěr Nejvyššího soudu, který vyslovil v rozsudku sp. zn. 22 Cdo 1438/2004 ze dne 16. 5. 2005, že nelze vydat konstitutivní rozhodnutí na základě analogické aplikace ustanovení občanského zákoníku z roku 1964. V předmětném případě se účastník řízení domáhal zřízení věcného břemene vedení vodovodního potrubí k jeho domu, a to analogicky podle ustanovení § 151o odst. 3 obč. z. umožňujícího zřídit na návrh vlastníka pozemku věcné břemeno ve prospěch vlastníka stavby spočívající v právu cesty přes přílehlý pozemek za účelem zajištění přístupu k nemovitosti. Nejvyšší soud dovodil, že zákaz vydat konstitutivní rozhodnutí na podkladě analogie vyplývá z § 853 obč. z., neboť ten hovoří o tom, že analogií se řeší – jak indikuje návěť § 853 obč. z. – „občanskoprávní vztahy, pokud nejsou upraveny ustanoveními tohoto zákona.“²⁶⁴ Z toho Nejvyšší soud dovodil, že aby bylo možno analogii uplatnit, musí občanskoprávní vztah již předtím existovat a není možno jej teprve na základě konstitutivního rozhodnutí vytvořit následně.

Výše uvedenou tezi zastávala též dobová odborná literatura. Komentář k občanskému zákoníku z roku 1964 uvádí: „Aplikovat právo podle analogie lze podle § 853 pouze existuje-li občanskoprávní vztah, který není zvláště upraven občanským zákoníkem. Aplikace práva podle analogie tedy předpokládá existenci občanskoprávního vztahu, v němž se vyskytne otázka, kterou podle zákona nelze řešit. Aplikace práva podle analogie je naopak vyloučena tehdy, pokud by sama vedla ke vzniku dosud neexistujícího právního vztahu, stejně tak nelze postupovat podle analogie tehdy, pokud se v občanskoprávním vztahu vyskytne otázka, u které zákon řešení nabízí.“²⁶⁵

²⁶⁴ Konkrétně Nejvyšší soud v rozsudku sp. zn. 22 Cdo 1438/2004 ze dne 16. 5. 2005 uvedl: „Rozhodnutí o zřízení věcného břemene je rozhodnutím konstitutivním, neboť se jím zřizuje hmotněprávní vztah, který tu doposud nebyl. Konstitutivní soudní rozhodnutí však nelze vydávat na základě analogické aplikace ustanovení občanského zákoníku. Analogii upravuje § 853 ObčZ, podle kterého občanskoprávní vztahy, pokud nejsou zvláště upraveny ani tímto, ani jiným zákonem, se řídí ustanoveními tohoto zákona, která upravují vztahy obsahem i účelem jim nejbližší. Konstitutivní rozsudek vydaný v občanském soudním řízení je (na rozdíl od rozsudku deklaratorního) právní skutečností občanského práva hmotného. Před jeho vydáním tu není hmotněprávní vztah mezi účastníky, který by bylo možno posoudit analogicky. Samotné splnění podmínek pro vydání rozhodnutí o zřízení věcného břemene nemá za následek vznik právních vztahů, neboť ty vzniknou až v důsledku soudního rozhodnutí; proto před vydáním rozhodnutí zde není právní vztah, který by bylo možno analogicky posuzovat. Konstitutivní rozhodnutí tedy nedeclaruje již existující práva a povinnosti, ale zasahuje do hmotněprávní sféry účastníků tak, že zakládá, mění nebo ruší subjektivní práva a povinnosti. K takovému zásahu je třeba výslovného ustanovení zákona, který výjimečně dovoluje soudu z podnětu žalobce zasáhnout do soukromých práv a povinností. Takto ovšem nelze zasahovat do práv účastníků podle přiměřeného použití zákona; v případě vlastnického práva by takový postup byl v rozporu i s čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod. Nejvyšší soud v této souvislosti opakovaně vyslovil, že v jiných případech, než které jsou upraveny v zákoně, nemůže soud svým rozsudkem zřídit věcné břemeno, a to ani tehdy, kdyby se z okolností případu jevílo zřízení věcného břemene nutným východiskem k jeho řešení (viz např. R 47/1991 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek).“

²⁶⁵ Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M., Eliáš, K., Nykodým, J., Novotný, M., Králík, M., Mikeš, J., Fiala, R., Dvořák, J., Jehlička, O., Liška, P., Lavický, P., Macek, J., Přib, J., Handlar, J., Selucká, M. *Občanský zákoník I, II*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, s. 2409.

Judikatura i odborná literatura do značné míry opřely své závěry o ustanovení § 853 obč. z. a jeho gramatický výklad. Z výše citované judikatury jakož i odborné literatury tedy vyplývá, že má-li zasáhnout soud do právních vztahů cestou konstitutivního rozhodnutí, musí k tomu vždy mít *in concreto* zákonné zmocnění (tedy obdobně jako v případech popsaných v předchozích částech této práce). Nejvyšší soud na základě tohoto jazykového výkladu tedy dospěl k následujícímu rozlišení rozhodujícímu pro přípustnost analogie: (i) analogii, která vede k rozhodnutí, jímž se *zakládá* právní vztah, je nepřipustná, (ii) analogie, která vede k rozhodnutí, jímž se *mění* existující právní vztah, je naopak přípustná. Je pravdou, jak to ostatně zdůrazňuje v citované judikatuře i Nejvyšší soud, že typicky v případech, kdy se žalobci domáhají zřízení věcných břemen, by soud takovým konstitutivním rozhodnutím vydaným *per analogiam* pravděpodobně zasáhl do ústavně garantovaného práva dotčené osoby (typicky dle článku 11 odst. 4 Listiny), což je bez zákonného podkladu problematické.

Lze se však setkat s názory, které již v době účinnosti občanského zákoníku z roku 1964 s výše uvedenou argumentací a paušálním kategorickým zákazem užití analogie v případě konstitutivních rozhodnutí nesouhlasily.²⁶⁶

Je otázkou, zda se nějakým způsobem do výše uvedených názorů promítne, či má promítnout, změna právní úpravy provedená přijetím občanského zákoníku z roku 2012. Srovnání úprav je následující:

- § 853 obč. z. stanovil: „**Občanskoprávní vztahy**, pokud nejsou zvláště upraveny ani tímto, ani jiným zákonem, se řídí ustanoveními tohoto zákona, která upravují vztahy obsahem i účelem jim nejbližší.“

²⁶⁶ Například Bohumil Havel ve svém internetovém článku uvádí: „Považuji výše uvedené rozlišení za nesprávné. Nevidím žádného věcného důvodu, jenž by mohl vyvrátit názor, že analogického použití jsou způsobilé i ty právní normy, jimiž jsou soukromoprávní vztahy zakládány. Pouhé jazykové znění § 853 o.z. takovým argumentem není. Blíže k pravdě se dostaneme tehdy, jestliže pookryjeme Savignyho konstrukci právního vztahu. Zbudou nám jen povinnosti (a oprávnění) adresované jednotlivým subjektům. Z tohoto pohledu je zcela nerozhodné, zda soud svým rozhodnutím konstituuje „novou“ povinnost (oprávnění) v rámci existujícího „vztahu“ nebo uložením „nové“ povinnosti „právní poměr“ teprve zakládá. Vždy se tak děje na základě kompetenční normy a je jen otázkou, zda ji lze aplikovat analogicky. Stejně platí i pro ta rozhodnutí, kterými je hmotněprávní povinnost subjektu (oprávnění) derogována.“ (Havel, B. *Lze vydávat konstitutivní soudní rozhodnutí na základě analogie?* Článek je dostupný na <https://jinepravo.blogspot.com/2011/05/lze-vydavat-konstitutivni-soudni.html>). Dále též Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 244: „Zmíněné rozhodnutí neobsahuje jakoukoli zmínku o povaze a funkci, kterou analogie v moderní právní metodologii plní. Představuje jen jeho formální jazykový výklad, což je u právně metodologického nástroje, kterým se má právě čelit formální tvrdosti jazykového výkladu, obzvláště bizarní. I toto ustanovení, jako každé jiné, je třeba interpretovat s ohledem na jeho smysl a účel, přičemž představení smyslu a účelu analogie jako způsobu dotváření práva bylo cílem předcházejících stránek. Na naplnění tohoto účelu pak nemá sebemenší vliv, zda soud rozhoduje konstitutivně či deklaratorně.“

- § 10 odst. 1 o.z. naproti tomu stanoví: „Nelze-li **právní případ** rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.“

Jak je patrné z výše uvedeného srovnání, pojem „občanskoprávního vztahu“ byl nahrazen pojmem „právního případu“.

Důvodová zpráva k občanskému zákoníku z roku 2012 sice zdůrazňuje nutnost potřeby dotváření práva, nicméně k otázce přechodu od pojmu „občanskoprávního vztahu“ k pojmu „právního případu“ mlčí a naopak uvádí, že se přejímá konstrukce § 853 obč. z.²⁶⁷

Komentářová literatura si posunu od pojmu „občanskoprávní vztah“ pod pojem „právní případ“ všímá, přičemž dovozuje, že v posledně uvedeném případě se jedná o pojem neostrý a neprobádaný. Jasně řešení ohledně otázky, zda lze ve změně úpravy spatřovat důvody pro posun v otázce týkající se konstitutivního rozhodnutí, však také nenabízí.²⁶⁸

Nicméně je třeba uvést, že závěry předchozí judikatury prozatím v některých rozhodnutích nekriticky přebírá též aktuální judikatura Nejvyššího soudu.²⁶⁹

Naproti tomu zase v rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 155/2018 ze dne 27. 3. 2018 bylo dovozeno, že „osobou aktivně legitimovanou k podání žaloby na zrušení služebnosti zřízené úplatným právním jednáním pro změnu poměrů je i osoba ze služebnosti oprávněná“,

²⁶⁷ „Komplex pravidel shrnutých do tohoto ustanovení se záměrně, kategoricky, a také v logické návaznosti na § 3, rozchází s Robespierrovou maximou, že „slovo soudní tvorba práva musí být vymýceno z našeho slovníku.“ Tato zásada je totalitnímu právnímu myšlení blízká, jak je známo rovněž z nedávné české zkušenosti, pohříchu i současnosti. S těmito neblahými tradicemi je nezbytné se rozejít nejen s ohledem na jejich kořeny, ani jen proto, že myšlenka popření soudcovské tvorby práva ani v totalitních právních systémech nenašel plně uplatnění, ale především z toho důvodu, že snahy o jeho prosazování působí retardačně na juristické myšlení i na celkovou právní kulturu, vedou k nespravedlnostem při aplikaci práva, a tudíž i k sociálně škodlivým efektům. Předně se příkazuje, není-li výslovného ustanovení, použít analogii (na mysli se má analogia legis). To je tradiční juristické řešení příkazu nalézt v zákoně i jeho latentní obsah, které má své kořeny již v zákonodárství josefínské doby. Návrh § 10 odst. 1 přejímá dosavadní konstrukci § 853 stávajícího občanského zákoníku.“ (Vláda: Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, č. 89/2012 Dz).

²⁶⁸ „Důvod použití výrazu „právní případ“ lze spatřovat v tom, že se občanský zákoník úzkostlivě vyhýbá používání výrazu právní vztah, a pokud už není zbytí, uchyluje se k obratu „právní poměr“. Právní vztah tak byl nahrazen teoreticky nijak neprobádaným, neostrým a spíše populárním než odborným termínem právní případ. Krom toho je § 10 odst. 1 ObčZ matoucí tím, že se zmiňuje o rozhodování právního případu, čímž – s ohledem na vžitě vnímání tohoto obratu – vyvolává dojem, že má jít o autoritativní aplikaci práva, tedy o rozhodování sporů či jiných právních věcí orgánem veřejné moci nebo jiným subjektem, na něž byla rozhodovací pravomoc přenesena. Tak tomu ovšem není, neboť naprostá většina soukromoprávních vztahů se realizuje zcela mimoproceně, a není o nich tedy vedeno žádné řízení a není v nich proto ani vydáváno jakékoli rozhodnutí. V § 10 odst. 1 tak nejde o nic jiného, než o vyjádření pravidla, že právně relevantní skutečnosti je nutno posoudit, tj. aplikovat na ně v první řadě ta ustanovení zákona, která se jich výslovně týkají. K tomu může přirozeně dojít v rámci řízení, ale také – a to většinou – mimo ně.“ (Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondikasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vítek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část* (§ 1–654). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 99.).

²⁶⁹ Například usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 2430/2019 ze dne 26. 11. 2019, dále sp. zn. 22 Cdo 2950/2019 ze dne 29. 10. 2019 či sp. zn. 22 Cdo 5237/2017 ze dne 24. 1. 2018.

ačkoli toto oprávnění dává pouze „vlastníkovi věci“. Toto rozhodnutí již nevychází z odkazu na předchozí judikaturu týkající se zákazu konstitutivního rozhodnutí (viz výše citovaný rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 1438/2004 ze dne 16. 5. 2005) a naproti tomu velmi detailně legitimizuje potřebu dotvořit právo prostřednictvím identifikace mezery v zákoně, principem účelnosti, principem bezrozpornosti právního řádu a principem rovnosti, dále analyzuje, proč je namístě v tomto případě upřednostnit analogii před argumentem *a contrario*. Jinými slovy, tento rozsudek stojí již výlučně na teleologických argumentech, nikoli na argumentu formálním opřené o tezi, že konstitutivní rozhodnutí, kterým se obecně rozumí rozhodnutí mající procesní i hmotněprávní důsledky, spočívající ve vzniku, změně nebo zániku subjektivních práv a povinností,²⁷⁰ lze vydat *per analogiam* v případech, kdy dochází ke změně nebo zániku právního vztahu, avšak nikoli v případech, kdy se jím daný vztah zakládá.

Výhrady proti paušálnímu zákazu dotváření práva cestou analogie u konstitutivních rozhodnutí vznesl též F. Melzer, který dovozuje, že i před účinností občanského zákoníku z roku 2012 byl výklad ustanovení § 853 obč. z. zastáván Nejvyšším soudem nesprávný, přičemž po změně dikce (tedy s účinností občanského zákoníku z roku 2012) byla zákazu dotváření práva cestou analogie odňata jakákoli základna.²⁷¹

Lze tedy shrnout, že vůči soudy dovozenému paušálnímu zákazu vydání konstitutivních rozhodnutí *per analogiam* opřené o předchozí ustanovení § 853 obč. z. z roku 1964 lze mít tyto výhrady:

- Za prvé se jedná o námitky vyplývající ze změny právní úpravy, a tudíž z potenciální nepoužitelnosti dříve judikaturou dovozených závěrů, byť dle důvodové zprávy se lze domnívat, že úmyslem zákonodárce patrně nebylo přivodit významnou změnu oproti předchozí právní úpravě. V každém případě pojem „občanskoprávní vztah“ a pojem „právní případ“ jsou pojmy odlišnými. Jako občanskoprávní vztah lze chápat společenský vztah dvou subjektů práva, který je právem upraven. Zatímco pojem právní případ povětšinou doktrínou jasně definován není,²⁷² nicméně nabízí se interpretace taková, že to je jednoduše případ, který byl soudu (či jinému orgánu veřejné moci) předložen k rozhodnutí²⁷³ (byť jak upozorňuje výše odkazovaná komentářová literatura

²⁷⁰ Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 192.

²⁷¹ Melzer, F., Těgl, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 196–197.

²⁷² L. Hlouch definuje právní případ jako „případ, který lze vyřešit pouze pomocí platného práva, tedy určitý soubor skutečností, který má jako celek určitý právní význam, resp. lze jej popsat pomocí určité množiny antecedentů (hypotéz) právních pravidel.“

²⁷³ Remeš, J. *Komentář k § 10*. In: Petrov, J., Výtisk, M., Beran, M. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2019, s. 51: „Prakticky půjde o vylíčení rozhodné skutečnosti (§ 79 odst. 1 OSŘ, srov. NS 22

takto úzký obsah pojmu právní případ není vhodný, protože analogii je možno aplikovat rovněž mimoproceně, například při kontraktaci).²⁷⁴ Domnívám se, že tato skutečnost je dostatečná pro odmítnutí dosavadní omezující judikatury.

- Za druhé, formální argumentace opodstatňující nemožnost vydání konstitutivního rozhodnutí absencí právního vztahu, vede k tomu, že konstitutivního rozhodnutí je možno vydat v případech, kdy se jím právní vztah mění nebo ruší, avšak nikoli v případech, kdy se právní vztah zakládá. Je však nějaký rozumný důvod pro takové rozlišování? Lze si představit argument opírající se o to, že v případě založení právního vztahu se nějak výrazněji zasahuje do principu právní jistoty či do principu dělby moci, ale je tomu skutečně tak? Domnívám se, že intenzita zásahu do právní jistoty účastníků může být v případě založení právního vztahu stejně významná, jako v případě změny či zrušení, resp. že každý případ by měl být spíše posuzován *ad hoc*. Jinými slovy, domnívám se, že z pohledu intenzity zásahu do práv adresátů právních norem není ani tak významné, zda na počátku právní vztah je či není, ale důležité jsou spíše důsledky tohoto zásahu (jak výrazně se zasáhne do právní jistoty účastníka v případě, že právní vztah bude založen, změněn či zrušen).

5.1.2. Nemožnost použití analogie v konkrétním případě (identifikace mezery vyplnitelné analogií)

V případě, že se orgán aplikující právo nebude nacházet v oblasti práva, na kterou se vztahuje výše uvedený blokový zákaz, neznamená to bez dalšího, že v daném případě může přistoupit k využití analogie.

Úvodem je vhodné připomenout jednu důležitou (jakoby samozřejmou) výhradu. Analogie nachází své uplatnění vždy teprve tam, kde zákonodárce určitou otázku neřeší „výslovně.“²⁷⁵ Analogie je způsobem dotváření práva. Dotváření práva jsme si přitom v úvodu práce vymezili za pomoci kritéria nejširšího možného jazykového významu jako aplikaci, která buď přesahuje rámec nejširšího možného jazykového významu příslušného ustanovení právního předpisu (aplikace *praeter legem verba legis*, na základě analogie), nebo která je dokonce v rozporu s jazykově jednoznačnou dikcí právního předpisu (aplikace *contra legem*

Cdo 1646/2000), resp. „relevantní skutečnosti, na nichž žalobce svůj nárok zakládá“ (*NS 22 Cdo 4072/2011 = Rc 90/2013*), které spolu s žalobním návrhem vytvářejí předmět řízení (*NS 22 Cdo 3700/2009*).“

²⁷⁴ Viz poznámka pod čarou 230.

²⁷⁵ I proto § 10 občanského zákoníku uvozuje použití analogie slovy: „Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení...“

verba legis na základě teleologické redukce).²⁷⁶ Shodně též nedávná judikatura uznává stanovenou hranici, když dovozuje, že „o soudcovské dotváření práva tak jde tehdy, když soudní rozhodnutí dospívá k řešení, které nemá oporu ani v nejširším možném jazykovém významu textu právního předpisu.“²⁷⁷

Při formulaci hypotézy „právní případ není upraven výslovně“ a při užití pojmu „výslovně“ zde není přitom myšlen toliko doslovný výklad (tedy, že by podmínkou analogie bylo pouze to, že případ není řešitelný jen na základě jazykově nesporné části interpretovaného pojmu či textu, aniž by bylo zvažováno použití neurčitě části pojmu či textu, resp. třídy pojmu), ale je třeba předně zvážit použití též extenzivního výkladu (tedy analogie nachází uplatnění teprve tehdy, kdy ani při nejširší možné jazykové intepretaci určitého ustanovení, není možno dovodit, že by zákonodárce daným ustanovením směřoval na konkrétní skutkový stav).²⁷⁸ Případný extenzivní výklad, vyžaduje-li jej účel zákona a umožňuje-li to jazykový významový rozsah zákonodárcem použitých slov v textu zákona, má vždy přednost před užitím analogie.²⁷⁹ To potvrzuje též judikatura.²⁸⁰

Ústava zdůrazňuje, že lid je zdrojem veškeré státní moci (čl. 1 odst. 1 Ústavy), že k omezení svobodné sféry člověka může docházet jen na základě zákona (čl. 2 odst. 4 Ústavy) a že zákonodárná iniciativa přitom náleží Parlamentu (čl. 15 odst. 1 Ústavy). Z ústavních limitů jakož i též z principu dělby moci tak vyplývá, že zákonodárce má monopol, pokud jde o stanovení obecně závazných pravidel chování pomocí zákona, prostřednictvím kterého tak činí, a že soudce je naproti tomu tímto zákonem vázán (článek 95 odst. 1 Ústavy).

²⁷⁶ Melzer, F., Tégl, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 193.

²⁷⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 3. 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018.

²⁷⁸ „Výslovnost ustanovení zde znamená, že případ nelze podřadit ani pod nejširší možný jazykový výklad konkrétního ustanovení.“ (Remeš. J. *Kometář k § 10*. In: Petrov, J. Výtisk, M., Beran, M. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2019, s. 51.)

²⁷⁹ „V tomto smyslu je nutno chápat i obrat „výslovné ustanovení“, jenž je použit v § 10 odst. 1. Ustanovení zákona se na určitý „právní případ“ nepoužije jenom tehdy, dopadá-li na něj podle svých slov (tedy výslovně), ale bezpochyby také tenkrát, vede-li interpretace ustanovení zákona k závěru, že je nutno se od jeho jazykového vyjádření odchýlit. Ani extenzivní interpretace zákona tedy nepředstavuje použití analogie. Nepoužívá se totiž ustanovení smyslem a účelem nejbližší, jako je tomu při analogii, ale ustanovení, které na určitou skutkovou podstatu přímo dopadá, byť jeho teleologická interpretace vede k závěru, že je zapotřebí je vyložit širše, než by se zdálo z jeho doslovného znění.“ (Lavický, Petr. § 10 [Analogie]. In: Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondikasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vitek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 99.)

²⁸⁰ Například v usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 2912/2014 ze dne 2. 2. 2015, v němž se dovolatel dovolával analogie *iuris* ve vztahu k výkladu právního jednání, uvedl Nejvyšší soud: „Rovněž nebylo možno v dané věci aplikovat zásadu *analogia legis* či *analogia iuris*, jak dovolatelka uvádí s poukazem na § 10 o. z., neboť v dané věci nejde o případ, kdy by bylo možno použít analogie, jestliže zákon výslovně upravuje postup pro výklad právního úkonu.“

Toto rozložení moci lze tedy popsat tak, že soudce je povinen soudit „podle zákona“, který mu stanoví Parlament. Současně však nelze opomenout, že zákon jakožto právní předpis představuje hmotné médium, jímž je komunikována nehmotná právní norma svým recipientům.²⁸¹ Jedná se o prostředek komunikace, který je a bude vždy nedokonalý z důvodů, které jsme popsali v první části této disertační práce týkající se obecné teorie komunikace. Lze připomenout, že nedostatečnost tohoto komunikačního prostředku vyplývá z toho, že každý z nás má jiné vědomí, které se tvoří na základě předchozích vjemů a představ, a toto vědomí každý může formulovat do poněkud jiných pojmů. Ideální stav je takový, že oba aktéři, odesílatel informace (zákonodárce) a jeho příjemce (v tomto případě soudce), mají stejné představy ohledně použitých pojmů, nicméně tak tomu nemusí být vždy. Specifikem komunikace prostředkem zákona je také obecnost užitých pojmů. Zákon musí být formulován obecně, aby tím byl zajištěn též princip rovnosti. Pokud by zákonodárce přijímal pouze kazuistickou úpravu, musel by při přijetí každého nového konkrétního pravidla chování poměřovat toto pravidlo se všemi předchozími pravidly. Na druhou stranu však zákonodárce při formulaci obecných pojmů, jimiž sleduje ovlivnění chování osob určitým způsobem, pomýšlí na určité typizované situace, které si s užitím pojmů spojuje ve svých představách. Při formulaci obecných pravidel však zákonodárce může užít pojem, který ve vědomí adresátů nemusí postihnout všechny situace, které jimi pomýšlel postihnout zákonodárce, či naopak může nezáměrně použít pojem, s nímž si ostatní adresáti tutéž situaci zpravidla nespojují (resp. pojem v nich neevokuje stejné situace).

Z výše uvedeného vyplývá následující. Na jednu stranu by orgán aplikující právo měl usilovat o postižení vůle zákonodárce a snažit se tedy identifikovat vědomí (cíle, představy), které zákonodárce měl při přijetí dané úpravy, byť zákonodárce nepoužil pro danou regulaci zcela přiléhavý pojem, na druhou stranu orgán aplikující právo nesmí daný pojem (zákonodárcem formulované obecné pravidlo chování) vztáhnout na situace, na něž zákonodárce užití daného pojmu zjevně nezamýšlel. Rekonstrukci vědomí zákonodárce a jeho záměrů je však třeba též poměřovat s právní jistotou adresátů právních norem. Nepřesnost zákonodárce při jeho vyjadřování mu totiž může jít někdy k tíži.

Popsaný postup řeší právní teorie prostřednictvím analýzy tzv. mezer v zákoně. Obecně je možno mezeru v zákoně popsat jako situaci, kdy aplikovaný zákon výslovně neobsahuje právní úpravu, kterou by na základě zákonodárského cíle a systematiky obsahovat měl.²⁸²

²⁸¹ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995, s. 131.

²⁸² Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. rozšířené a doplněné vydání. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 201.

Obdobně definuje mezeru v zákoně též F. Melzer: „*Pro daný problém tedy chybí z jazykového hlediska aplikovatelný předpis, který by však musel existovat, kdyby byl zákonodárce důsledný vzhledem k plánu zákonodárství, vzhledem k tomu, co právní řád ve své celistvosti vyžaduje. Tento plán zákonodárství přitom vyplývá zejména z již existujících hodnotových rozhodnutí a z hierarchické výstavby právního řádu.*“²⁸³ Zjednodušeně řečeno, mezerou v zákoně se rozumí „*protiplánová neúplnost zákona, resp. zákonodárství.*“²⁸⁴

Obdobné definice mezery v zákoně nalezneme též ve francouzsky psané literatuře. Jako příklad lze uvést belgického právníka P. Frierse, který byl jednou z vůdčích osobností tzv. bruselské školy práva²⁸⁵ a který popisuje mezery v zákoně následovně: „*Obecně hovoříme o mezeře, pokud se v právním předpisu postrádá norma, kterou by mohl soudce užít pro řešení určeného případu. Stejně tak, avšak méně často, hovoříme o mezeře, pokud pravidlo uvedené v právním předpisu pro řešení určitého případu se nezdá vhodným, uspokojivým či spravedlivým.*“²⁸⁶

Mezery v zákoně jsou tradičně právní doktrínou tříděny dle rozličných kritérií.

V. Knapp rozlišuje mezery na mezery *de lege lata* a mezery *de lege ferenda*. Mezera *de lege ferenda* je opřena o úvahu o tom, jaké by právo mělo být. V. Knapp dovozuje, že v takovém případě se o mezeru fakticky nejedná: „*Mezera v právu de lege ferenda tedy ve skutečnosti není mezerou v právu, ale subjektivním názorem, že by právem mělo být upraveno něco, co jím upraveno není.*“²⁸⁷ Mezeru v právu *de lege ferenda* tedy není možno nikdy vyplnit analogií. Naproti tomu lze hovořit o mezeře *de lege lata*, a to v případech, kdy zákon nějakou otázku *explicite* či *implicite* neřeší.²⁸⁸ I v těchto případech se však někdo domáhá rozhodnutí a soudce bude muset rozhodnout (v souladu se zásadou zákazu *denegatio iustitiae*) a v takovém případě bude dále uvažovat, zda budou splněny podmínky pro užití analogie či zda upřednostní argument *a contrario*. Pro účely této navazující části úvahy však již toto členění použitelné příliš není, neboť nestanoví konkrétní další kritéria, na podkladě kterých se dá mezera *de lege lata* (po její identifikaci) vyplnit analogií či nikoli.

Dále lze v literatuře nalézt členění mezer na mezery počáteční a mezery následné. O počáteční mezeru se jedná tehdy, pokud mezera v zákoně existovala již v době přijetí právní

²⁸³ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha, C.H.Beck, 2009, s. 221.

²⁸⁴ Melzer, F., Tégl, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 194

²⁸⁵ Pojem „bruselská škola“ se používá k označení přístupu k právu zastávaného od konce 60. let osobnostmi jako Chaïm Perelman, Paul Friers či Walter Ganshof van der Meersch, která se vyznačuje praktickým a mezioborovým přístupem a pragmatickou metodou, prostřednictvím které přispěli k obohacení teorie práva o studium soudní praxe, argumentace a znovuzavedení obecných zásad, základních práv a hodnot v rámci pozitivního práva.

²⁸⁶ Friers, P. *Les lacunes du droit*. Logique Et Analyse, svazek 10, číslo 37, 1967, s. 9.

²⁸⁷ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995, s. 66.

²⁸⁸ Ibid.

úpravy. Jinými slovy, napětí mezi pojmem, který zákonodárce užil, a skutkovou situací, kterou pod daný pojem nejde jazykově podřadit, byť je to pocíťováno jako potřebné, existovalo bez vlivu vnějších poměrů již od okamžiku nabytí účinnosti zákona. Z povahy věci pak plyne, že počáteční mezera může být mezerou vědomou či nevědomou (jak bude definováno níže), proto je třeba pro posouzení přípustnosti jejího vyplnění dále zkoumat, o který typ se jedná. Naproti tomu následnou mezerou je mezera, která vznikne dodatečně po nabytí účinnosti zákona vlivem změny právně-politických poměrů.²⁸⁹ Následná mezera je vždy mezerou nevědomou.

Příkladem následné mezery je případ analogického užití čl. 457 a 458 Code Civil v právní praxi. Článek 457 Code Civil stanoví: „*Poručník, ani otec nebo matka, si nemohou půjčovat za své nezletilé, ani zcizovat nebo zastavovat jejich nemovitý majetek, aniž by to bylo povoleno rodinnou radou...*“ V článku 458 Code Civil se pak dále uvádí: „*Jednání rodinné rady týkající se těchto záležitostí bude provedeno pouze poté, co poručník požádá a získá souhlas u civilního soudu prvního stupně...*“ V roce 1943 rozhodnutím Cour de cassation ze dne 6. 5. 1943 rozhodl, že „*postoupení pohledávky náležející nezletilému překračuje oprávnění správy jmění poručníkem; s ohledem na totožnost důvodů, které inspirovaly články 457 a 458 Code Civil, vyžaduje takové jednání pro svoji platnost souhlas rodinné rady schválený soudem.*“ Tehdejší státní zástupce Janssens de Bisthoven argumentoval ve prospěch tohoto rozhodnutí, když uvedl: „*Jestliže vydáte rozsudek v tomto smyslu, který je zcela v souladu s duchem zákona, bude vyplněna mezera v zákoně, který jinak vystavuje majetek nezletilých největším nebezpečím.*“ Přitom však o století dříve (v rozsudku ze dne 30. 4. 1852) bylo ze strany Cour de cassation judikováno přesně opačně, že zákonný zástupce je oprávněn činit vše, co by mohl činit nezletilý, pokud by byl zletilým, s výjimkami, které jsou uvedeny v zákoně s tím, že tyto výjimky nemohou být rozšiřovány cestou analogie. Převažovala tehdy tedy ještě interpretace o taxativním výčtu, který nelze rozšiřovat. Nicméně ukázalo se, že patrně nejvýznamnějším důvodem pro změnu aplikačního přístupu byla společenská změna: „*Zákoník zjevně nehovoří vůbec o movitých právech nezletilého z důvodu, že v době jeho vypracování bylo movité bohatství méně významné.*“²⁹⁰

Významným a pro tuto práci velmi relevantním členěním je členění na mezery vědomé a nevědomé. Rozlišují se tak případy, kdy (i) zákonodárce vědomě použil pojem, který nedopadá na řešenou skutkovou situaci (vědomá mezera) a kdy (ii) zákonodárce takový pojem

²⁸⁹ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. rozšířené a doplněné vydání. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 203–204.

²⁹⁰ Shrnuto podle Somerhausen, M. *La motivation et la mission normative du juge*. In: Perelman, Ch., Foriers, P. (ed.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1978, s. 27–28.

užil nevědomě (nevědomá meze), ať už zde takové důvody opodstatňující obdobné právní řešení skutkové situace zákonem neupravené byly v době vydání právního předpisu (nevědomá počáteční meze), nebo k jejich vzniku došlo vlivem následného vývoje politického, právního a sociálního vývoje (nevědomá následná meze). Jedná se tedy o členění založené na kritériu, zda zákonodárce o této mezeře věděl (pak jde o zamýšlenou neúplnost, tedy vědomou mezeru) či nevěděl (pak jde o nezamýšlenou neúplnost, tedy nevědomou mezeru).²⁹¹

K uvedenému rozlišování se přihlásil též Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. III. ÚS 2264/13 ze dne 27. 3. 2014, v němž dovedl, že vědomé mezery nemohou být zásadně vyplňovány dotvářením práva (tedy typicky analogií) a případný rozpor s principem rovnosti lze řešit pouze změnou právní úpravy či zrušením právního předpisu v řízení před Ústavním soudem, dosahuje-li nerovnost ústavněprávní dimenze. Konkrétně Ústavní soud uvedl: *„Hranicí mezi tvorbou práva a (ještě) dotvářením práva je kritérium, zda bezdůvodná diferenciacie mezi komparovanými skutkovými podstatami je vědomým rozhodnutím zákonodárce, či nikoli. 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. To, zda šlo o vědomé či nevědomé rozhodnutí zákonodárce (mezeru vědomou či nevědomou), lze zjistit především jasně průkazným úmyslem zákonodárce; jde o skutečnou vůli zákonodárce (subjektivní historický výklad), nikoli o vůli, která se bude jen předpokládat (platí totiž presumpce opačná, předpoklad racionálního zákonodárce). Tímto způsobem lze tedy zodpovědět i související otázku, kdy lze aplikované ustanovení právního předpisu dotvořit a kdy má naopak být navrženo Ústavnímu soudu ke zrušení pro porušení principu rovnosti; je-li právní úprava zákonodárcem koncipována s vědomým teleologického rozporu, pak obecný soud či Ústavní soud nemůže toto řešení změnit, ale může dojít jen ke zrušení právního předpisu.“*

Českému třídění na vědomé a nevědomé mezery odpovídá obdobné třídění provedené belgickým právním teoretikem Ch. Perelmanem. Ten rozlišuje mezi mezerami (*lacune*) a „dutinami“ či „dírami“ v zákoně (*creux*). I belgický právní systém je založen na rozdělení moci tak, že úkolem vytvářet nové právo je pověřen výslovně zákonodárce, a proto je soudní moc omezena – musí sice říct, co je právem, nicméně nesmí jít proti výslovné či předpokládané vůli zákonodárce. Z toho se dovozuje rozlišení: *„Pokud existuje díra v zákoně [creux] ..., nepřisluší*

²⁹¹ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 231.

roli soudce zajišťovat nápravu, je nezbytné se obrátit na zákonodárce. Samozřejmě všichni rozumí tomu, že pojem „mezeru“ [lacune] a „díru“ [creux] jsou pouze metaforami, jejichž technické použití v právu může vzbudit nejednu obtíž a dokonce spor. Nicméně princip je jednoduchý: soudce může vyplnit mezeru, ale nikoli díru, který vyžaduje zásah zákonodárce.²⁹² Jako příklad dutiny či díry v zákoně pak Ch. Perelman uvádí tehdejší právní úpravu v Izraeli, podle níž všechny otázky týkající se stavu osob spadají do působnosti náboženských soudů příslušných podle náboženského vyznání dotčených. Z toho pak vyplývá, že civilní soudy jsou nepřislušné v této otázce (s výjimkou určitých případů, které mohou být předloženy Nejvyššímu soudu). A dále z toho plyne, že neexistuje žádný orgán, který by byl oprávněn rozhodovat o otázkách týkajících se manželství či rozvodu osob, jimiž se žádný náboženský soud nepřeje zabývat (například svatby či rozvody nevěřících, svatby mezi osobami různých vyznání a jiné). Dle Ch. Perelmana se jedná o příklad díry (*creux*), kterou žádný izraelský soudce nemůže vyplnit, neboť „nemůže změnit samotný duch zákona, který se vyjadřuje neexistencí určitých institucí či občanských stavů.“²⁹³

Z terminologického pohledu nezbyvá jen než dodat, že vyjdeme-li z definice mezery v zákoně jako z „protiplánové neúplnosti právního řádu“ (čemuž odpovídají též definice uvedené na počátku této části práce), pak vědomá mezeru v zákoně (obdobně jako mezeru *de lege ferenda*) ve skutečnosti mezerou není (není splněn znak protiplánovosti).

Klíčové je tedy rozlišit, zda se jedná o mezeru v zákoně (v takovém případě je možno dále zvažovat užití analogie), či o úmysl zákonodárce neregulovat danou skutkovou situaci (v takovém případě je na místě věc vyřešit na základě argumentu *a contrario*, resp. opačný postup by byl v zásadě protiprávní, *ergo* protiústavní). Z výše uvedeného lze dovodit, že soudce není zásadně oprávněn dotvořit právo formou analogie v případě, kdy z analýzy právních předpisů samotných, z důvodové zprávy či jiných podkladů z legislativního procesu vyplyne závěr, že zákonodárce vědomě použil daný pojem výlučně za účelem regulace jím popsáných skutkových situací a žádných jiných (či tím spíše, pokud soudem řešenou situaci vzal v rámci legislativního procesu v potaz a záměrně ji jako právem upravenou regulovat odmítl). Vždy je třeba preferenci argumentu *per analogiam* nebo naopak *a contrario* dovodit na základě objektivních kritérií. Podle P. Pescatore je nutné se odvolat k vnějším prvkům, jakými jsou kontext, *ratio legis*, vývoj ustanovení, praxe apod. a odůvodnit jimi použití argumentu.²⁹⁴

²⁹² Perelman, Ch. *Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse*. In: Perelman, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 539.

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 349.

V pozadí pak stojí vždy hodnotová úvaha soudce, což pro analogii platí obzvláště: „*Toto je patrné zejména při analogii, založené nikoli na identitě, ale pouze na podobnosti případu; při stejném stavu věci je možno analogii přehodnotit na a contrario a naopak. Skutečná podstata různých interpretačních postupů a skutečný důvod, který předurčuje v konkrétním případě volbu mezi více možnými výklady, nespočívají v logickém soudu, ale v hodnotovém soudu.*“²⁹⁵ Obdobně F. Bydlinski vylučuje, že by existovala nějaká „houpačka“ mezi argumentem *per analogiam legis* a argumentem *a contrario*, která by umožňovala rozhodovat mezi oběma argumenty v zásadě libovolně: „*Jestliže nepřihlížíme toliko k textu, tedy „k písmenkům“ zákona, nýbrž si uvědomíme – např. za pomoci § 7 OZO! – i jeho účely (důvody), nemůže být vůbec řeči o údajně libovolné houpačce mezi analogickým závěrem a vylučovací závěrem jako zásadní námitce. Spíše záleží na tom, zda se problémově relevantní účel zákona vztahuje toliko na výslovně skutkovou podstatou pokryté věcné podstaty (pak platí argumentum e contrario) nebo je překračuje (pak a jen potud jde o analogický závěr).*“²⁹⁶

V této souvislosti je však vhodné zmínit, že pro určení vědomé mezery nemusí být vždy relevantní jen subjektivní historický výklad, ale také výklad systematický a teleologický. To lze ilustrovat na příkladu rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 2992/2005 ze dne 16. 3. 2006, v němž Nejvyšší soud řešil případ, kdy při honu došlo ke smrtelnému zranění muže a pozůstalí rodinní příslušníci se domáhali náhrady nemajetkové újmy v penězích vůči fyzické osobě, která byla členem mysliveckého sdružení. Žalovaná fyzická osoba namítala, že je na místě použít analogii § 420 odst. 2 obč. z. a tedy že na místo ní osobně má odpovídat právnická osoba – myslivecké sdružení, jehož byla členem, neboť k újmě došlo při plnění činnosti této právnické osoby. Nejvyšší soud se ztotožnil s žalovanou fyzickou osobou v tom smyslu, že předpokladem analogického užití ustanovení § 420 obč. z. je, aby činnost užití fyzické osoby nepostrádala místní časový a věcný (vnitřní účelový) vztah k plnění úkolů právnické osoby, současně však zdůraznil, že je třeba přihlídnout ke specifikům právní úpravy, která se vázala k výkonu práva myslivosti. Nejvyšší soud zdůraznil, že zákon o myslivosti například upravoval, že právnická osoba, která je uživatelem honitby, musí hradit škodu, která byla v honitbě způsobena výkonem práva myslivosti na honebních pozemcích nebo na polních plodinách dosud nesklizených, vinné révě nebo na lesních porostech (resp. škodu, kterou takto případně způsobila zvěř). Naproti tomu, co se však týče případné náhrady újmy způsobené výkonem práva myslivosti na zdraví, resp. usmrcením, neobsahoval tento zákon speciální

²⁹⁵ Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 354.

²⁹⁶ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt. Vídeň, s. 50.

úpravu, která by v těchto případech zakládala eventuální odpovědnost sdružení těchto osob a naopak stanovil povinnost fyzických osob vykonávajících právo myslivosti být pro tyto případy pojištěn, čímž zákonodárce jednoznačně projevil vůli v tom smyslu, že není možno uvažovat o eventuální odpovědnosti sdružení, a proto se v daném případě jednalo o vědomou mezeru v zákoně.

Obdobně například bylo judikaturou dovozeno, že se jedná o případ vědomé mezery, pokud zákonodárce nepřipustil ve správním soudnictví, aby na rozdíl od obecného soudnictví (občanského soudního řízení) nebylo možno přiznat procesně nezastoupenému navrhovateli (potažmo žalobci) náhradu nákladů řízení stanovenou paušální částkou podle vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), nýbrž je třeba vycházet z nákladů, jejichž vynaložení navrhovatel soudu prokáže. Analogická úprava ustanovení § 151 odst. 3 o.s.ř. (která v případě občanského soudního řízení možnost paušální náhrady připouští) zde není namístě, neboť správní soudnictví vykazuje od obecného soudnictví značné rozdíly a současně zákonodárce přistoupil k přijetí uvedené úpravy v návaznosti na nálezy Ústavního soudu týkající se občanského soudního řízení s vědomím, že soudní řád správní obsahuje vlastní úpravu, aniž by ji novelizoval.²⁹⁷

Na případ vědomé mezery mohou upozorňovat také taxativní výčty a objevují se názory, které bez dalšího uvádí, že v takovém případě je možnost dotváření práva zapovězena.²⁹⁸ K nepřipustnosti analogie v případě, že je podán taxativní výčet, a to ani ve prospěch obviněného, se přiklonil též Nejvyšší soud, který dovedl, že nelze analogií rozšiřovat taxativně vymezené důvody obnovy řízení, jak jsem uvedl v předchozí kapitole této disertační práce týkající se blokových zákazů dotváření práva.²⁹⁹ Zůstává otázkou, zda tento pohled není příliš zjednodušujícím, neboť například Právnická fakulta Univerzity Karlovy při zasílání připomínek k tomuto stanovisku Nejvyššího soudu uvedla: „Zpravidla se též uvádí, že je analogie nepřipustná všude tam, kde trestní řád uvádí taxativní výčet možností použití svých ustanovení. Avšak taxativní výčet vylučuje možnost užití analogie jen tam, kde si byl zákonodárce vědom

²⁹⁷ Konkrétně Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 6 As 135/2015-79 ze dne 25. 8. 2015 uvedl: „Nejvyšší správní soud vzal proto dále v úvahu fakt, že po vydání citovaného nálezu Ústavního soudu nabyla účinností novela občanského soudního řádu (zákon č. 139/2015 Sb.), která daný problém vyřešila pro oblast obecného soudnictví (viz výše citované novelizované znění § 151 odst. 3 o. s. ř.). Ačkoliv si zákonodárce musel být vědom toho, že soudní řád správní obsahuje svébytnou úpravu nákladů řízení, k jeho novelizaci v tomto směru nepřistoupil. Tím se jen potvrzuje úvaha, že důvody, pro které Ústavní soud využil v občanském soudním řízení ústavně konformní výklad pomocí analogie, nejsou plně přenositelné na řízení podle soudního řádu správního.“

²⁹⁸ „Analogie je dále nepřipustná tam, kde skutkové podstaty jsou v zákoně počítány taxativně...“ (Knapp, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995, s. 173.).

²⁹⁹ „Výčet rozhodnutí uvedených v ustanovení § 277 tr. ř., u něhož lze povolit obnovu řízení, je taxativní, proto jejich okruh nelze rozšiřovat ani s použitím analogie ve prospěch obviněného.“ (Stanovisko Nejvyššího soudu ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 302/2012).

všech možnostech a záměrně některé z nich do příslušného ustanovení neuvedl. V případech, kdy tomu tak není, nelze ani při taxativním výčtu a priori vylučovat užití analogie. Proto je třeba ve světle (konstatování) uvedeného na prvním místě vyjasnit, zdali zde je mezera v zákoně nebo nikoliv.“ Nesouhlasné stanovisko Právnické fakulty Univerzity Karlovy přitom vůbec v předmětném řízení nezůstalo osamoceno. Stejně tak závěr o nutnosti paušálního odmítnutí použitelnosti analogie v případě taxativních výčtů odmítá F. Melzer, který uvádí, že v případě taxativních výčtů ani v případě pravidla, které je formulováno jako výjimečné pravidlo, není analogie vyloučena s tím, že musí rozhodovat teleologické argumenty nikoli formální podoba výčtu.³⁰⁰ Ke stejnému závěru dospěl L. Hlouch.³⁰¹ Budiž závěrem řečeno, že závěry F. Melzera o nerelevantnosti taxativních výčtů pro úvahy o použitelnosti či nepoužitelnosti analogie převzal rovněž Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. I.ÚS 2920/09 ze dne 22. 2. 2011.³⁰²

Ze stejných důvodů, z jakých je třeba odmítnout paušální zákaz použití analogie v případě taxativních výčtů, je třeba dle F. Melzera odmítnout rovněž často dovozovaný zákaz použití analogie v případě aplikace výjimek z pravidla dovozovaný na podkladě zásady, že výjimky nemají být rozšiřovány (*singularia non sunt extendenda*).³⁰³ I v tomto případě platí, že samotná skutečnost, že zákonodárce formuloval jasně pouze určité výjimky z možného dosahu jeho pravidla (resp. podal taxativní výčet výjimek), neznamená, že zákonodárce tím chtěl vyloučit možnost dotváření práva.

Dalším významným členěním je členění mezer na mezery pravé (dle F. Melzera též někdy logické, technické) a mezery nepravé (dle F. Melzera teleologické).

³⁰⁰ Melzer, F., Tégl, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 197. Dále též Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 245.

³⁰¹ Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 146–147.

³⁰² „Jak uvedl kupříkladu Ústavní soud v usnesení sp. zn. I. ÚS 2395/10 ze dne 26. 10. 2010 (dostupné na <http://nalus.usoud.cz>), analogie je metodologický nástroj k nápravě protiplánové neúplnosti zákona, resp. zákonodárství, a právě podmínka protiplánovosti je v zásadě kritériem řešení otázky, kdy lze použít analogii, resp. teleologickou redukci a kdy argumentum e contrario, resp. e silentio legis (srov. např. Melzer, F.: *Metodologie nalézání práva, Úvod do právní argumentace*, 1. vydání, C. H. Beck, Praha, 2009, např. s. 221). Řečeno opět slovy citovaného doktrinárního díla, „pokud pouze zákonodárce povšechně stanoví, že určité ustanovení platí jen pro tyto případy a pro žádné jiné, tak z toho vůbec není zřejmé, zda si byl možnosti právě projednávaného případu vůbec vědom. Lze se pak vždy s ohledem na předpoklad racionálního zákonodárce domnívat, že právě projednávaný případ, jehož teleologie vyžaduje stejné řešení, jako případy ve výčtu uvedené, by při vědomí si tohoto případu do taxativního výčtu též zařadil. ... Zákonodárce zpravidla vychází z toho, co je běžné, z tzv. normálního případu, přičemž zvláštní případy mohou uniknout jeho pozornosti, ... jelikož přípustnost analogie, alespoň v případě teleologické mezery v zákoně, vyplývá z objektivně teleologické argumentace, není možné argumentovat čistě formálními (např. jazykovými argumenty).“ (nález Ústavního soudu sp. zn. I.ÚS 2920/09 ze dne 22. 2. 2011).

³⁰³ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 246–247.

Pravé mezery je možno definovat tak, že bez jejich vyplnění nelze právní případ posoudit,³⁰⁴ tedy kdy aplikace jedné právní normy totiž předpokládá existenci právní normy jiné, avšak ta chybí a existující právní normu bez ní nelze vůbec použít.³⁰⁵ Obdobně též Nejvyšší správní soud definoval pravou mezeru jako případ, kdy aplikace jedné právní normy logicky předpokládá jinou právní normu, která však chybí a bez jejíhož doplnění je dané ustanovení neaplikovatelné, přičemž vyšel právě z poukazu na F. Melzera.³⁰⁶ F. Melzer uvádí, že se pro tyto mezery používá též označení logická či technická, přičemž za přílehavější považuje označení technická mezera (technická proto, že předpis není technicky aplikovatelný), neboť mezera sama o sobě není logickou ve smyslu formální logiky.³⁰⁷

Jako *technické mezery* označuje tyto (pravé) mezery rovněž některá francouzsky psaná literatura. J. Miedzianogora o technických mezerách hovoří jako o případech, kdy „*se jeví, že vzhledem k tomu, co zákonodárce chtěl udělat, se jeho práce ukáže nedostatečná.*“ Jako příklad uvádí situaci, kdy zákonodárce vytvoří kolegium pověřené činěním rozhodnutí, avšak neupraví, jaká většina je potřebná pro platnost rozhodnutí.³⁰⁸

V případě pravých (technických) mezer je tedy třeba vyřešit situaci, kdy zákonodárce jasně projevil vůli určité skutkové situace řešit určitým právním následkem, nicméně současně neupravil právem určité otázky, které jsou předpokladem aplikace dané právní normy (typicky prováděcí ustanovení).

Pravá mezera je obecně odbornou literaturou považována za vyplnitelnou, aniž by to vzbuzovalo výraznější kontroverze. Legitimita vyplnění mezery analogií se zde opírá o dva argumentační okruhy:

- Jedním okruhem je předpoklad racionálního zákonodárce, tedy předpoklad, že zákonodárce netvoří právní normy, které by nebylo možno aplikovat,³⁰⁹ a proto

³⁰⁴ Holländer, P. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu.* Praha: Linde, 2003, s. 17–18. Citováno podle: Lavický, P. *Soudcovské dotváření pravidel dělení důkazního břemene.* Právník. 4/2018. Ročník 157, s. 303–319.

³⁰⁵ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace.* 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 223–247.

³⁰⁶ Unesení Nejvyššího správního soudu č.j. 1 As 21/2010- 65 ze dne 12. 3. 2013: „*V daném případě se tedy jedná o tzv. pravou mezeru v zákoně, kdy aplikace jedné právní normy logicky předpokládá jinou právní normu, která však chybí a bez jejíhož doplnění je dané ustanovení neaplikovatelné. Existence takové mezery v zákoně mající technickou povahu je však v rozporu se základním právním principem účelnosti, neboť není možné rozumně očekávat, že zákonodárce bude tvořit právní normy, které není možné vůbec použít. Tento princip je pak základním legitimačním důvodem pro uzavření technické mezery v zákoně za pomoci argumentů, které jsou obecně přípustné pro výklad právních předpisů (k pojmu pravé mezery v zákoně a způsobu jejího uzavření srov. kupř. F. Melzer: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, 2. vydání, C. H. BECK, Praha 2011, s. 224 a násl.)*“

³⁰⁷ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace.* 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 224.

³⁰⁸ Miedzianogora, J. *Juges, lacunes et idéologie.* In: Perelman, Ch. a kol. *Le problème des lacunes en droit.* Bruxelles : Bruylant, 1968. s. 519–520.

³⁰⁹ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace.* 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 224.

případnou nečinnost je třeba chápat jako výzvu k analogii. Technická mezera je tak mezerou protiplánovou (zpravidla nevědomou).

- Druhým argumentem je zásada zákazu *denegatio iustitiae*, kdy odepření spravedlnosti by v předmětném případě bylo poměrně očividné, vezmeme-li v potaz, že zákonodárce jasně stanovil, že určitá skutečnost má být spojena s určitým právním následkem (tedy například „*nastane-li x, určité osobě má vzniknout právo y*“), pouze však opomenul stanovit určité předpoklady aplikace. Jinými slovy, určité osobě by z pozitivního práva vyplývalo nějaké oprávnění, nicméně by se jej nemohla dovolat.

Příkladem pravé mezery v zákoně by mohla být patrně situace, kterou řešil Nejvyšší soud ve svém usnesení sp. zn. 11 Zp 11/98 ze dne 22. 12. 1998. V daném případě se likvidátor domáhal odměny a náhrady hotových výdajů za provedení likvidace politického hnutí, ke které byl jmenován soudem v návaznosti na rozhodnutí o rozpuštění politického hnutí. Právní úprava zákona č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a politických hnutích, v tehdejší znění, stanovila, že se na likvidaci majetku a závazků zrušené strany a hnutí použijí přiměřeně předpisy o likvidaci majetku a závazků obchodních společností. Obchodní zákoník ani jiná právní norma účinná v době podání návrhu přitom neobsahovala konkrétní úpravu pro určení odměny soudem jmenovaného likvidátora. Soud tak byl nucen aplikovat analogii *iuris* a navrhl určit odměnu likvidátora podle vyhlášky ministerstva spravedlnosti č. 476/1991 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona o konkursu a vyrovnání, ve znění účinném ke dni podání návrhu na určení odměny. Nicméně v tomto případě zase Nejvyšší soud čelil tomu, že předmětná vyhláška upravovala právo na odměnu tak, že se jednalo o závazek mezi likvidovaným subjektem a likvidátorem a odměna se uspokojovala z prostředků likvidovaného subjektu. V daném případě však likvidace skončila bez jakéhokoli likvidačního zůstatku, z něž by se mohl likvidátor uspokojit a ten by tedy neměl nárok na odměnu vůbec, přičemž však právo na odměnu za práci vyplývá například z čl. 28 Listiny, čl. 23 odst. 2 Všeobecné deklarace lidských práv, čl. 26 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech či čl. 7 Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech. Vzhledem k této skutečnosti nakonec Nejvyšší soud dokonce dotvořil právo tím způsobem, že dovedl, že v případech jmenování likvidátora soudem je nutné, aby při nedostatku majetku likvidovaného subjektu byla odměna hrazena státem.

Pravé mezery budou téměř vždy mezery nevědomé, protože se bude jednat především o technické nedostatky právní úpravy, které budou zákonodárcem nechtěné (bude se jednat o zákonodárcova opomenutí). Čistě teoreticky si lze samozřejmě představit i pravou mezeru

vědomou, ale taková mezera by byla v rozporu s předpokladem racionálního zákonodárce a v praxi se logicky ani neobjevuje.

Nepravá mezera v zákoně naproti tomu výslovně určitou právní úpravu nepředpokládá. Jedná se o mezeru v zákoně, jejíž vyplnění vzbuzuje největší kontroverze, a to z toho důvodu, že neúplnost zde není dovozována přímo z textu zákona jako u pravé mezery (u níž text zákona samotného předpokládá právní úpravu, která se postrádá), ale naopak se neúplnost dovozuje z teleologických úvah orgánu aplikujícího právo o tom, že skutková podstata, která není zákonem regulována a s níž tak zákon výslovně nespojuje žádný právní následek, by měla být s ohledem na hodnotovou koherenci právního řádu posouzena jako podobné skutkové podstaty, s nimiž zákon právní následek spojuje, a to za tím účelem, aby nedocházelo k nedůvodným nerovnostem mezi posuzováním skutkově obdobných případů (zde tedy „orgán aplikující právo postrádá právní úpravu, kterou by očekával, aby byl zajištěn cíl sledovaný právní úpravou“). P. Holländer definuje nepravou mezeru jako neúplnost nebo absenci psaného práva ve srovnání s explicitní úpravou obdobných případů (principem rovnosti), anebo z pohledu obecných právních principů.³¹⁰ F. Melzer zase spojuje identifikaci nepravé mezery v zákoně s tím, kdy řešení na základě výkladových metod a argumentu *a contrario* se stále jeví jako protiplánová neúplnost zákona. Samotná neúplnost zákona sama o sobě pro vyplnění mezery proto nestačí, je třeba hledat protiplánovost této neúplnosti, přičemž právě podmínku protiplánovosti považuje za hlavní kritérium pro řešení případu buď na základě analogie, nebo na základě argumentu *a contrario*.³¹¹

Ústavní soud definoval ve svém nálezu sp. zn. Pl. ÚS 83/06 ze dne 12. 3. 2008, jímž zrušil řadu ustanovení zákoníku práce, nepravou mezeru jako „*mezeru, jejímž obsahem je neúplnost psaného práva ve srovnání s explicitní úpravou obdobných případů, tj. neúplnost z pohledu principu rovnosti anebo z pohledu obecných právních principů.*“ Nejvyšší soud nepravou mezeru zase definuje jako mezeru, která „*je dána neúplností explicitní zákonné úpravy, která se podává z rozporu mezi smyslem a účelem zákonné úpravy na straně jedné a jeho doslovného významu na straně druhé,*“³¹² či též jako „*stav, kdy pro jeden případ, znaky jehož skutkové podstaty jsou popsány v hypotéze právní normy, tu z jejího jazykového výkladu vyplývá určitý následek stanovený v dispozici, pro jiný případ však nikoliv, ačkoliv teleologie tohoto ustanovení (vzhledem k hodnotám a principům, na nichž je založen právní řád) vztahuje*

³¹⁰ Holländer, P. *Dotváření Ústavy judikaturou Ústavního soudu*. In: Deset let Ústavy České republiky. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 124-125.

³¹¹ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 225–226.

³¹² Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 155/2018 ze dne 27. 3. 2018.

stejně na oba případy, se neslučuje s principem hodnotové bezrozpornosti právního řádu a opodstatňuje závěr o neúplnosti zákona, který je možno a nutno dotvořit prostřednictvím judikatury.“³¹³

Obdobu členění mezer na pravé a nepravé lze nalézt též v belgické literatuře. P. Foriers rozlišuje mezeru skutečnou (*la vraie lacune*), která je trvalou mezerou a která se ukazuje jako výsledek pouhého pozorování, a mezerou falešnou (*le fausse lacune*), která je mezerou vytvořenou a která je výsledkem rozhodnutí, volního jednání.³¹⁴ Mezera skutečná se projevuje nedostatkem normy pro řešení sporu (taková mezerka je také technická), mezerka falešná se projevuje tak, že navzdory existenci normy je sporována její vhodnost (taková mezerka je zase praktická).³¹⁵ Obdobně tak rozlišuje Ch. Huberlant (s odkazem na švýcarského profesora práva Du Pasquiera) mezery v právu na mezery vlastní či pravé (*les lacunes proprement dites*) a mezery předstírané či nepravé (*les prétendues lacunes*).³¹⁶ Vlastní mezery jsou „*takové, kdy zákon neobsahuje pravidlo týkajícího se určitého případu, avšak takové pravidlo sám jinde vyžaduje.*“³¹⁷ Předstírané mezery se „*ukážou tehdy, kdy aplikace zákona vede k řešení, které je proti požadavkům právního vědomí nebo potřebám společenského života. Tyto takzvané mezery předpokládají určitou úvahu, prostřednictvím které soudce zaujme kritickou pozici vůči zákonodárci a do určité míry jej nahrazuje.*“³¹⁸

Nepravé mezery lze dále dle F. Melzera rozlišovat na nepravé otevřené mezery a nepravé zakryté mezery. O nepravou zakrytou mezeru jde tehdy, je-li text zákona formulován příliš široce, takže je nutno jej za pomoci teleologické redukce interpretovat restriktivně.³¹⁹ Text zákona je v takovém případě formulován příliš široce ve srovnání s účelem a hodnotami, jež jeho přijetím byly sledovány. Dotváření práva v tomto případě spočívá v tom, že soud z takto široce formulovaného pravidla dovede výjimku. Naproti tomu nepravá otevřená mezerka v zákoně vede k dotváření práva cestou analogie. Jde o přesně opačnou situaci než v případě nepravé zakryté mezery, tedy o situaci, kdy text zákona je formulován příliš úzce a nedopadá

³¹³ Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Cdo 2422/2015 ze dne 1. 6. 2017 či též sp. zn. 32 Cdo 1519/2012 ze dne 24. 6. 2014.

³¹⁴ Foriers, P. *Les lacunes du droit*. Logique Et Analyse, svazek 10, číslo 37, 1967, s. 9.

³¹⁵ *Ibid.*, s. 23.

³¹⁶ Huberlant, Ch. *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*. In: Perelman, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 40.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 40.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 41.

³¹⁹ Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondíkasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vítek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 99.

na situace, které by jím z pohledu jeho účelu a hodnot měly být řešeny stejným způsobem jako situace, která je jím řešena výslovně.³²⁰

Nepravou mezeru v zákoně nelze vyplnit cestou analogie, pokud by se jednalo o otázku spadající do blokového zákazu analogie týkajícího se vymezení kompetencí a pravomocí orgánu veřejné moci, jak dovedil Ústavní soud v nálezu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007. Pouze výjimečně by bylo dle Ústavního soudu možno vyplnit mezeru pravou.³²¹

Jako příklad vyplnění nepravé mezery v zákoně lze uvést analogickou aplikaci úpravy týkající se úroků z prodlení podle § 1968 a § 1970 o.z. na veřejnoprávní vztah – služební poměr příslušníků bezpečnostních sborů v případě prodlení s úhradou služebního příjmu. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č.j. 6 As 75/2015-17 ze dne 21. 1. 2016 dovedil, že i když zákon č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, neupravuje institut prodlení a úroků z prodlení s výplatou služebního příjmu, že žádného jeho ustanovení nelze dovést, že by zákonodárce vědomě vyloučil právo příslušníka bezpečnostního sboru na úroky z prodlení u služebního příjmu. Podle Nejvyššího správního soudu by bylo nespravedlivé a v rozporu s principem rovnosti a bezrozpornosti právního řádu, pokud by zaměstnancům v soukromé sféře za opožděnou výplatu mzdy náležely úroky z prodlení, zatímco příslušníkům bezpečnostního sboru by tyto úroky nenáležely. Byť služební poměr (typický svojí veřejnoprávní povahou) a pracovní poměr vykazují značné rozdíly, tak ale konkrétně charakter „soukromoprávní mzdy“ a služebního příjmu pak není natolik odlišný, aby ospravedlňoval odchylný přístup v otázce úroků z prodlení. Konečně Nejvyšší správní soud připomněl, že byť analogie *iuris* je ve veřejném právu značně nežádoucí, přesto existují situace, kdy je této analogie třeba využít, přičemž právě projednávaný případ je jednou z těchto situací. Řešení, kdy budou přiznány úroky z prodlení s výplatou doplatku za přesčas, je totiž ve prospěch adresáta veřejné správy (příslušníka) a nikterak významně nezasahuje do veřejného zájmu.

³²⁰ F. Melzer ji definuje takto: „Teleologická mezera v zákoně má podobu otevřené mezery, pokud argumenty objektivně teleologického výkladu, které jsou relevantní při interpretaci příslušného ustanovení, platí i pro skutkové stavy, které nelze podřadit pod nejšířší jazykový význam tohoto ustanovení (jsou v oblasti mimo rozsah pojmu), což vytváří protiplánovou neúplnost zákona.“ (Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C. H. Beck, 2009, s. 228.).

³²¹ Konkrétně Ústavní soud v nálezu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007 uvedl: „Zatímco při věcném řešení má soudce k dispozici zásadně celé právněmetodologické instrumentarium, jedná-li se o zjištění působnosti orgánu veřejné moci, je nutné obzvláště zohlednit princip právní jistoty. Právě tento princip v tomto zvláštním případě vylučuje existenci tzv. teleologických (nepravých) mezer v zákoně. Při nalézání pravidel pro stanovení působnosti orgánů veřejné moci proto nemohou být teleologické argumenty důvodem pro aplikaci práva, která nemá oporu ve výslovně diki právního předpisu. Z tohoto důvodu je v těchto případech vyloučena analogie jako aplikace práva přesahující nejšířší možný jazykový význam ustanovení právních předpisů. Výjimečně může být přípustná jen analogie k uzavření tzv. pravé (logické či technické) mezery v zákoně. Tato mezera je dána tehdy, pokud právní řád upravuje určité řízení, avšak vůbec nestanoví, který orgán je k jeho vedení příslušný.“

Obdobně Nejvyšší správní soud dovedl nepravou mezeru v zákoně v případě, kdy se právní nástupce zemřelého zaměstnance domáhal vrácení přeplatku na pojistném na sociálním zabezpečení podle § 17 odst. 3 zákona č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení. Citované ustanovení umožňovalo žádat o vrácení přeplatku pouze zaměstnanci, zatímco v případě žádosti o vrácení přeplatku ze strany plátce pojistného (zaměstnavatele či fyzické osoby podnikající) zákon výslovně zmiňoval jako oprávněnou osobu kromě plátce pojistného též jeho právního nástupce. Takovou nerovnost shledal Nejvyšší správní soud jako neodůvodněnou a nežádoucí a dovedl, že i na případ vrácení přeplatku pojistného uhrazeného zaměstnancem je nutno analogicky aplikovat ustanovení zákona upravující žádost o vrácení přeplatku ze strany plátce pojistného v rozsahu, v jakém umožňují žádat o vrácení též právním nástupcům.³²²

O nepravou mezeru se jednalo též v případě, kdy Nejvyšší správní soud dovedl možnost rozšířit osvobození od daně z nabytí nemovitých věcí dle § 7 odst. 1 písm. c) zákonného opatření Senátu č. 340/2013 Sb., o dani z nabytí nemovitých věcí, ve znění účinném do 31. 10. 2019, které se vztahovalo dle výslovného znění zákona jen na jednotky „bytovém domě“, též na jednotky v „rodinném domě“.³²³

Pro úplnost lze doplnit, že výše uvedené členění není vyčerpávající a v odborné literatuře se lze setkat též s dalším členěním. Z. Kühn například rozlišuje mezery rekogniční (situace, která je toliko empirickým a sémantickým problémem vznikajícím při aplikaci práva, tedy nikoli skutečnou mezerou), mezery axiologické (situace, kdy normativní systém obsahuje řešení, ale toto řešení je axiologicky nedostatečné, neboť zákonodárce nevzal v potaz existenci určitých relevantních skutečností), mezery *sui generis* (situace, kdy na základě zákona existuje určitý právně relevantní institut, právní předpis však neřeší některý aspekt jeho existence) a

³²² Konkrétně Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 6 Ads 99/2013-18 ze dne 23. 4. 2014 uvedl: „*Jazykový výklad preferovaný žalovanou navíc vytváří i nerovnost mezi subjekty pojistného vztahu. Zatímco přeplatek na pojistném, jež zaplatil zaměstnavatel nebo osoba samostatně výdělečně činná, je možno vrátit též jejich právním nástupcům na základě jejich žádosti, u zaměstnance tato možnost ze samotného textu zákona nevyplývá. Přitom přeplatek na pojistném z důvodu překročení maximálního vyměřovacího základu může vzniknout i u osoby samostatně výdělečně činné (srov. § 15a odst. 5 a 6 zákona o pojistném na sociální zabezpečení). Ukazuje se tak v plné nahotě, že jazykový výklad zakládá nerovnost mezi dvěma fyzickými osobami (podnikající a nepodnikající), a to nikoliv pouze z hlediska vrácení dvou různých přeplatků na pojistném, ale dokonce u přeplatku vzniklého z téhož právního důvodu. Takový výsledek je zjevně nežádoucí.*“

³²³ Konkrétně Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 4 Afs 89/2020-44 ze dne 24. 6. 2020 uvedl: „*Jak již bylo ukázáno především z důvodové zprávy, rekonstrukcí vůle historického zákonodárce nelze dovést jednoznačný záměr vyloučit z osvobození od daně z nabytí nemovitých věcí bytové jednotky v rodinných domech, a proto lze k analogii přistoupit, neboť je to potřebné pro dosažení účelu právní úpravy (podpora bydlení) a pro zabránění nerovnému zacházení s daňovými subjekty ve zcela srovnatelné situaci (tj. při nabytí bytové jednotky v bytovém domě, resp. při nabytí bytové jednotky v rodinném domě). Na základě výše uvedeného Nejvyšší správní soud popsanou mezeru v zákoně uzavřel analogickou aplikací § 7 odst. 1 písm. c) ZO na případy prvního úplatného nabytí vlastnického práva k bytové jednotce v rodinném domě.*“

mezery normativní (situace, kdy platný právní řád neobsahuje obecnou normativní úpravu kauzy, o níž v daném případě jde, normativní mezera sice může mít určitý normativní základ v zákoně, ovšem přes tento normativní základ není jasné, zda jde či nejde o mezeru *de lege lata* či *de lege ferenda* a po posouzení všech relevantních aspektů se dospěje k závěru, že se jedná o mezeru *de lege lata*).³²⁴

Užijeme-li výše uvedeného členění za účelem popisu ospravedlnění dotváření práva cestou analogie, dospíváme k následujícímu pořadí:

1. Tzv. mezera *de lege ferenda* – jedná se jen o zdánlivou mezeru, která není vyplnitelná analogií ale pouze cestou změny právní úpravy.
2. Mezera vědomá – jedná se o zdánlivou mezeru, která není vyplnitelná analogií, ale pouze cestou změny právní úpravy nebo zrušením zákona Ústavním soudem.
3. Mezera nevědomá nepravá otevřená – jedná se o mezeru v zákoně, která může být vyplnitelná cestou analogie, je-li skutečně prokázána protiplánovitost zákonodárství (tj. skutečná nevědomost mezery) a budou splněny další předpoklady užití analogie (tedy adekvátní teleologická úvaha opodstatňující relevanci) a přiměřenost z pohledu dotčení principu dělby moci a právní jistoty.
4. Mezera pravá – jedná se o mezeru, u níž je obecně použití analogie připuštěno, a to dle judikatury Ústavního soudu výjimečně i pokud jde například o vymezení kompetencí a pravomocí orgánů veřejné moci.

Za nepřípustný případ normotvorby se tedy budou považovat případy, kdy by se soudce nebo jiný orgán aplikující práva pokoušel vyplnit mezery *de lege ferenda* nebo mezery vědomé (tedy zákonodárcem chtěné). Takový postup by byl nejen nesprávný metodologicky, ale byl by též protiústavní. Postup soudu, při němž by fakticky vyplnil mezeru v právu *de lege ferenda* nebo mezeru vědomou, by totiž mohl být v rozporu s:

- principem dělby moci (jednak z obecných ustanovení čl. 1 odst. 1 Ústavy a čl. 2 odst. 1 Ústavy, jednak z konkrétních ustanovení jako čl. 15 a čl. 95 Ústavy), který představuje jednu z neodstranitelných podstatných náležitostí demokratického právního státu (čl. 9 odst. 2 Ústavy),
- zásadou legální licence a zásadou enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí vymezujících sféru svobodného jednání (čl. 2 odst. 3 a odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 2 a 3 Listiny),

³²⁴ Kühn, Z. *Aplikace práva ve složitých případech – k úloze právních principů v judikatuře*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Karolinum, s. 200–227.

- v některých konkrétních případech, kdy by orgán aplikující právo dotvořil právo v jednom případě na rozdíl od ostatních by mohlo docházet též k porušení článků 3 a 36 Listiny.

Souvislost s principem dělby moci a ochranou svobodné sféry člověka je zřejmá a ochranu těchto hodnot před případnou soudcovskou normotvorbou zdůrazňuje též Ústavní soud. Příkladem může být následující citace z nálezu Ústavního soudu, v němž Ústavní soud kritizoval obecnými soudy dovozený zákaz souběhu funkce statutárního orgánu a pracovněprávního vztahu, který české zákony nikdy výslovně nestanovily a tento zákaz dotvořily svojí judikaturou až obecné soudy: „*Toto omezení soukromoprávních vztahů tak nestanovil zákonodárce, který je v českém ústavním pořádku primárním normotvůrcem, nýbrž obecné soudy, které mohou toliko dotvářet právo, a to navíc jen v omezené míře. Pokud chtějí obecné soudy dovozovat zákaz soukromého jednání, který není výslovně stanoven zákony, musí pro takový závěr předložit velmi přesvědčivé argumenty, protože jde o soudcovské dotváření práva proti zájmům soukromých osob. Takové soudcovské dotváření práva je nutné podrobit obzvláště přísnému ústavnímu přezkumu, neboť tímto rozhodováním obecných soudů mohou být porušena nejen základní práva stěžovatele (a to zejména subjektivní právo stěžovatele na svobodné jednání v zákonných mezích ve smyslu čl. 2 odst. 3 Listiny a zásada pacta sunt servanda plynoucí z čl. 1 odst. 1 Ústavy), ale i princip dělby moci, který je nedílnou součástí principu právního státu ve smyslu čl. 1 odst. 1 Ústavy.*“³²⁵

5.2. Ověření vhodnosti užití analogie legis

Za předpokladu, že na řešenou skutkovou situaci nedopadá žádný blokovaný zákaz užití analogie a současně je prokázáno, že se jedná o mezeru vyplnitelnou analogií (tedy mezeru pravou nebo mezeru nevědomou nepravou otevřenou), je nutno zvážit vhodnost použití analogie.

Jak bylo popsáno výše, analogie se rozlišuje ve dvou podobách:

1. *analogia legis*,
2. *analogia iuris*.

Odborná literatura je zajedno v tom, že nejprve je třeba užít postup *per analogiam legis* a teprve následně, není-li ten postup možný, užít postup *per analogiam iuris*.³²⁶

³²⁵ Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 190/15 ze dne 13. 9. 2016.

³²⁶ Viz například Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 188 – 189, Dvořák, J., Švestka, J., Zuklínová, M. a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 144, Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995, s. 172.

Závaznost tohoto pořadí je dána i pozitivněprávně pro oblast občanského práva v § 10 o.z. Metodologicky takto korektně postupují takřka bezvýjimečně i soudy, které ve svých rozhodnutích uznávají, že analogii *iuris* lze použít výlučně v případech, kdy není možné postupovat podle analogie *legis*, neboť podobná právní norma neexistuje.³²⁷ Takový postup se jeví vhodnějším i z pragmatického pohledu, neboť pořád v podmínkách české právní kultury orientované na právní předpis jako základní pramen práva, bude pro soudce „věrného zákona“ akceptovatelnější opřít své rozhodnutí o konkrétní ustanovení právního předpisu (byť aplikované *per analogiam*) nežli o obecný právní princip, který vykazuje již vyšší míru abstraktnosti.

Postup dotvoření práva cestou analogie *legis* spočívá v tom, že se na skutkovou podstatu zákonem neřešenou vztáhne analogicky ustanovení zákona upravujícího skutkovou podstatu podobnou.³²⁸ Jedná se tedy o to, že mezi dvěma skutkovými stavy je shledána podobnost, přičemž o jednom skutkovém stavu právo nabízí jasné řešení, zatímco o druhém skutkovém stavu mlčí. V takovém případě, lze-li vztáhnout na právem neupravený skutkový stav důvody (účely) regulace, pro něž byla právem upravena druhá skutková situace, je třeba na přijatou právní úpravu vztáhnout též na právem výslovně neupravený případ. Je-li analogie činěna adekvátně, pak celkově analogie přispívá k hodnotové koherenci práva, neboť v obdobných skutkových případech je zacházeno s adresáty právních norem stejným způsobem a nevznikají nedůvodné rozdíly.

Důsledkem užití analogie je pak to, že se rozšíří rozsah právní normy (hypotéza) na podobné případy, které z textu zákona nevyplývají (čistě gramatický výkladem se jeví jako právně irelevantní), nicméně je jim přiznána právní relevance s ohledem na jejich podobnost (vykazování určitých shodných znaků) s případem právem upraveným. Komentátoři Obecného zákoníku občanskému tento postup popsali následovně: „*Prakticky se jeví tento případ takovým způsobem, že soudce subsumuje pod daný právní předpis skutkovou podstatu, která jen částečně vyhovuje, pokud se týče právní relevance, určitému předpisu, částečně mu však nevyhovuje, jest právně irrelevantní a soudce ve svém rozhodnutí prohlásí tuto irrelevantní část za právně relevantní a použije jí namísto ostatní skutkové podstaty stanovené příslušnou zákonnou normou.*“³²⁹ Takto lze nepochybně popsat analogii technicky jako postup, který si ostatně

³²⁷ Jen příkladem lze uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 9 As 47/2011-105 ze dne 14. 9. 2011, usnesení Ústavního soudu, sp. zn. IV. ÚS 121/12 ze dne 8. 10. 2012, rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 4 Tz 98/2003 ze dne 23. 9. 2003, rozsudek Nejvyšší správní soud, č.j. 6 As 75/2015-17 ze dne 21. 1. 2016.

³²⁸ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995, s. 172.

³²⁹ Rouček, F., Sedláček, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha 1935–1937. Reprint původního vydání. Praha: CODEX Bohemia: 1998, s. 142.

ukážeme na schématu o pár řádků níže. Nicméně v případě analogie nám nejde jen o podobnost skutkových stavů (jak by mohla nasvědčovat výše uvedená citace komentátorů), ale jde nám především též o totožnost účelů regulace.

Občanský zákoník z roku 2012 ve svém ustanovení § 10 odst. 1 popisuje postup *per analogiam legis* takto: „Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.“ Občanský zákoník tak navazuje na tradici rakouského Obecného občanského zákoníku z roku 1811³³⁰ a občanského zákoníku z roku 1964, která byla pouze krátce přetržena intermezem občanského zákoníku z roku 1950, který výslovně připuštění analogie *legis* neupravoval.

Důvodová zpráva k předmětnému ustanovení se distancuje od myšlenek právní exegeze popírající existenci mezer v právu a vyzývá k dotváření práva soudy. Současně varuje, že popření úlohy soudů dotvářet právo je příznačné pro totalitní právní myšlení a právo ztrácí svoji pružnost a neumí se adaptovat na sociální realitu.³³¹

Při užití analogie *legis* je tedy v první řadě nutno zvážit vhodnost použití analogie, tedy konkrétně zaměřit právní úvahy na to, zda je dán prvek „podobnosti“ skutkových situací. Podobnost je přitom založena – jak zdůrazňuje též výslovně výše uvedená citace občanského zákoníku – na dvou kritériích, a to (i) podobnosti obsahu (tj. ustanovením regulovaných skutkových stavů) a (ii) podobnosti účelu.

Vzorcem lze znázornit analogickou aplikaci právní normy následovně:

$$p(p_1, p_2, p_3 \dots) \Rightarrow q$$

podobnost skutkových znaků a použitelnosti účelu

$$x(x_1, x_2, x_3 \dots) \Rightarrow q$$

³³⁰ § 7 Obecného zákoníku občanského stanovil: „Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným případům v zákonech zřejmě rozhodnutým, a k důvodům jiných, s tím příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí býti rozhodnut podle přirozených zásad právních, se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým.“

³³¹ „Komplex pravidel shrnutých do tohoto ustanovení se záměrně, kategoricky, a také v logické návaznosti na § 3, rozchází s Robespierrovou maximou, že „slovo soudní tvorba práva musí být vymýceno z našeho slovníku.“ Tato zásada je totalitnímu právnímu myšlení blízká, jak je známo rovněž z nedávné české zkušenosti, pohříchu i současnosti. S těmito neblahými tradicemi je nezbytné se rozejít nejen s ohledem na jejich kořeny, ani jen proto, že myšlenka popření soudcovské tvorby práva ani v totalitních právních systémech nenašel plné uplatnění, ale především z toho důvodu, že snahy o jeho prosazování působí retardačně na juristické myšlení i na celkovou právní kulturu, vedou k nespravedlnostem při aplikaci práva, a tudíž i k sociálně škodlivým efektům.“ (Vláda: Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, č. 89/2012 Dz).

Příklad:

- Bude zaveden zákaz vstupu (právní následek q) psů (skutkový stav p) do dopravních prostředků. Účelem zákazu (q) bylo chránit cestující před rušivými projevy zvířete v dopravním prostředku a snižovat tím pohodlí přepravy. Pes (p) je definován tím, že je zvíře ($p1$), může za určitých okolností cestující ohrozit ($p2$), může činit zvukové projevy (štěká) ($p3$), v některých případech může zapáchat ($p4$), svojí velikostí může zabírat prostor, který je vymezen pro všechny cestující ($p5$) atd.
- Cestující má zájem vstoupit do dopravního prostředku se lvem (x). Lev (x) je zvíře ($x1$), může za určitých okolností cestující ohrozit ($x2$), může činit zvukové projevy ($x3$), v některých případech může zapáchat ($x4$), svojí velikostí může zabírat prostor, který je vymezen pro všechny cestující ($x5$) atd.

Fakticky jde tedy o to, že lze nalézt řadu skutkově podobných situací – např. stejně jako pes či lev zvířetem je třeba i kočka, myš, had, prase, fretka, kuře, slepice, krysy, křečci, akvarijní rybičky apod. Všechny spadají pod druhový pojem „zvíře“, někteří stejně jako pes či lev spadají i pod druhový pojem „savci“ (zatímco jiní už nikoli), někteří mají pak i některé specifické znaky stejné (například mají čtyři nohy) a jiní nikoli. Mezi všemi lze nalézt shodné znaky a rozdílné znaky. Výběr relevantních znaků se přitom děje na podkladě zvážení jejich relevance ve vztahu k účelu právní normy, jak si ukážeme dále.

Stěžejní roli teleologické úvahy při posuzování použitelnosti analogie vůbec zdůrazňuje převážná většina moderních právních teoretiků.

J. Wintr výslovně zmiňuje nutnost zvážení účelu právní regulace a zákonem chráněných hodnot, když uvádí, že „o vhodnosti analogie rozhoduje teleologická úvaha, je třeba zvážit, zda se s ohledem na kolidující principy a účely ve vnitřním systému práva nepřiklonit při mlčení zákona spíše k použití systematického výkladu a *contrario*.“³³²

Nutnost opřít posouzení kritéria podobnosti o teleologickou a axiologickou úvahu zdůrazňuje též komentářová literatura, která cituje úvahy T. Sobka.³³³

³³² Wintr, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 220.

³³³ „Odpověď na otázku, zda skutečně se jedná o neúplnost protiplánovou, či nikoliv, je totiž nutno určit na základě teleologické, resp. axiologické úvahy. Na základě ní musíme stanovit, zda jsou si dva případy relevantně podobné. Relevantní podobnost nastává tehdy, pokud jsou si dva případy podobné z hlediska, které sleduje právní regulace jako svůj účel, resp. jako hodnotu, kterou chrání (Sobek, 2011, s. 185). V tom se zřetelně promítají shora zmíněné principy rovnosti a bezrozpornosti právního řádu: jsou-li dva případy v uvedeném smyslu relevantním způsobem podobné, měli bychom s nimi zacházet stejně, jsou-li naopak relevantním způsobem rozdílné, musíme s nimi zacházet rozdílně (Sobek, 2011, s. 184).“ Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondikasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vítek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství

F. Melzer, který uvádí, že dotváření práva musí být založeno na teleologických argumentech (což ostatně dovozuje též z § 2 a § 10 o.z.) s tím, že tyto argumenty mohou být eventuálně doplněny i argumenty jinými, avšak vždy musí být rozhodující hledisko teleologické. Například subjektivně historické argumenty nebo formálně systematické argumenty nemohou být proto samostatným důvodem pro dotváření práva.³³⁴

Konečně se k relevanci teleologických a axiologických úvah při posuzování vhodnosti užití analogie přihlásil také český Nejvyšší soud, a to s odkazem na jinou komentářovou literaturu.³³⁵

Pro účely užití analogie je tedy vhodné ustanovení, které prostřednictvím své regulace *plní konkrétní účel* či *ochraňuje konkrétní zájmy* určitých osob, přičemž do jeho regulace dle výkladu nedopadají případy, u nichž se „jeví nutné“, aby této regulaci podléhaly rovněž. Toto přesvědčení o tom, že „se jeví nutné“ posoudit případ obdobně je přitom z pohledu orgánu aplikujícího právo dáno tím, že pociťuje, že nedostatek právní úpravy způsobuje nerovné zacházení s adresáty norem v podobných situacích, což se zpravidla rozchází s představou orgánu aplikujícího o spravedlnosti a rovnosti. Orgán aplikující právo má zájem dosáhnout maximy, že „*stejně případy se mají posuzovat stejně, rozdílné případy rozdílně*“ ve světle maximy *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*. Nepochybně může být namísto obava z toho, zda přesvědčení orgánu aplikujícího právo o tom, která situace je podobná a která nikoli, není příliš arbitrární, na druhou stranu je však pravdou, že analogie je postupem v právu spíše výjimečným a vyžaduje zvýšené nároky na přesvědčivost rozhodnutí, než je tomu v případě jednoduchého sylogismu, u něž je přesvědčivost dána již prostým faktem spočívajícím v tom, že se rozhodnutí opírá o zákon (rozuměj jeho text).

Velmi výstižně shrnuje výše uvedená kritéria též komentářová literatura: „*Při hledání „co do obsahu a účelu“ nejbližšího ustanovení je třeba uplatnit čistě teleologické (účelové) argumenty. Obecně je třeba ustanovení aplikačně rozšířit (jen) na ty případy, ve kterých se projevuje stejný smysl a účel (Dig. 1.3.12-13, NS 22 Cdo 155/2018), tj. ve kterých platí stejný právní základ (něm. Rechtsgrund) a stejná potřeba právní ochrany (rak. OGH 2 Ob 255/52, 8 Ob 84/65 a 4 Ob 79/92), resp. ve kterých by arg. a contratio případně zakládal „bezdůvodnou*

C. H. Beck, 2014, s. 99. Uvedená citace vychází ze Sobek, T.: *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR – Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2011, s. 184–185.

³³⁴ Melzer, F., Tégl, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 194.

³³⁵ V již citovaném rozsudku sp. zn. 22 Cdo 155/2018 ze dne 27.03.2018 Nejvyšší soud uvedl: „*Nelze tedy bez dalšího dospět k závěru o aplikaci výše zmíněného argumentu a contrario, k němuž přistoupil odvolací soud; takový argument totiž stojí v opozici s argumentem a simili, který je z metodologického hlediska na stejné úrovni. Vzhledem k tomu závisí rozhodnutí, který z těchto dvou argumentů se má použít, na teleologických či hodnotových úvahách, a nikoliv jen na jazykovém výkladu [srov. Lavický, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 654). Komentář. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2014, s. 103.]*“*

difrenciaci“, která by byla „v rozporu s principem bezrozpornosti právního řádu a principem rovnosti“ (III. ÚS 2264/13).³³⁶ Jako příklad špatně používané analogie pak uvádí předrekodifikační judikaturu Nejvyššího soudu,³³⁷ která ukládala analogickou povinnost poskytovat bytové náhrady i v jiných případech než těch, které byly stanoveny v § 712 obč. z., neboť bytové náhrady byly stanoveny zjevně jen ze sociálních důvodů k nájemníkům. A přidává rovněž nesprávný případ z druhé strany, kdy judikatura³³⁸ zase vylučovala analogické použití ustanovení o nájmu bytu na případ pronájmu domu, třebaže mohl být dán pro regulaci stejný účel.

Úvahy o tom, zda je v daném případě dána totožnost účelu regulace bude do značné míry souviset též s dříve popisovanou úvahou o tom, zda je daná mezera v zákoně vědomá či nevědomá. Lze si totiž představit i úpravu, u níž zákonodárce vědomě určité situace z předmětu regulace vyloučil, byť lze označit situaci, v níž se osoby, jichž se regulace dotýká, a osoby, na něž regulace nedopadá, za v zásadě podobné. V tomto případě však vždy má přednost vůle zákonodárce. V případě, že by takto zákonodárcem založená nerovnost byla významná a dosahovala by ústavněprávní dimenze, je možno situaci řešit leda návrhem na zrušení právního předpisu předloženému Ústavnímu soudu.

Nutnost zkoumat účel přijaté úpravy uznává ve stejném rozsahu též belgická právní teorie. P. Delnoy uvádí, že pro argumentaci analogií nestačí pouze podobnost ve skutkových okolnostech, ale je třeba, aby důvod, pro který zákonodárce přijal řešení problému v jednom případě, byl dán též v tom případě, o němž se zákonodárce nevyslovil. Jako příklad uvádí například zákaz darování podle článku 909 Code Civil, pokud by obdarovaným měl být lékař, který pečuje o osobu trpící smrtelnou chorobou. Totožné ustanovení z tohoto zákazu vynímá příbuzné do čtvrtého stupně. Dovojuje, že totožné důvody, pro které je vztažena výjimka na rodinné příslušníky, lze přenést též na manžela.³³⁹

Nutnost posoudit adekvátnost analogie jak z pohledu skutkových podstat, tak z pohledu účelu, zdůrazňuje též francouzský právní teoretik J.-L. Berger, který uvádí, že je potřeba postupovat obezřetně, přičemž pouhé porovnání skutkových podstat nepostačuje a je třeba dosáhnout též závěru o podobnosti důvodů a cílů, které vyžadují analogické použití pravidla.

³³⁶ Remeš, J. Kometář k § 10. In: Petrov, J. Výtisk, M., Beran, M. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2019, s. 52.

³³⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 9. 1998, sp. zn. 3 Cdon 51/96 a rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 10. 2015, sp. zn. 26 Cdo 114/2015.

³³⁸ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 8. 2011, sp. zn. 26 Cdo 2431/2009 a usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 5. 2012, sp. zn. 26 Cdo 3752/2010.

³³⁹ Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 1. *Méthodologie de l'interprétation juridique*. 2. *Méthodologie de l'application du droit*. 3. vydání. Brusel: Larcier, 2009, s. 418.

Nepřípustně rozšiřující analogie by totiž naproti tomu narušovala koherenci právního systému.³⁴⁰

Současná francouzská právní teorie rovněž zdůrazňuje podobnost vztahů a totožnost důvodu regulace. V. Champeil-Desplats uvádí, že analogie spočívá nejčastěji v potvrzení toho, že právní povinnost vztahující se k jednomu předmětu existuje ve vztahu k jiným předmětům, které mají s tím prvním předmětem podobnost dostačující pro to, aby důvod, který předurčil právní normu ve vztahu k prvnímu předmětu, byl použitelný též ve vztahu k druhému předmětu. Upozorňuje však, že u analogie je vždy dána nejistota závěrů spojená s vícero momenty její aplikace. Předně vychází z toho, že pro dovození analogie je nezbytné vybrat prvky, na nichž bude podobnost porovnávána. Následně je třeba posoudit, zda jeden vztah mezi dvěma prvky je skutečně podobný jinému vztahu se dvěma odlišnými prvky. Připustit analogii tak znamená připustit též určitou selekci prvků a předpokládat podobnost vztahů mezi prvky. Avšak takto dovozené závěry lze zpochybnit na základě různých posouzení příslušných prvků a podobností (tedy jiného výběru prvků).³⁴¹

Výše uvedenou myšlenku je třeba ještě dále rozvést tím, že závěr o podobnosti či nepodobnosti může do jisté míry být předurčen také tím, kolik orgán aplikující právo vybere srovnatelných prvků jako relevantních, resp. kde až se při výběru zastaví.

Na výše uvedeném příkladu se zákazem psů v dopravních prostředcích by mohl orgán aplikující právo při výběru prvků popisujících psy zajít tak daleko, že fakticky výrazně omezí použitelnost analogie (uvedené prvky by splňovalo jen několik málo zvířat) či ji dokonce zcela vyloučí, což by však vedlo k nepřiměřenému omezení analogie a zakládalo by to nerovnost ve skutkově podobných situacích (tedy hodnotovou inkoherenci práva).

Nebo naopak by se mohl orgán aplikující právo zastavit toliko na několika málo prvcích, typu (i) jedná se o zvíře či (ii) jedná se o savce, což by však vedlo k tomu, že zákaz by byl neopodstatněně rozšiřován například na myš zakoupenou ve zverimexu a přepravovanou pár stanic v krabici. Z jiného pohledu (například z pohledu zdůraznění ochranného účelu normy spočívající v zabezpečení bezpečnosti a komfortu cestujících) by se však omezení na kategorii „savci“ mohlo zdát zase jako příliš omezující (například přeprava nebezpečného hada mimo krabici).

Je-li pro zvážení použitelnosti analogie vůbec rozhodující teleologická úvaha, pak se pro účely posuzování podobnosti stejně tak nabízí jako nejpriléhavější posuzovat též výběr relevantních skutkových prvků ve vztahu k účelu normy. Jak totiž vystihuje F. Melzer:

³⁴⁰ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. 3. vydání. Edice Thémis. Presses Universitaires de France, s. 244–245

³⁴¹ Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016. s. 370.

„Podobnost spočívá právě v tom, že oba případy, tj. jak v dikci zahrnutý, tak i ten, na které se dikce ustanovení nevztahuje, mají alespoň v podstatných bodech stejný (tj. podobný) teleologický základ.“³⁴² Posuzování totožnosti účelu právní normy (důvodů přijetí normy) a výběru podobných prvků popisujících skutkový stav právem upravený a právem neupravený jsou ve vzájemně se ovlivňujícím vztahu. Je-li proto zákaz zvířat v dopravních prostředcích veden cílem zajistit bezpečnost cestujících, pohodlí při přepravě a udržet určité hygienické požadavky, bude patrně obecný znak psa spočívající v tom, že je zvíře, že je savec a že má čtyři nohy poměrně méně významný (tedy pro užití analogie nikoli tak relevantní) než ten, že může štěkat (projevovat rušivé zvuky), zabírat místo (má určitou nikoli zanedbatelnou velikost) a kousat (ohrozit zdraví lidí). Výběr relevantních prvků pro srovnání skutkových podstat by tak měl být ovlivňován účelem právní normy. Například zcela jiný výběr shodných prvků při hledání podobnosti by byl tehdy, pokud by například zákaz byl zaveden zcela nově, a to s ohledem na nakažlivou nemoc, která se může přenášet na lidi jen ze psů apod.

Nicméně i při správném výběru relevantních prvků (přičemž i při uplatnění kritéria posouzení relevance dle účelu právní normy bude tato správnost jen relativní) může být ještě problematické posoudit, zda podobnost dána je nebo není. U kolika prvků je nutné najít shodu, aby bylo možno hovořit o analogii, a u kolika prvků to bude naopak málo? Například vztáhneme-li zákaz psů na kočky, tak kočky jsou menší než psi, jsou uskladnitelné v přepravech, které se mohou vejít do prostoru určeného pro zavazadla, ale zase mohou mít rovněž zvukové projevy (menší hlasitost nemusí vždy znamenat menší intenzitu rušení) a stejně jako psi mohou například někdy zapáchat apod. I zde si můžeme do jisté míry vypomoci zase účelem právní normy. Některé cíle právní normy mohou být zdůrazněny (čímž se posiluje relevance konkrétního prvku), jiné cíle mohou být menšího významu.

Základní matice rozhodování podle podobnosti je tedy následující:

- Pokud orgán aplikující právo dojde k závěru, že účel, který je zákonem sledován, nebo hodnoty, které jsou zákonem chráněny, ve skutkovém případě právem upraveném, jsou dány i ve skutkovém případě řešeném, byť právem neupraveném, je namístě použití analogie *legis*.
- Pokud orgán aplikující právo dojde k závěru, že účel, který je zákonem sledován, nebo hodnoty, které jsou zákonem chráněny, ve skutkovém případě právem

³⁴² Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C. H. Beck, 2009, s. 242.

upraveném nelze vztáhnout na skutkový případ řešený, který není právem upraven, je namíste použití argumentu *a contrario*.³⁴³

Nyní se podíváme, jak se na posuzování podobnosti ve světle výše uvedených metodologických direktiv nahlíží soudy.

Hezkým příkladem je případ, kterým se zabýval Nejvyšší soud v řízení ve věcech dětí mladších patnácti let podle hlavy III. zákona č. 218/2013 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, ve znění pozdějších předpisů. V předmětné situaci byl řešen případ dítěte mladšího 15 let, které tak nemělo trestní odpovědnost a které své matce odcizilo šperky v hodnotě 6.300 Kč, které následně zpeněžilo za částku 3.000 Kč, kterou užilo ke své spotřebě. Matka (a současně poškozená) však vyslovila nesouhlas s jeho trestním stíháním a prohlásila, že si výslovně nepřeje, aby byl její syn pro tento čin trestně stíhán. Policejním orgánem byla trestní věc odložena pro absenci trestní odpovědnosti z důvodu nedostatku věku. Současně však bylo státním zastupitelstvím zahájeno řízení ve věcech dětí mladších 15 let a státní zastupitelství navrhovalo uložit dítěti výchovnou povinnost spočívající ve vykonání bezplatně společensky prospěšné činnosti určitého druhu ve volném čase v rozsahu 20 hodin. Okresní soud řízení ve věcech dětí mladších 15 let zastavil, a to na podkladě § 163 tr. ř., které nepřipouští trestní stíhání bez souhlasu poškozeného. Okresní soud argumentoval, že není možné, aby mělo dítě mladší 15 let horší postavení než dospělý delikvent nebo mladistvý, a proto je třeba užít analogie ve prospěch dítěte. Nejvyšší soud důvody pro užití analogie nesdílel, a to z toho důvodu, že spatřoval zásadní rozdíly mezi trestním řízením podle hlavy II. (na kterou se subsidiárně použije trestní řád) a řízením ve věci dětí mladších 15 let podle hlavy III. (na kterou se ostatně subsidiárně použije občanský soudní řád). Nejvyšší soud zdůraznil, že řízení ve věci dětí mladších 15 let má však jinou podobu a řídí se specifickými pravidly, pokud jde o jeho průběh (podrobné prozkoumání poměrů dítěte) a cíl (sociální reintegrace dítěte). Účelem opatření uložených v řízení ve věci dětí mladších 15 let je tedy především ochrana dětí před škodlivými vlivy, obnovení jejich sociálního zázemí a motivační a výchovné působení. Záměr zákonodárce byl obě řízení specificky oddělit a takový záměr není možno měnit praxí soudů. Nejvyšší soud tedy dospěl k závěru, že řízení ve věcech dětí mladších 15 let je zásadně odlišné od trestního

³⁴³ Shodně též Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondikasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vítek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 99.).

řízení, a proto není možno aplikovat § 163 tr. ř. analogicky na toto řízení a řízení je tak možno vést i bez souhlasu poškozeného.³⁴⁴

Jiným případem, kdy Nejvyšší soud neshledal naplnění podmínky podobnosti, byl případ, kdy dcera pacienta, který zemřel v léčebně dlouhodobě nemocných, požádala zdravotní pojišťovnu o vydání výpisu z osobního účtu svého otce, neboť měla pochybnosti o úrovni zdravotní péče poskytované léčebnou dlouhodobě nemocných. Soud prvního stupně na daný případ aplikoval analogicky § 33 zákona o zdravotních službách,³⁴⁵ který umožňoval nahlížet do zdravotnické dokumentace o zdravotním stavu zemřelého osobě zemřelému blízké. Odvolací soud ani Nejvyšší soud jako soud dovolací se však s důvody pro užití analogie neztotožnily, neboť argumentovaly, že zákon o veřejném zdravotním pojištění stanoví jednoznačně okruh osob, které mohou žádat o výpis z účtu (pojištěnec a výjimečně ošetřující lékař) a argumentovaly též rozdílností úprav; například, že pojistný vztah je vztahem veřejnoprávním či že je dán rozdílný předmět a subjekty právní úpravy, dále argumentovaly rozdílností pojmů zdravotnická dokumentace a výpis z osobního účtu. V dané věci se tedy rovněž přiklonily k argumentu *a contrario*.³⁴⁶

Mimořádně zajímavým je judikát Nejvyššího správního soudu, v němž tento soud řešil případ pozůstalých vojáka z povolání, kteří se domáhali náhrady nemajetkové újmy způsobené úmrtím svého otce, ke kterému mělo dojít v souvislosti s výkonem služby (z důvodu porušení povinnosti Ministerstva obrany zajišťovat pro vojáky zdravotní péči). Zákon o vojácích z povolání upravoval náhradu újmy pouze v případě nemoci z povolání či služebního úrazu. O takový případ se však nejednalo. Nejvyšší správní soud začal následně posuzovat, zda by nebylo možno posoudit nárok na náhradu nemajetkové újmy analogicky. Dovodil, že nejbližší právní úpravou je zákon o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, který na rozdíl od zákona o vojácích z povolání připouští náhradu újmy při porušení povinností zaměstnavatele i mimo případ úrazu či nemoci z povolání, nicméně vylučoval možnost náhrady nemajetkové

³⁴⁴ „Analogie, a to i v právu, je analogií právě proto, že je založena na určité podobnosti jevů a míře této podobnosti. Řízení trestní na straně jedné a řízení ve věcech dětí mladších patnácti let, v němž se postupuje podle předpisů upravujících občanské soudní řízení, na straně druhé, jsou svojí povahou zcela odlišné, nepodobné jak z hlediska svého účelu, zásad a pramenů, o něž se opírají, apod. Proto jestliže není v hlavě III. zákona o soudnictví ve věcech mládeže uveden výslovný odkaz na možnost použití ustanovení § 163 tr. ř., nelze je použít, a to ani per analogiam.“ (Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 1036/2017 ze dne 29. 11. 2017).

³⁴⁵ Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů.

³⁴⁶ „Platí tudíž naopak, že je-li určitá skutková podstata zákonem upravena, je vyloučeno, aby konkrétní situace, která se pod tuto skutkovou podstatu dá podřadit, byla řešena podle právní úpravy obsažené v jiném zákoně. V souzené věci tedy platí, že stanoví-li zákon o veřejném zdravotním pojištění zcela jednoznačné podmínky, za nichž žalovaná může, resp. je povinna poskytnout informace obsažené v osobním účtu pojištěnce, a vymezuje-li konkrétní osoby, jimž může údaje z tohoto účtu poskytnout, nelze z jiného právního předpisu dovozovat oprávnění žádat výpis z účtu pro další osoby.“ (Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 3709/2016 ze dne 20. 6. 2017).

újmy pozůstalých. Z logiky věci by tedy bylo metodologicky správné použít analogicky tento předpis a nárok pozůstalých *per analogiam* zamítnout. Nicméně Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že zákon o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů nepoužije a použije na místo toho obecnou úpravu zákoníku práce, která odpovídá za náhradu újmy vůči pozůstalým připouští. Dovodil, že považuje za nezbytné zajistit rovnost mezi zaměstnanci soukromé sféry s osobami ve služebním poměru a ustanovení zákona o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů označil za protiústavní, a proto neaplikovatelné.³⁴⁷ Rozhodnutí je konečně zajímavé též z toho důvodu, že kasační soud zde dospěl k závěru, že pokud při pouhém analogickém užití právní normy (byť obsahově nejbližší) dojde k závěru, že tato právní norma, jež by měla být analogicky užitá je protiústavní, nemůže předložit návrh na zrušení tohoto ustanovení Ústavnímu soudu, protože jeho aplikace je zvažována nikoli přímo, ale pouze nepřímo.³⁴⁸ V této části s uvedeným rozhodnutím nesouhlasím, neboť se domnívám, že pokud bylo skutečně ustanovení zákona o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů ustanovením co do obsahu a účelu nejbližším a mělo být z toho důvodu aplikováno (byť *per analogiam*, pořád se případ posuzuje podle příslušného ustanovení, resp. dané ustanovení se používá), měl soud předložit věc Ústavnímu soudu. Nabízí se ostatně kacířská otázka: jak by kasační soud postupoval, pokud by neměl příležitost věc posoudit ve druhém sledu podle ustanovení zákoníku práce?

Podobnost právní úpravy Nejvyšší soud neshledal pro účely analogického užití zákona o soudních poplatcích,³⁴⁹ které připouštělo osvobození od soudního poplatku v případě podání žaloby vůči státu ve věci „náhrady škody nebo jiné újmy způsobené při výkonu veřejné moci nezákonným rozhodnutím, rozhodnutím o vazbě, trestu nebo ochranném opatření nebo nesprávným úředním postupem“, na případ uplatnění náhrady škody podle krizového zákona. Nejvyšší soud srovnáním úprav zákona o odpovědnosti státu za škodu a krizového zákona

³⁴⁷ „Na základě výše uvedených právních úprav a s vědomím, že zákon o služebním poměru nárok na jednorázové odškodnění jiné škody na zdraví výslovně vylučuje, se Nejvyšší správní soud domnívá, že by bylo nespravedlivé a v rozporu s principem rovnosti a bezrozpornosti právního řádu, pokud by pozůstalým po zaměstnancích ve státní službě a v soukromé sféře náležela náhrada nemajetkové újmy, zatímco pozůstalým po vojácích z povolání by ve stejných situacích náhrada nemajetkové újmy nepřislušela, ačkoliv takové právo zákon výslovně neomezuje. Omezení výslovně stanovené v § 98 odst. 2 zákona o služebním poměru pak Nejvyšší správní soud považuje s ohledem na dále uvedené za protiústavní, a proto jej nepovažuje za možné použít, byť jinak lze považovat zákon o služebním poměru, za právní úpravu nejbližší zákonu o vojácích z povolání.“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 8 As 319/2018-59 ze dne 2.12.2020).

³⁴⁸ „Jelikož ovšem na nyní projednávanou věc nedopadá ustanovení § 98 odst. 2 zákona o služebním poměru přímo, nemůže kasační soud podat návrh na jeho zrušení Ústavnímu soudu. Z uvedeného důvodu ho ovšem na věc neaplikuje, i když jde o ustanovení svou povahou nejbližší nyní projednávané věci.“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 8 As 319/2018-59 ze dne 2.12.2020).

³⁴⁹ Zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

dospěl k závěru o významných rozdílech mezi úpravami, které vylučují použitelnost analogie.³⁵⁰

Ve výše analyzovaných případech tak došlo k tomu, že soudy nižšího stupně často měly na analogii, konkrétně v části týkající se podobnosti skutkových situací a účelů, zcela odlišný náhled než Nejvyšší soud, který v popsáných skutkových situacích podobnost neshledal. Současně to prokazuje, že užití analogie je prostředek se sníženou předvídatelností, neboť co se jednomu může jevit jako podobné, se jinému jevit jako podobné nemusí, a konečně oba z nich mohou dokonce srovnávat jiné prvky. Přitom závěr o užití analogie či o nevhodnosti jejího užití vždy vede k absolutnímu řešení, tedy buď se určitá úprava uplatní (právo bude přiznáno, jednání bude posouzeno jako protiprávní apod.), nebo se návrh zamítne (neboť právo nevyplývá z právních předpisů, právo zde není, o protiprávní jednání se nejedná apod.), a nic mezi tím.

Naproti tomu Nejvyšší soud zhodnotil jako podobné situace (a tedy přípustnou analogii *legis*) případy, kdy statutárnímu orgánu sdružení jakožto oprávněnému svolavateli, zanikne mandát, přičemž zákon č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, ve znění pozdějších předpisů, neupravoval postup pro případ svolání členské schůze v takové situaci, s případem, kdy zanikne funkce jednatele ve společnosti s ručením omezeným a zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, umožňoval pro ten případ kterémukoli společníkovi svolat valnou hromadu. Pozice společníka společnosti s ručením omezeným a člena sdružení jsou natolik podobné, že analogická aplikace obchodního zákoníku k tomu vybízí. Předmětný případ je zajímavý též z toho důvodu, že dovolatel v předmětném řízení sice souhlasil s analogickou aplikací obchodního zákoníku umožňujícího svolat členskou schůzi sdružení kterýmkoli členem, nicméně nesouhlasil, aby na sdružení byla použita analogicky úprava obchodního zákoníku, která stanovila, že ohlášený program valné hromady lze změnit pouze za souhlasu všech společníků. V této souvislosti je zajímavý závěr Nejvyššího soudu o tom, že je vyloučeno jednu a tutéž situaci absence podrobnější úpravy ve stanovách či v zákoně rozštěpit do dvou režimů (jedno podléhající analogii obchodního zákoníku, jednou analogii nepodléhající). Tedy je-li dovozena možnost analogické aplikace obchodního zákoníku pro svolávání valné hromady v případě zániku funkce svolavatele, pak je jen logické, že se analogie

³⁵⁰ „Předestřený přehled aktuální právní úpravy naznačuje výraznou rozdílnost principů, na nichž je zbudována odpovědnost státu za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem v protikladu se zakotvením náhrad podle krizového zákona. Tato skutečnost proto podle názoru dovolacího soudu odůvodňuje okolnost, že zákon o soudních poplatcích pamatuje osvobozením od soudních poplatků pouze na toto řízení, zatímco na řízení podle krizového zákona takto zvlášť nepamatuje. V tomto případě však nejde o eventuelní mezeru v zákoně, kterou by bylo třeba (respektive možno) překonávat pomocí užití institutu analogie.“ (Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 4320/2015 ze dne 18. 5. 2016).

uplatní i v případě otázky přípustnosti změny programu. Nejvyšší soud tedy dovodil závěr, že v rámci jednoho právního institutu by měla být analogie, vyvstane-li potřeba řešit více právních otázek, uplatňována jednotně.³⁵¹

Z oblasti obchodních korporací lze dále zmínit též rozhodnutí Nejvyššího soudu, které se týkalo otázky analogického užití ustanovení o ručení členů představenstva akciové společnosti dle obchodního zákoníku na členy představenstva družstva, kdy naopak Nejvyšší soud důvody k užití analogie nespatořoval. Dovolatelé v této souvislosti uváděli, že v mezidobí došlo k přijetí právní úpravy, která ručení zakládala i ve vztahu k členům představenstva družstva výslovně s tím, že však i na jednání před uvedenou novelou by bylo možno analogicky použít ustanovení o ručení členů představenstva akciové společnosti. Nejvyšší soud však takovou analogii odmítl, neboť dospěl k závěru, že zákonodárce upravoval postavení představenstva družstva, a pokud by chtěl zavést ručení již dříve, učinil by tak. V daném případě tedy měl převážet též princip právní jistoty a argument *a contrario*.³⁵²

Velmi bohatá je pak judikatura Nejvyššího soudu k problematice bytových náhrad dle občanského zákoníku z roku 1964 v případě rozvodu manželství. Nejvyšší soud ve své judikatuře dovodil, že je třeba nárok na bytovou náhradu rozvedeného manžela, kterému rozvodem manželství zanikl právní důvod užívání bytu ve vlastnictví druhého manžela a který je z toho důvodu povinen byt vyklidit, posoudit analogicky podle ustanovení § 713 odst. 1 obč. z. upravujícího obdobný nárok v případě služebního bytu.³⁵³ Současně však užití této analogie v řadě rozhodnutí odmítal dále rozšiřovat na další typově obdobné situace. Jednalo se například o situaci, kdy nemovitost, v níž rozvedený manžel bydlel, byla vlastněna rodiči druhého manžela a ti odvolali souhlas s dalším užíváním.³⁵⁴ Ostatně jak jsme uváděli výše, současná komentářová literatura obecně judikaturu Nejvyššího soudu analogicky rozšiřující § 713 odst. 1 obč. z. kritizuje.

³⁵¹ Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 28 Cdo 945/2005 ze dne 25. 7. 2007.

³⁵² „Přiléhavými shledává Nejvyšší soud i úvahy odvolacího soudu, z nichž ústí závěr, že v situaci, kdy obchodní zákoník postavení představenstva družstva upravoval (v § 243), aniž by se o ručení jeho členů za závazky družstva zmiňoval, nepřichází aplikace ustanovení § 194 odst. 5 a 6 obč. zák. o ručení v úvahu ani jako analogie zákona, neboť vůle projevená navenek zákonodárcem k takovému následku nespatořovala... Založit závěr o ručení členů představenstva družstva na základě analogie zákona, by v daných souvislostech vedlo k významnému narušení principu právní jistoty.“ (Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 29 Odo 741/2004 ze dne 28. 2. 2007).

³⁵³ „Rozvedený manžel, který i po zániku manželství rozvodem zůstal bydlet v domě, který je ve vlastnictví druhého z manželů, není zásadně povinen vyklidit byt bez zajištění bytové náhrady. Jeho právní postavení - při zániku jeho právního důvodu bydlení - je nutno posoudit analogicky podle ustanovení § 713 odst. 1 ObčZ. Druh (kvalitu) bytové náhrady, je třeba posoudit analogicky podle § 712 odst. 3 věty druhé ObčZ. I v těchto případech je třeba na základě konkrétních skutkových zjištění v dané věci zabývat se tím, zda zde není důvod pro odepření bytové náhrady pro rozpor výkonu práva s dobrými mravy.“ (Například rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 26 Cdo 839/2000 ze dne 8. 1. 2001 nebo též rozsudek sp. zn. 26 Cdo 2962/99 ze dne 17. 1. 2001).

³⁵⁴ Například rozsudek ze dne 28. 5. 1998, sp. zn. 3 Cdon 131/96 či usnesení sp. zn. 26 Cdo 1167/2007 ze dne 22. 10. 2008.

5.3. Ověření vhodnosti užití analogie *iuris*

V případě, že se nepodaří mezeru v zákoně vyplnit za užití postupu *per analogiam legis*, a to z důvodu že neexistuje právní norma, o níž by bylo možno uzavřít, že je řešenému případu co do obsahu a co do účelu nejbližší, přichází v úvahu druhá možnost, a to konkrétně vyplnění mezery v zákoně postupem *per analogiam iuris*.

A. Gerloch hovoří o analogii *iuris* jako o postupu zcela výjimečném, kdy se právními normami výslovně neupravený případ posoudí podle právních principů příslušného právního odvětví nebo podle obecných právních principů.³⁵⁵ Zdůrazňuje přitom, že se vždy jedná o normu vytvořenou *ad hoc*.³⁵⁶ V. Knapp rovněž ztotožňuje analogii *iuris* s posouzením skutkové podstaty podle obecných zásad právních, přičemž dochází k závěru, že ve skutečnosti se o analogii nejedná, ale jde o použití „*velmi mlhavých obecných zásad právních, tj. rozhodnutí podle rozumného správního uvážení.*“³⁵⁷

K závěru, že analogie *iuris* ve skutečnosti již analogií příliš není, se přiklání též současný právní teoretik L. Hlouch. Analogii *iuris* popisuje jako „*postup, kterým je kdekoli v právním řádu nalézáno a konstruováno nové pravidlo platící pro situaci prvkem výslovně neupravenou.*“ Analogie *iuris* má pak ryze teleologický charakter a nevychází primárně z porovnávání pojmových znaků dotčených právních pojmů, jako tomu je u analogie *legis*, ale jde o aplikaci obecnějších právních standardů.³⁵⁸

F. Melzer popisuje analogii *iuris* jako postup, kdy je mezeru v zákoně potřeba doplnit „*domyšlením*“ existujícího právního řádu do důsledku, kdy je třeba vyjít z teleologického pozadí řešeného problému, tj. ze základních principů celého právního řádu, soukromého práva a konkrétního právního institutu, popřípadě je v daném případě podrobit poměrování, a případ vyřešit v souladu s výsledkem poměrování.³⁵⁹ V Melzerově pojetí tedy jde o to, že v případě, že nastane rozpor mezi výsledkem poměrování právních principů a doslovným výkladem, pak je třeba tuto mezeru v právu vyplnit výsledkem poměrování právních principů, které představují onen pevný bod, na jehož základě se dotváření provádí.³⁶⁰

³⁵⁵ Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 136.

³⁵⁶ *Ibid.*, s. 189.

³⁵⁷ Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995, s. 172.

³⁵⁸ Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 143.

³⁵⁹ Melzer, F., Tégl, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 198.

³⁶⁰ „*Je-li výsledek tohoto poměrování v rozporu s řešením, které vyplývá z doslovného výkladu, pak jsme objevili mezeru v zákoně, kterou je třeba vyplnit v souladu s výsledkem poměrování. I v tomto případě spadá objevení mezery v zákoně fakticky v jedno s jejím uzavřením. Od analogie zákona se analogie práva na první pohled odlišuje tím, že nemáme žádný pevný bod, od kterého bychom se mohli odrazit. Ve skutečnosti však i v tomto případě tento pevný bod máme a je jím právě výsledek poměrování právních principů.*“ (Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 243.).

Výše uvedené definice se přeci jen pořád mohou jevit jako částečně dosti neexaktní, byť věcně správné. Poněkud přesnější, více metodologické a procesní, vymezení, lze nalézt v knize T. Sobka a dále u francouzských autorů, kteří nehovoří o argumentaci *per analogiam iuris*, ale toliko o argumentaci indukci.

Podle T. Sobka je analogie *iuris* procesem sestávajícím se ze dvou kroků. První krok má induktivní povahu a znamená, že podle společného účelu se zobecní několik právních pravidel do jednoho obecného právního principu. Druhý krok je pak deduktivní a znamená, že se tato obecnější právní věta použije i na případ, která nebyl regulován.³⁶¹

Není bez zajímavosti, že francouzsky psaná literatura se pojmu analogie *iuris* spíše vyhýbá a v knihách zabývajících se metodologií práva autoři pracují spíše s obecným pojmem „indukce“ (*l'induction*) či „zesilovací indukce“ (*l'induction amplifiante*). Francouzská právní teoretička V. Champeil-Desplats řadí indukci stejně jako analogii (ve smyslu *analogia legis*) k formám argumentace, které vedou toliko k pravděpodobnostnímu výsledku. Uvádí, že k jistým (ve smyslu přesným) výsledkům by induktivní myšlení mohlo vést pouze tehdy, pokud by existovala jistota o uzavřeném výčtu všech prvků, z nichž se dovozuje obecný znak (obecnější premisa). K jistotě, že bychom na začátku induktivní úvahy disponovali znalostí a uzavřeným výčtem všech prvků, z nichž je obecný výrok dovozován, však v právu nikdy nedochází. Indukce pak „spočívá v tom, že se od souhrnu jednotlivých výroků týkajících se stejného druhu případů, osob či předmětů dovozuje jeden obecnější výrok, který depersonalizuje a desingularizuje výchozí výroky“ (příklad: hlava státu Francouzské republiky je volená, hlava státu Italské republiky je volená, hlava státu České republiky je volená → hlavy státu v republikách jsou volené).³⁶² Takto dochází k formulaci obecných právních principů, které se aplikují na případ neřešený právem.

O argumentaci *indukcí* hovoří rovněž belgický teoretik J.-L. Bergel, který ji popisuje stejně jako F. Melzer, tedy jako postup, při němž nejprve dochází ke sloučení více různých pravidel za cílem dovození právního principu a následně k jeho aplikaci na právem neupravený případ.³⁶³

I P. Pescatore popisuje indukci (*l'induction*) obdobně: „*Tento postup spočívá ve dvou na sebe navazujících operacích. V případě, že je případ neřešený zákonem, je třeba nalézt pro řešení princip, a to následujícím způsobem. Nejprve je třeba se snažit objevit ve dvou nebo více jednotlivých ustanoveních zákona vůdčí obecný princip, který je společně inspiroval. Tento*

³⁶¹ Sobek, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 186.

³⁶² Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2. vydání. Dalloz, 2016. s. 366–367.

³⁶³ Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001, s. 245.

princip, formulovaný jako obecné pravidlo, pak slouží jako základ pro řešení konkrétního řešeného případu.“³⁶⁴

Konečně obdobně, ačkoli tentokrát zase pod nám známějším pojmem analogie *iuris*, popisuje tento argumentační postup též F. Bydlinski: „*Celková analogie čili analogie iuris zjišťuje z řady zákonných předpisů společnou základní myšlenku a aplikuje ji, protože se na podobný, nikoli přímo upravený případ nehodí žádné z jednotlivých ustanovení, ale společný základ zákona se hodí velmi dobře.*“³⁶⁵

V českém právu je pozitivněprávně pro oblast soukromého práva pak postup analogie *iuris* upraven v § 10 odst. o.z. Ten stanoví: „*Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon, tak, aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností.*“

Inspirační okruhy pro formulaci citovaného ustanovení občanského zákoníku byly dva. Jedním z nich byla druhá věta § 7 rakouského Obecného zákoníku občanského.³⁶⁶ Toto ustanovení formulovalo pravidlo, podle kterého se v případě absence ustanovení, které by řešilo skutkově podobné případy jako je případ řešený (právem neupravený), připouštělo rozhodnout spor podle „*přirozených zásad právních, se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým*“. Pro komentátory Obecného zákoníku občanského pak přirozené zásady právní nebyly „*ničím jiným, než systematickými pojmy právními*“, které pak „*se nikdy nedovedou odloučiti od pojetí právního řádu jakožto materiální jednoty, což předpokládá pojmání právního řádu pod určitým aspektem normovým*“, přičemž se pak uvádí, že pojímat právní řád jako materiální jednotu je třeba ve smyslu panujícího názoru té oné společnosti lidské v době aplikace.³⁶⁷ Stručně řešeno dnešními slovy, mělo by se jednat o obsahové zásady, na nichž je právní řád jako celek postaven podle vědomí lidu *hic et nunc*. Druhým inspiračním zdrojem byl švýcarský občanský zákoník (ZGB) v čl. 1, který jako inspiraci zmiňuje výslovně též důvodová zpráva. Švýcarský občanský zákoník připouštěl, aby soudce mohl *a priori* formulovat právní normu (právní pravidlo, jaké by vytvořil, kdyby byl sám zákonodárcem, tzv. *modo legislatoris*), podle níž případ posoudí. Takto široce však formulované ustanovení nakonec převzato nebylo.

³⁶⁴ Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 347.

³⁶⁵ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt. Vídeň, s. 52.

³⁶⁶ Ten stanovil: „*Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí býti rozhodnut podle přirozených zásad právních, se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým.*“

³⁶⁷ Rouček, F., Sedláček, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha 1935–1937. Reprint původního vydání. Praha: CODEX Bohemia: 1998, s. 144.

Cílem ustanovení je tak též omezit libovůli soudce při rozhodování případů právem neupravených, proto je třeba odkazům na prameny mimo text zákona, jichž se ustanovení dovolává, rozumět též jako způsobu, kterým se má zamezit libovůli.³⁶⁸ Tak i komentátoři Obecného občanského zákoníku uvádějí, že § 7 dával soudci právo, aby rozsuzoval i mimo meze dané jednotlivými právními předpisy (buď za užití příbuzných předpisů právních nebo podle panujícího přesvědčení), vždy ale „*podle svého uvážení, ne ovšem podle své vůle.*“³⁶⁹ Na rozdíl od dnešní odborné literatury, která spíše nechápe situaci, kdy dochází k volbě mezi argumentem *a contrario* a rozhodnutím se pro dotváření práva, jako možnost arbitrárního rozhodnutí (jak bylo uvedeno výše), v tehdejší odborné literatuře se psalo, že § 7 soudci dal tzv. kompetenční kompetenci, tedy že je možno, aby se soudce prohlásil inkompetentním (žalobu zamítl a případ označil za právně irelevantní), ale že je také možno, aby soudce takový případ rozhodl.³⁷⁰

Analýzou § 10 odst. 2 o.z. zjistíme, že se toto ustanovení dovolává následujících zdrojů, podle nichž má být věc posouzena:

- zásady, na nichž spočívá občanský zákoník – těmi jsou myšleny především zásady demonstrativně vylíčené v § 3 o.z.;
- principy spravedlnosti – těmi jsou dle F. Melzera myšleny patrně „přirozené zásady právní“, jichž se dovolával § 7 rakouského Obecného občanského zákoníku a jímž se občanský zákoník z roku 2012 inspiroval. Jedná se o principy, které stojí vně občanského zákoníku a zejména by se mělo jednat o *princip právní jistoty a princip vázanosti základními právy a svobodami*.³⁷¹

Dle F. Melzera pak vyplývá, že z hlediska metodologie není třeba oba zdroje rozlišovat, neboť v obou případech je postup spočívající v jejich vzájemném poměřování shodný.³⁷²

Částečně odlišný názor na vymezení pojmů „zásady, na nichž spočívá občanský zákoník“ a „principy spravedlnosti“ má P. Lavický, další komentátor citovaného ustanovení. Dle jeho názoru se svými odkazy na „principy spravedlnosti“ občanský zákoník dovolává ekvitních zásad (např. dobrých mravů, zákazu zneužití práva, ale i principů distributivní spravedlnosti atd.), přičemž výčet těchto principů spravedlnosti či obecně uznaných zásad

³⁶⁸ Vláda: Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, č. 89/2012 Dz.

³⁶⁹ Rouček, F., Sedláček, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha 1935–1937. Reprint původního vydání. Praha: CODEX Bohemia: 1998, s. 145.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ Melzer, F., Tégl, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 198.

³⁷² Ibid., s. 199.

spravedlnosti podat nelze, neboť spravedlnost představuje neurčitý pojem. Pokud jde o „zásady, na nichž spočívá občanský zákoník“, tak ty podle názoru P. Lavického zahrnují nejen zásady výslovně vyjmenované zákonem, ale také zásady odvoditelné zobecněním občanského zákoníku a obecně uznané zásady práva, ať už pro celý právní řád či jen soukromé právo (ať obecně, nebo jen částečně).³⁷³ Zvyklosti soukromého života, právní nauka a rozhodovací praxe představují pak podpůrný pramen práva.³⁷⁴

Ustanovení současně stanoví cíl posouzení analogie *iuris*. Tím je „*dobré uspořádání práv a povinností*.“ Přitom při posuzování naplnění tohoto cíle je třeba přihlížet k:

- zvyklostem soukromého života,
- stavu právní nauky,
- ustálené rozhodovací praxi.

F. Melzer dovozuje, že samostatnou metodologickou hodnotu může mít tato část ustanovení občanského zákoníku tehdy, kdy je výsledek poměrování právních principů nejednoznačný. Uvedená kritéria by tedy mohla představovat pravidlo přednosti mezi dvěma možnými řešeními, přičemž naznačeným třemi okruhy, které je třeba vzít v potaz, se upřednostňuje princip právní jistoty.³⁷⁵

Z výše uvedeného je patrné, že analogie *iuris* je tak spojena především s aplikací právních principů. Obecné právní zásady (přirozené právní zásady) jsou tou nejčastější cestou k soudnímu dotváření práva.³⁷⁶

Právní principy jako pramen práva akceptoval Ústavní soud ve svém nálezu Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997 týkajícím se počítání lhůty pro prezidentské veto. V citovaném nálezu Ústavní soud definoval též znaky, které musí obecný právní princip mít. Tyto znaky jsou srovnatelné se znaky právního obyčeje, tedy (i) obecné přesvědčení o potřebě dodržovat obecné pravidlo chování (*opinio necessitatis*) a (ii) zachovávání po dlouhou dobu (*usus longaevus*,

³⁷³ Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondíkasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vitek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 99.

³⁷⁴ „Odkaz na zvyklosti soukromého života naznačuje možný proměnlivý obsah těchto zásad a představuje právně sociologický prvek. Právní nauku a rozhodovací praxi staví § 10 odst. 2 ObčZ v podstatě do pozice podpůrného pramene práva. Nikoliv však tak, že by se těmito zdroji musel kupř. soud, který bude rozhodovat určitou věc, beze zbytku řídit.“ (Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondíkasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vitek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 99)

³⁷⁵ Melzer, F., Tégl, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 199.

³⁷⁶ Bezouška, P. *Soudcovské dotváření práva vykračující z mezí zákona v návrhu českého občanského zákoníku*. Právní rozhledy. 2011, č. 1, s. 18–22.

resp. *longa consuetudo*). Přitom právní principy mohou vyplnit prostor pro regulaci pouze *preater legem* (tedy pouze tehdy, pokud psané právo nestanoví jinak).³⁷⁷

Nejvyšší správní soud pak ve své judikatuře analogii *iuris* vymezuje jako situaci, „*kdy lze výjimečně aplikovat právní zásady příslušného právního odvětví, případně dokonce obecné právní zásady, které obsahuje celý právní řád, ovšem pouze za předpokladu, že není možné postupovat prostřednictvím analogie legis.*“³⁷⁸

V judikatuře Nejvyššího správního soudu se přitom objevuje názor, který se občas objevuje též v odborné literatuře, a to sice že o analogii *iuris* se jedná též v případech, kdy se sice aplikuje právní norma v rámci právního řádu (tedy jako v případě *analogia legis*), nicméně jedná se o právní normu z jiného odvětví. Jinými slovy, představa zde stojí na tom, že pokud lze naleznout nejbližší normu v rámci příslušného zákona (či právního odvětví), jedná se o *analogia legis*, zatímco pokud je nutno pro nalezení právní normy sáhnout do jiného zákona (či právního odvětví), jedná se o *analogia iuris*.

Tento názor se objevuje například i v rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 6 As 75/2015 ze dne 21. 1. 2016, kde se dovozuje: „*Teorie práva rozlišuje tzv. analogii legis, tedy situaci, kdy se na skutkovou podstatu zákonem neřešenou aplikuje právní norma, která je obsažena ve stejném zákoně a která upravuje skutkovou podstatu nejpodobnější, a tzv. analogii iuris, tzn. situaci, kdy lze výjimečně aplikovat právní zásady příslušného právního odvětví, případně dokonce obecné právní zásady, které obsahuje celý právní řád, ovšem pouze za předpokladu, že není možné postupovat prostřednictvím analogie legis. Analogie iuris nemusí spočívat pouze v aplikaci právních zásad příslušného právního odvětví, případně obecných právních zásad, nýbrž i v aplikaci takového ustanovení, které se vyskytuje na jiném místě právního řádu a je co do svojí povahy nejbližší na řešenou skutkovou podstatu, avšak za respektování právě oněch zásad.*“ Obdobně tento názor vyslovil též Nejvyšší soud.³⁷⁹

³⁷⁷ Ústavní soud se také ve svém nálezu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 vyjádřil k obavám z případné libovůle při připuštění právního principu jako pramene práva: „*Akceptace i dalších pramenů práva, kromě práva psaného (zejména obecných principů), evokuje otázku jejich poznatelnosti. Jinými slovy, evokuje otázku, zda je jejich formulování věcí libovůle nebo zda lze stanovit při jejich formulování do určité míry objektivizovatelné postupy. Demokratický systém čelí možné libovůli při formulování "nepsaného práva" dvojitým způsobem. Nesdílí v našem prostředí tak hluboce zakořeněnou skepsi k možnosti činit odpovědná individuální rozhodnutí a předkládat je na základě přesvědčivé argumentace veřejnosti k posouzení. První garance vůči libovůli je tudíž kulturní a mravní kontext odpovědnosti. Tím druhým je soustava demokratických institucí utvářející dělbu moci. Jinými slovy, tou první je garance autonomní, druhou garance heteronomní normotvorby.*“

³⁷⁸ Například rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 As 47/2011- 105 ze dne 14. 9. 2011 či č.j. 9 As 69/2016- 31 ze dne 28. 7. 2016.

³⁷⁹ „*Argument per analogiam legis (analogie zákona) spočívá v tom, že se na skutkovou podstatu konkrétním zákonem neřešenou vztáhne analogicky ustanovení tohoto zákona upravujícího skutkovou podstatu podobnou. Naproti tomu argument per analogiam iuris (analogie práva) - tedy vztáhnutí analogického ustanovení zákona co do povahy nejbližšího, a to v rámci celého právního řádu na předmětnou skutkovou podstatu - je třeba použít*

Tento názor může působit poměrně zkreslujícím dojmem. Domnívám se, že za analogii *legis* je přiléhavější s ohledem na její běžnou definici považovat použití jakékoli nejbližší právní normy v rámci právního řádu (ať už v rámci jednoho odvětví, či v rámci jiného odvětví). Nicméně to, proč se někteří mohou zdráhat považovat za analogii *legis* situaci, kdy se například na čistě veřejnoprávní vztah upravený veřejnoprávními normami subsidiárně uplatní soukromoprávní regulace je ten, že zpravidla v ten moment bude užití analogie spíše opřeno o argumentaci, že právní norma obsažená v soukromém právu je reprezentantem obecného právního principu, nežli o závěr o podobnosti vztahů a totožnosti účelu sledovaného soukromoprávní právní úpravou (někdy může být již náročné vyargumentovat, že účelem vyjádřeným v soukromoprávním předpisu by bylo též regulovat veřejnoprávní vztahy). Domnívám se však, že názor o tom, že analogii *legis* je možno spatřovat pouze v případě aplikace normy z téhož právního předpisu (ale i též z téhož právního odvětví) pojem analogie *legis* příliš zužuje. Tím současně nepopírám, že v konkrétním případě, byť bude existovat právní norma v rámci jiného odvětví, tak nebude možno dovodit splnění podmínek analogie *legis* (nebude možno například s ohledem na nemožnost prokázání totožnosti vztahu či účelu označit postup jako analogie *legis*), ale bude možno dovodit, že se jedná o obecný právní princip daný napříč odvětvími.

Příklady, kdy Nejvyšší správní soud označil jako postup *analogia iuris*, ačkoli by se mohlo právně-teoreticky jednat i o postup *analogia legis*, jsou například následující:

- případ, kdy na člena bezpečnostního sboru (jehož vztah je založen zákonem o služebním poměru), který se domáhal přepočtu výsluhové příspěvku (přičemž určitá část právní úpravy upravující tento přepočet chyběla), Nejvyšší správní soud analogicky použil pravidla pro zcela shodnou dávku vyplývající ze zákona o vojácích z povolání;³⁸⁰

tehdy, pokud postup argumentem per analogiam legis úspěšný nebyl.“ (Rozsudek sp. zn. 20 Cdo 1662/2005 ze dne 1. 6. 2006).

³⁸⁰ „Zákon o služebním poměru neobsahuje normu upravující podobnou materii, a proto analogie legis využít nelze. Je tak třeba přistoupit k analogii iuris. Jakkoliv je použití analogie iuris ve veřejném právu značně nežádoucí, existují situace, kdy je této analogie třeba využít, přičemž právě projednávaný případ je jednou z těchto situací. V úvahu by připadala analogická aplikace § 142 odst. 4 zákona č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, ve znění pozdějších předpisů, který stanoví, že [n]ení-li v této části zákona stanoveno jinak, řídí se organizace a řízení o výsluhových náležitostech a jejich výplata stanovami zvláštních právních předpisů o organizaci a řízení ve věcech důchodového pojištění a výplatě dávek důchodového pojištění.“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 As 69/2016–31 ze dne 28. 7. 2016).

- případ, kdy na neúplnou úpravu daňového ručitelství dle daňového řádu byla dovozena v otázkách neupravených daňovým řádem analogická úprava ručení dle občanského zákoníku;³⁸¹
- případ, kdy na prodlení s úhradou služebního příjmu upraveného zákonem o služebním poměru, který nestanovil pro prodlení s úhradou žádné důsledky, dovodil Nejvyšší správní soud aplikaci ustanovení občanského zákoníku o úrocích z prodlení;³⁸²
- případ, kdy na propuštění vojáka z důvodu organizačních změn je nutno při pojmu organizační změny vycházet analogicky ze zákoníku práce.³⁸³

Nepřesnosti nastíněného rozlišování mezi analogií *legis* a analogií *iuris* podle toho, zda se právní norma čerpá ze stejného zákona či nikoli, si patrně povšiml již i sám Nejvyšší správní soud, neboť jeden z jeho senátů na tuto otázku již upozornil, jak vyplývá z jednoho nedávného procesního rozhodnutí rozšířeného senátu: „*Předkládající senát poukázal na to, že krajský soud i stěžovatel používají nepřesnou teoretickou terminologii. Oba nepřesně chápou analogii zákona (analogia legis) a analogii práva (analogia iuris), přičemž toto nepřesné chápání není výjimkou ani v judikatuře samotného NSS. Právní teorie tradičně rozlišuje analogii zákona a analogii práva jinak. Analogie zákona „spočívá v tom, že se na skutkovou podstatu zákonem neřešenou vztáhne analogicky ustanovení zákona upravující skutkovou podstatu podobnou. Jestliže na určitou skutkovou podstatu, která není výslovně upravena, nelze použít žádnou právní normu, a to ani a contrario, ani a fortiori, ani per analogiam legis atd., připouští se v teorii, aby byla posouzena, resp. rozhodnuta per analogiam iuris (podle analogie práva), tj. podle obecných zásad právních... Za spornou má proto nikoliv otázku, zda použít analogii*

³⁸¹ „*Je-li úprava daňového ručitelství jako zvláštního veřejnoprávního institutu v daňových zákonech kusá, nezbyvá než si tam, kde daňové zákony mlčí a kde nelze užít analogii legis v rámci veřejného práva, zejm. procesního (jako např. u procesních práv ručitele, jak to činí shora citovaní autoři Kindl, Telecký a Válková), vypomoci analogií iuris ve vztahu k základním principům soukromoprávního institutu ručení, který je upraven zejména v § 546 až § 550 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku (dále jen „o. z.“)“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 51/2004-57 ze dne 28. 4. 2005).*

³⁸² „*S ohledem na charakter služebního příjmu jakožto odměny za vykonanou práci (službu) a jeho podobnost se soukromoprávními peněžitými plněními lze dle názoru soudu využít analogie iuris ve vztahu k základním principům soukromoprávního institutu úroků z prodlení, jenž je upraven zejména v § 1968 občanského zákoníku z roku 2012 (dříve podobná úprava v § 517 občanského zákoníku z roku 1964), Nejvyšší správní soud při tom vychází z teze vyslovené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 8. 2007, čj. 2 As 88/2006-56, č. 1392/2007 Sb. NSS. Podle této teze není soukromé a veřejné právo oddělené „čínskou zdí“. Je třeba respektovat ucelenost a jednotu právního řádu. Vztah soukromého a veřejného práva chápe Nejvyšší správní soud jako vztah obecného a zvláštního práva. Z teorie veřejného práva jako zvláštního práva k „obecnému“ právu soukromému pak mj. vyplývá, že některé normy soukromého práva lze použít i ve veřejném právu tam, kde veřejnoprávní úprava chybí či je kusá a kde nelze dospět k rozumnému závěru, že absence či kusost úpravy má svůj samostatný smysl a účel (k tomu v nyní projednávaném případě dospět nelze - viz výše).“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 75/2015-17 ze dne 21. 1. 2016).*

³⁸³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 3 Ads 107/2013–36 ze dne 2.7.2014.

*zákona nebo analogii práva, jak nesprávně uvádí krajský soud a stěžovatel, ale kterou normu je třeba v rámci analogie zákona aplikovat.*³⁸⁴

Jako analogii *iuris* posoudil Nejvyšší soud též případ, kdy se zabýval otázkou, podle jakého ustanovení advokátního tarifu je třeba posoudit výši náhrady nákladů řízení v případě řízení podle části páté o.s.ř. V úvahu přicházelo buď posouzení podle obecné úpravy advokátního tarifu (tj. z hodnoty peněžitého plnění ve smyslu § 8 odst. 1 advokátního tarifu) nebo subsidiárně použít tarifní hodnotu stanovenou pro správní žaloby (řízení podle s.ř.s.).³⁸⁵ Nejvyšší soud usoudil, že v daném případě je nutno postupovat *per analogiam iuris* a použít tarifní hodnotu pro správní žaloby. Nejvyšší soud přitom poukázal na to, že řízení podle části páté o. s. ř. a podle s.ř.s. jsou si svou povahou podobné (když v obou typech řízení je věc nejprve projednána správním orgánem a nakonec část pátá do 1. 1. 2003 představovala kompletní úpravu správního soudnictví), že až do 31. 8. 2006 se náhrada nákladů v řízeních podle části páté určovala stejně jako v řízeních podle s.ř.s. a že historicky se náhrada nákladů řízení podle části páté počítala stejným způsobem bez ohledu na předmět řízení podle části páté. Právě poslední argument byl rovněž významný z toho důvodu, že pokud by se nově uplatnilo určení podle výše peněžitého plnění, zakládalo by to nerovnost mezi jednotlivými účastníky řízení podle části páté o.s.ř. V konečném důsledku to tak byl právě princip rovnosti, který zásadním důvodem formoval právní řešení přijaté v daném případě.³⁸⁶

Ze zahraničí lze jako příklad *analogie iuris* uvést meziválečné německé právo, podle kterého se trestal potrat, ledaže se jednalo o několik úzce vymezených výjimečných případů. Mezi těmito výjimkami však nebyl případ, kdy byl život matky v ohrožení. Nicméně němečtí soudci připustili (nebo spíše dovodili) tuto výjimku, přičemž použili argument, že zákonodárce

³⁸⁴ Usnesení Nejvyššího správního soudu č.j. 10 As 2/2018–31 ze dne 29.5.2019.

³⁸⁵ Ke vzniku této otázky došlo poté, co Ústavní soud svým nálezením ze dne 7. 10. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 39/13, rozhodl o zrušení vyhlášky č. 484/2000 Sb. (která určovala paušální odměnu pro řízení podle části páté) s tím, že se má uplatnit advokátní tarif. Později došlo k novelizaci advokátního tarifu, který stanovil tarifní hodnotu pro řízení podle části páté o.s.ř. ve stejné výši jako pro správní žaloby dle s.ř.s., nicméně Nejvyšší soud posuzoval případ v mezidobí, kdy situace nebyla právní úpravou jednoznačně řešena.

³⁸⁶ „Dovolací soud výše uvedenou argumentací nezpochybňuje, že v obecné rovině je možné i řešení, kdy se bude náhrada nákladů řízení podle části páté určovat různě s ohledem na předmět řízení, nýbrž toliko poukazuje na skutečnost, že i s ohledem na historický vývoj právní úpravy se jeví použití analogie *iuris* odvolacím soudem vhodným postupem k překlenutí mezery v právní úpravě určování náhrady nákladů řízení podle části páté. S ohledem na historický vývoj právní úpravy týkající se náhrady nákladů řízení podle části páté, jak byla výše nastíněna a dále s ohledem na skutečnost, že i od 1. 1. 2014 se náhrada nákladů řízení stanoví pro všechna řízení podle části páté stejně, dospěl dovolací soud k závěru, že řešení navrhované žalobci je nesprávné, neboť by vedlo k nerovnosti mezi účastníky různých řízení podle části páté.“ (usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 28 Cdo 4246/2013 ze dne 14. 4. 2015).

dal najevo, že život dospělého člověka je pro něj cennějším než život plodu, neboť vražda je trestána přísněji než potrat.³⁸⁷

³⁸⁷ Perelman, Ch. *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*. In: Perelman, Ch., Foriers, P. (ed.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1978, s. 420.

6. Teleologická redukce

Druhým hlavním prostředkem k dotváření práva je vedle analogie též teleologická redukce.

Jak vyplynulo z výše uvedeného, analogií lze vyplňovat mezery v právu tehdy, kdy právo určitou skutkovou podstatu výslovně neupravuje (je tedy dána absence zákonného ustanovení, která přetrvává i při zohlednění potenciální extenzivní intepretace za užití nadstandardních výkladových metod, resp. výkladových metod *e ratione legis*), určitá osoba se domáhá rozhodnutí ve věci (rozhodnutí je nutno vydat, aby nebyl popřen zákaz *denegatio iustitiae*), zákonodárce svojí vůlí nevyloučil dotváření práva (nejedná se o *vědomou mezeru v právu*) a z toho důvodu je nutno pro právem neupravenou skutkovou podstatu chybějící pravidlo dotvořit, avšak pouze za předpokladu ověření vhodnosti analogie posouzením podobnosti skutkových podstat a účelu sledovaného právní normou (či právními principy). Jedná se tedy o mezeru nevědomou nepravou (teleologickou) otevřenou.

V případě teleologické redukce se jedná o případ jiný, a to sice o případ, který ze své podstaty nutí orgán aplikující právo rozhodnout případ *contra verba legis*, nicméně v souladu s účelem zákona (*sed secundum rationem legis*). Teleologickou redukcí totiž metodologie připouští vyplnit mezeru v zákoně také tehdy, kdy rozsah jazykového významu určitého ustanovení i při zohlednění možnosti potenciálního restriktivního výkladu nadále zůstává širší než účel, který byl přijetím právní normy sledován. Ačkoli tedy určitý případ spadá do jádra pojmu užitého v právním předpise, tento právní předpis nelze aplikovat, pokud by to bylo v rozporu se smyslem a účelem daného ustanovení.³⁸⁸ F. Melzer definuje tuto mezeru jako mezeru nepravou (teleologickou) zakrytou. Jedná se o mezeru v zákoně spočívající v tom, že právní norma dovozená výkladem absentuje výjimku z vymezení skutkových podstat, na něž má být aplikována.

Teleologickou redukcí lze popsat jako myšlenkovou operaci, která se uskutečňuje tak, že navzdory své povaze jednoznačnému znění bude aplikace vycházet z účelu právní normy a zákonné ustanovení se teleologicky (na základě *ratio legis*) zredukuje.³⁸⁹

Teleologickou redukcí jako nástroj dotváření práva uznává též Ústavní soud, který ji definuje jako nástroj umožňující „odepření aplikace daného ustanovení na případy, na které sice dopadá jeho dikce, nikoli však smysl a účel.“ Ústavní soud přitom zdůrazňuje, že i

³⁸⁸ Melzer, F., Tégl, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 200.

³⁸⁹ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva. 5. rozšířené a doplněné vydání*. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 210.

v případě teleologické redukce se uplatní stejná omezení jako v případě analogie, pokud jde o nepřípustnost teleologické redukce v případě otázky vymezení kompetencí a pravomocí orgánů veřejné moci. Proto Ústavní soud shledal jako nepřípustnou teleologickou redukci případ, pokud správní orgán má dle určitého právního předpisu rozhodnout o podaném návrhu, pokusí se správní orgán zprostit této povinnosti tím, že návrh byl podán podle právního předpisu, který je z hlediska svého účelu již obsoletním (v dané věci se jednalo o poválečné zákonodárství – dekret prezidenta republiky č. 100/1945 Sb., o znárodnění dolů a některých průmyslových podniků) – takové úvahy patří až do meritorního rozhodování.³⁹⁰

Nejvyšší soud přebírá závěry odborné literatury a teleologickou redukci definuje jako „*nástroj dotváření práva, při němž se na určitý skutkový stav aplikuje jen „jádro“ zákonného ustanovení, resp. zákonem upraveného pojmu, přestože by bylo možné použít také širší, třeba i méně určitý význam normy (pojmu).*“ Řeší se jím situace, kdy je „*dikce právní úpravy svým věcným záběrem širší, než vyžadují principy, hodnoty a účely, z nichž právní úprava vychází; právní předpis přitom postrádá pravidlo, jež by stanovilo výjimku z příliš široce pojaté právní normy.*“³⁹¹

Teleologická redukce tak představuje jakýsi finální korektiv právních norem, pokud by se jejich aplikace dostala rozporu s účelem sledovaným právním úpravou. Vychází tedy z předpokladu, že všechny právní normy by měly být aplikovány v souladu s jejich účelem, který sledují, a s hodnotami, které chrání. V zásadě je tato představa založena na tom, jako by všechny právní normy ve své hypotéze implicitně obsahovaly nad rámec vymezení svých skutkových podstat podmiňujících aplikaci dispozice též další podmiňující část, která by se dala v úvodu hypotézy formulovat „*Za předpokladu, že je to v souladu s účelem zákona, ...*“.

Takový implicitní předpoklad však není českému právu úplně cizí. Jistou podobnost zde lze nalézt v oblasti soukromého práva se zákazem zneužití práva. Zákaz zneužití práva, který je vyjádřen výslovně v § 8 o.z. se tradičně interpretuje tak, že soudní ochrana se odepře výkonu práva, který směřuje k účelu, jenž právní důvod (zákon nebo smlouva), o nějž se opírá

³⁹⁰ „*Princip právní jistoty vylučuje nejen existenci otevřených teleologických mezer v zákoně, k jejichž uzavření slouží analogie, nýbrž i tzv. zakryté teleologické mezery v zákoně. O takovou mezeru se jedná tehdy, pokud dikce právní úpravy je širší, než vyžadují právní principy, hodnoty a účely, ze kterých tato právní úprava vychází. Právní předpis tedy postrádá pravidlo, které by v souladu s teleologií příslušné právní úpravy stanovilo výjimku z příliš široce pojatého pravidla. Nástrojem uzavření této zakryté teleologické mezery je odepření aplikace daného ustanovení na případy, na které sice dopadá jeho dikce, nikoli však smysl a účel (teleologická redukce). Mezní případ představuje prohlášení určité právní úpravy z teleologických důvodů za obsoletní a tím vyloučení jeho aplikace vůbec. I tento postup je tak pro účely určení působnosti orgánu veřejné moci nepřípustný.*“ (Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007).

³⁹¹ Např. rozsudek Nejvyššího soudu č.j. 28 Cdo 2143/2018 ze dne 27. 11. 2018 nebo též č.j. 28 Cdo 2304/2011 ze dne 14. 9. 2011.

subjektivní právo, jež má být vykonáno, vůbec nepředpokládá.³⁹² Občanský zákoník tedy v oblasti soukromého práva umožňuje odepřít aplikaci svých ustanovení v případě, že ten, kdo se domáhá svého práva, tak činí s jiným cílem, než byl účel sledovaný právní úpravou (tedy nikoli za účelem realizace zájmu, který bylo cílem zákonodárce ochránit).

Podobnost konceptu zneužití práva a konceptu teleologické redukce spočívá v tom, že oba tyto koncepty pracují s účelem zákona, nicméně jejich rozdíl je v tom, čeho se koncepty týkají. Koncept zneužití práva se týká subjektivního práva, zatímco koncept teleologické redukce se týká objektivního práva. V případě zneužití práva se jedná o korekci subjektivního práva, tedy může dojít k tomu, že ačkoli se bude určitá osoba domáhat svého práva přesně za totožných skutkových okolností, jaké jsou myšleny v hypotéze právní normy a při jejichž splnění se jiní adresáti právní normy nacházející se v totožné skutkové situaci běžně domůžou svého práva, tak této konkrétní osobě bude právní ochrana odmítnuta, neboť právo uplatňuje šikanózně v tom smyslu, že sama tato osoba nemá primárně zájem o realizaci účelu právní normy. Ostatně obdobně jako jsme doplnění hypotézy formulovali pro případ teleologické redukce, mohli bychom ji formulovat též pro případ soukromého práva, avšak takto: „*Za předpokladu, že osoba, která se domáhá právní ochrany, tak činí v souladu s účelem sledovaným právní normou...*“³⁹³

Naproti tomu teleologická redukce je korektivem objektivního práva. Účel zákona zde neguje přímo některé znaky skutkové podstaty právní normy. Dochází k tomu, že některé prvky tvořící hypotézu právní normy se tak vůbec neuplatní, neboť jsou v rozporu s vlastním účelem sledovaným právní úpravou (resp. znění zákona samo popírá účel jím sledovaný).

Příkladem takto jednoduché aplikace teleologické redukce je případ, kdy Ústavní soud musel interpretovat a prostřednictvím teleologické redukce též dotvořit ustanovení § 34 odst. 4 zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve zněních pozdějších předpisů, z něhož vyplývá, že za právnickou osobu, která je obviněna, nemůže činit úkony v trestním řízení osoba, které je v téže věci svědkem. Jedním z úkonů v řízení je přitom i volba obhájce. Z gramatického výkladu tak vyplývá, že tato osoba za obviněnou právnickou osobu nemůže ani zvolit obhájce a právnické osobě tak bude možné jen ustanovit opatrovníka. Nicméně z pohledu účelu citovaného ustanovení bylo zřejmé, že nesměřuje na případy zvolení

³⁹² Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondikasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vítek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 86.

³⁹³ Vzorcem lze znázornit odepření právní ochrany při zneužití práva následovně jako přeškrtnutí následku v konkrétním případě: $p(p_1, p_2, p_3 \dots) \Rightarrow \neg q$. Dochází tedy k tomu, že ačkoli adresát právní normy splní všechny znaky skutkové podstaty, neuplatní se následek.

obhájce ze strany svědka, neboť v takovém případě střet zájmů nehrozí. Též s přihlédnutím k základnímu právu právnické osoby na obhajobu tedy Ústavní soud ustanovení § 34 odst. 4 zákona o trestní odpovědnosti právnických osob teleologicky redukoval tak, že se nevztahuje na volbu obhájce právnické osobě, činí-li tento úkon za právnickou osobu fyzická osoba v postavení svědka.³⁹⁴

Vzorcem lze znázornit aplikaci teleologické redukce následovně:

$$p (p_1, p_2, p_3 \dots) \Rightarrow q$$

korekce znění předpisu prostřednictvím jeho účelu

$$p (p_1, \cancel{p_2}, p_3 \dots) \Rightarrow q$$

V případě teleologické redukce tedy orgán aplikující právo upraví právní normu tak, že z její hypotézy vyjádření v textu zákona, která je tvořena různými prvky či situacemi (p_1, p_2, p_3, \dots), vyloučí prvek či situaci jinak spadající do hypotézy ($\cancel{p_2}$) a následně se tedy osoba, která se aplikace právní normy dovolává v dané situaci (p_2), její aplikace nedovolá, neboť právě její případ (prvek) byl vyloučen orgánem aplikujícím právo z hypotézy právní normy. Přitom ostatní adresáti právních norem by měli legitimně očekávat, že tímto způsobem bude právní norma aplikována i v jiných případech, jak ukládá § 13 o.z.

Užití teleologické redukce je vždy spojeno s významným zásahem do právní jistoty, proto někteří autoři zdůrazňují, že pro její užití musí být dány mimořádně důležité teleologické argumenty.³⁹⁵

Tyto argumenty často nacházejí svoji oporu v ústavním pořádku.³⁹⁶

Užití teleologické redukce tedy musí vždy předcházet úvaha spočívající v poměrování důsledků dosažených aplikací teleologické redukce ve vztahu k principům právní jistoty,

³⁹⁴ „V projednávaném případě sice lze z dikce § 34 odst. 4 ZTOPO dovodit, že za obviněnou právnickou osobu nemůže obhájce zvolit osoba, která je v téže věci svědkem, avšak z hlediska účelu by na tyto případy právní úprava dopadat neměla. Tato úprava totiž řeší problematiku střetu zájmů mezi obviněnou právnickou osobou a těmi, kdo za ni jednají, přičemž k takovému střetu zájmů nedochází při volbě obhájce právnické osobě ze strany svědka. Proto je třeba ustanovení § 34 odst. 4 ZTOPO interpretovat úžeji a na uvedené případy jej neaplikovat.“ (Nález Ústavního soudu sp. zn. II.ÚS 131/18 ze dne 21. 8. 2018).

³⁹⁵ Wintr, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 54.

³⁹⁶ „Možnost výkladu contra legem tj. v rozporu s výslovným zněním právního předpisu (aniž by takový závěr byl textem vykládaných ustanovení, byť i chápaným do jisté míry volněji, umožněn), připadá v úvahu pouze výjimečně, např. v případě nutnosti zaplnění mezery v právu nebo naopak teleologické redukce, a to výlučně v případech, kdy si takový aplikační postup vyžaduje důležitý důvod vyplývající z ústavního pořádku.“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 5 As 154/2016–62 ze dne 29. 8. 2017).

zejména v rovině předvídatelnosti práva a legitimního očekávání.³⁹⁷ Jde tedy v zásadě o to zvážit, zda v daném případě má skutečně být dána přednost principu, který opodstatňuje užití teleologické redukce před principem právní jistoty, což bude zpravidla záviset na tom, v jaké míře bude ten který konkrétní princip dotčen.

Zpravidla by měla teleologická redukce vést toliko k dílčím zásahům do skutkové podstaty (byť důsledky budou zásadní intenzity, neboť po úpravě normy teleologickou redukcí se zcela vyloučí její aplikace na určité skutkové situace), nikoli skutkovou podstatu zcela znegovat.³⁹⁸

To se snaží při své rozhodování zdůraznit též například Nejvyšší správní soud – například v situaci, kdy řešil otázku, zda se lhůta pro podání návrhu na zahájení řízení dle platné právní úpravy staví v případech podání žádosti o ustanovení zástupce anebo i jen žádosti o osvobození od soudního poplatku – zákon předepisoval obě možnosti, nicméně jeden ze senátů Nejvyššího správního soudu se domníval, že stavit lhůtu pro podání návrhu též v případě pouze podané žádosti o osvobození od soudního poplatku nemá opodstatnění (stavění lhůty pravděpodobně totiž směřuje na neschopnost žalobce formulovat žalobní důvody, nicméně ta v případě pouhé nemajetnosti dána být nemusí). Nejvyšší správní soud v tomto případě dal přednost jasně projevené vůli zákonodárce a dovodil, že nelze právní normě teleologickou redukcí odepřít aplikaci zcela.³⁹⁹

³⁹⁷ „Teleologická redukce, jakožto výkladová metoda ve své podstatě *contra legem*, představuje podstatný zásah do principů právní jistoty, předvídatelnosti práva a legitimního očekávání. Před přistoupením k teleologické redukcí proto musí nejprve dojít k poměření těchto principů s principem, za účelem jehož prosazení má být teleologická redukce použita. I pokud by tak podmínka uvedená v předchozím bodě byla splněna, tj. docházelo by k přesahu jazykového významu zákonného ustanovení nad jeho smysl a účel, je nutno před aplikací metody teleologické redukce přistoupit k nezbytnému testu proporcionality kolidujících právních principů.“ (Arabasz, J., Boguský, P. *Akcesorita zajištění dle Nejvyššího soudu – z dobrého sluhy zlým pánem*. Právní rozhledy, 2016, č. 5, s. 153–168).

³⁹⁸ „Současně ovšem nemůže, až na zcela ojedinělé a precizně odůvodněné výjimky, teleologicky korektně zjištěný obsah právní normy obsah zjištěný izolovaně toliko na základě slov zákona, čili obsah gramaticko-sémantickou metodou výkladu vyvozený, bez dalšího popřít. V kterékoliv interpretační situaci, z pohledu jediného konečného „syntetického“ interpretačního výsledku, musí dojít (téměř vždy) alespoň k částečnému průniku množin takto získaných interpretačních výsledků, a to již proto, že právě slovy zákona jako komunikačního informačního prostředku měl být tento účel sdělen.“ (Hanuš, L. *K argumentaci teleologickým výkladem (vázanosti soudce zákonem)*. Právní rozhledy, 2007, č. 7, s. 233 - 242).

³⁹⁹ „Názor vyslovený v rozsudku č. j. 3 As 182/2015-28, tedy že zmínka o žádosti o osvobození od soudních poplatků v § 35 odst. 9 věte třetí s. ř. s. dopadá pouze na případy, kdy účastník požádá o ustanovení zástupce a zároveň o osvobození od soudních poplatků, postrádá opodstatnění, neboť dotčené ustanovení by tím nezískalo jiný smysl, než pokud by v něm zmínka o návrhu na osvobození od soudních poplatků zcela chyběla, tj. dané ustanovení by znělo takto: „Požádá-li navrhovatel o osvobození od soudních poplatků nebo o ustanovení zástupce, po dobu podání takové žádosti do právní moci rozhodnutí o ní neběží lhůta stanovená pro podání návrhu na zahájení řízení.“ Rozšířený senát přitom již v minulosti odmítl možnost takového výkladu určitého ustanovení zákona, který by znamenal, že toto ustanovení nemá vůbec žádný normativní obsah.“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 5 As 154/2016–62 ze dne 29. 8. 2017).

Nicméně navzdory výše uvedenému Ústavní soud zase ve své praxi dovodil, že mohou nastat i takové extrémní situace, kdy teleologická redukce povede k tomu, že se právní norma zredukuje natolik, že se vůbec neuplatní. K tomu dojde v případě, kdy následně zcela odpadne účel právním předpisem sledovaný v souladu se zásadou *cessante ratione legis cessat lex ipsa*. O takovou situaci se jednalo v případě řešeném Ústavním soudem v nálezu II. ÚS 39/02 ze dne 17. 12. 2002, v němž Ústavní soud řešil otázku aplikace vládního nařízení z roku 1939, které podmiňovalo ve specifických dobách ohrožení státu převod nemovitostí souhlasem státního úřadu. V rámci předmětného řízení se restituent domáhal vydání nemovitostí, které na základě kupní smlouvy z října 1939 nabyli jeho právní předchůdci, nicméně následně jim byla nemovitost v 50. letech zkonfiskována. Obecné soudy nárok restituenta neuznaly, neboť bylo zjištěno, že ke kupní smlouvě z října 1939 nebyl udělen souhlas státního úřadu. Ústavní soud dovodil, že účelem nařízení byla obrana československého státu, nicméně vzhledem k tomu, že po 15. březnu 1939 došlo ke zbavení veřejné moci státní orgánů, předmětné nařízení zcela pozbylo svůj účel a není materiálně použitelné.⁴⁰⁰

Nutnost zohlednit při posouzení použitelnosti teleologické redukce princip právní jistoty zdůrazňuje ve své judikatuře též Nejvyšší soud. Principu právní jistoty před teleologickou redukcí dal například v jednom ze svých nedávných rozhodnutí, v němž se zabýval otázkou prodloužení promlčecí doby dle obchodního zákoníku. Konkrétně se jednalo o to, zda je nutno teleologicky redukovat ustanovení § 405 obchodního zákoníku, které umožňovalo prodloužení promlčecí doby o jeden rok v případě, kdy promlčecí doba uplynula v době soudního nebo rozhodčího řízení, přičemž v rámci tohoto řízení nedošlo k rozhodnutí ve věci samé. Otázka se jevila spornou tehdy, pokud došlo k podání žaloby před koncem promlčecí doby, následně nedošlo k zaplacení soudního poplatku a řízení bylo zastaveno a teoreticky tak mohl žalobce dosáhnout jednoduchým způsobem prodloužení promlčecí doby. Text právní úpravy vůbec nerozlišoval důvody, pro které nedošlo k vydání meritorního rozhodnutí. Obecné soudy se však dle Nejvyššího soudu dopustily nepřípustné teleologické redukce, pokud v tomto případě široce koncipovanou skutkovou podstatu právní normy oprostily o případ, kdy došlo k nevydání meritorního rozhodnutí z důvodu na straně žalobce (nezaplacení soudního poplatku). Současně však uvedl, že tyto případy je možno řešit za pomoci odepření právní ochrany pomocí institutu zneužití práva (resp. pro oblast obchodněprávních vztahů rozpor se zásadami poctivého obchodního styku).⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 39/02 ze dne 17. 12. 2002.

⁴⁰¹ „Tak široce koncipovaný a paušální závěr o neaplikovatelnosti § 405 odst. 2 obch. zák. SR, jaký v souzené věci přijal odvolací soud, neobstojí. Teleologická redukce jakožto nástroj dotváření práva musí být obhájena (její užití

Jiným příkladem rozhodnutí, v němž Nejvyšší správní soud postupoval důsledně metodologicky, je řízení, v němž posuzoval zaměnitelnost ochranných známek „TCHIBO CAFE CLASSIC“ a „NESCAFE CLASSIC“. Podle doslovného ustanovení tehdy použitelného právního předpisu nemohlo být ochrannou známkou označení obsahující prvky shodné s ochrannou známkou, která je zapsána jinou osobou pro výrobky téhož druhu. Důslednou analýzou objektivního účelu zákona stejně jako také velmi podrobným posouzením dotčení principu právní jistoty (opřeným například o to, že předchozí rozhodování již bylo dotčeno nejednotností a tudíž byl princip právní jistoty již oslaben) dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že pouhá existence shodných prvků nestačí, ale že tento pojem je potřeba redukovat tak, že pod pojem shodné prvky spadají jen takové shodné prvky, které jsou způsobilé vzbudit u běžného spotřebitele dojem, že v případě střetnutích označení se jedná o výrobky (služby) téhož výrobce (poskytovatele služeb).⁴⁰²

Při teleologické redukci se často argumentuje, že důsledky, které by vznikly doslovnou aplikací ustanovení právního předpisu se ocitají v samotném rozporu s cílem sledovaným právní úpravou, a jsou proto neakceptovatelné, absurdní, resp. dovozuje se, že zákonodárce takového důsledku určitě nechtěl dosáhnout. Jak proto uvádí J. Wintr, použití teleologické redukce je tak často spojeno též s argumentem *reductio ad absurdum*.⁴⁰³ Současně je však třeba si v této souvislosti uvědomit obdobný limit, na jaký jsme upozornili v kapitole týkající se použití a vhodnosti analogie. Tak, jako v případě analogie dochází k tomu, že pravděpodobnost správného úsudku ve věci je významně snížena tím, že to, co se jednomu jeví jako podobné, se jinému jako podobné jevit nemusí, tak v případě argumentu *reductio ad absurdum* může dojít k tomu, že co jeden považuje za „absurdní důsledek“, jiný za takový důsledek považovat

podepřeno) takovým způsobem, aby jednoznačně obstála při poměrování s principem právní jistoty. To se v napadeném rozhodnutí ve vztahu k obecné neaplikovatelnosti ustanovení § 405 odst. 2 v případě, že řízení podle § 405 odst. 1 bylo zastaveno pro nezaplacení (soudního či rozhodčího) poplatku, bez zřetele na jakékoliv další okolnosti, nestalo. Pro takovou teleologickou redukci ustanovení § 405 odst. 2 obč. zák. SR tu ve skutečnosti dostatečný důvod není.“ (Rozsudek Nejvyššího soudu č.j. 32 Cdo 646/2018 ze dne 19. 2. 2020).

⁴⁰² „Zdejší soud si je plně vědom, že řešení, k němuž přikročil, je *contra verba legis*, je však přesvědčen, že zároveň je *secundum rationem legis*. Soud zde přistoupil byť k vcelku zřídka kdy užívanému, ale plnohodnotnému právně metodologickému instrumentu nazývanému teleologická redukce. Ta spočívá vtom, že se text právního ustanovení neaplikuje, ačkoli z jazykového hlediska by se tak dít mělo.“ (Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 4 As 1/2008–220 ze dne 30. 3. 2009).

⁴⁰³ „Zatímco při víceznačnosti textu zákona je jasné, že si nevybereme absurdní výkladovou variantu, u jednoznačného textu, vedoucího k absurdním důsledkům, už to nesporné není. Použití argumentu *reductio ad absurdum* totiž pak zpravidla vede k teleologické redukci, tedy k dotvoření práva proti slovíům zákona. Pro situaci, která jazykově spadá do jádra interpretovaného pojmu, není daná právní norma použita, protože by to vedlo k neakceptovatelným důsledkům.“ (Wintr, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 217-218).

nemusí. Jak dále J. Wintr uvádí, limit argumentu *reductio ad absurdum* spočívá tedy v tom, že se jedná o soud hodnotový, nikoli soud logický.⁴⁰⁴

L. Hanuš zase upozorňuje na souvislost teleologické redukce s argumentem *a fortiori*. I on – obdobně jako J. Wintr v případě argumentu *reductio ad absurdum* – přisuzuje argumentu *a fortiori* povahu nikoli logického argumentu (byť je mezi ně často řazen), ale povahu teleologickou. Teleologický rozměr argumentu leží v tom, že jeho podstatou je posouzení, dle něhož, „je-li „něco“ spojeno s určitým rámcem svého opodstatnění, tím spíše na totéž třeba usuzovat při existenci rámce obdobného.“⁴⁰⁵

Představa tedy spočívá v tom, že stanovil-li zákonodárce nějaký právní následek pro určité skutkové podstaty z nějakého důvodu, pak nastane-li něco obdobného, co se liší o větší nebo menší intenzitu (dle povahy věci), tak tím spíše se má takový následek uplatnit, přičemž omezuje-li v některých prvcích takové užití formulace skutkové podstaty v právním předpise, je třeba hypotézu o tyto prvky ze skutkové podstaty teleologicky zredukovat (vyloučit je z ní). Opodstatněnost tohoto postupu L. Hanuš spojuje s účelností práva.⁴⁰⁶

Souvislost teleologické redukce a argumentu *a fortiori* L. Hanuš ukazuje například na nálezu Ústavního soudu II. ÚS 22/94 ze dne 4. 10. 1995, v němž Ústavní soud řešil otázku interpretace okruhu aktivně legitimovaných osob, jež mohly uplatnit restituční nárok podle zákona č. 243/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Podle ustanovení § 2 citovaného zákona totiž byly aktivně legitimovány pouze osoby, které kumulativně (i) byly občany České a Slovenské Federativní republiky, (ii) ztratily majetek podle vybraných dekretů prezidenta republiky, (iii) neprovinily se proti československému státu, (iv) nabyly zpět občanství podle vybraných zákonů a (v) jejichž majetek přešel na stát. Aktivní legitimace tedy byla dána výše uvedenými pěti prvky. Ústavní soud řešil, zda je možno přiznat restituční nárok i osobě, která nespĺňuje prvek „nabytí občanství.“ Jinými slovy, objevovaly se situace, kdy sice někomu byl

⁴⁰⁴ Wintr, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 218-219. J. Wintr rovněž v citované pasáži odkazuje na totožné závěry F. Melzera, který uvádí, že argument *reduction ad absurdum* je „v naší soudní praxi často používán intuitivně, aniž by bylo jasně zdůvodněno, proč je určitý výsledek absurdní.“ (Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009, s. 183).

⁴⁰⁵ Hanuš, L. *K argumentaci „a fortiori“ a její teleologické povaze*. Právní rozhledy. 2008, č. 24, s. 911–915.

⁴⁰⁶ „Jak patrně, klíčovou roli zde sehrává zpravidla k extenzivnímu výkladu vedoucí teleologický interpretační přístup (argumentace teleologickou redukcí) založený na tom, že při nikoliv absolutní vázanosti doslovným zněním normativního textu, dochází-li ke sporu o výklad určitého ustanovení, nutno tento řešit z hlediska jeho smyslu a účelu. Metodologie teleologické redukce zde co do rozsahu modifikuje interpretační výsledek plynoucí jinak z doslovného znění zákonného ustanovení. Toto pojetí vychází z teze, v souladu s níž aplikace práva je vždy (krom dalšího) esenciálně hledáním smyslů a účelů. Její podstata spočívá na východisku, dle něhož právní normativní systém zde není samoučelně, stejně jako lidská společnost zde není pro právo, nýbrž právo má sloužit legitimně předsevzatým potřebám lidí, tudíž právní normou sledovanému účelu (cíli), který determinuje i rámec možných interpretačních alternativ (alternativ právní argumentace vůbec). Jen za těchto předpokladů lze vyloučit, aby se právní řád nestal skutečným nástrojem odcizení a absurdity.“ (Hanuš, L. *K argumentaci „a fortiori“ a její teleologické povaze*. Právní rozhledy. 2008, č. 24, s. 911–915).

zkonfiskován na základě dekretu prezidenta republiky, nicméně nepřišel o státní občanství, a tak jej nemohl ani zpět nabýt. Zákonodárce jako by počítal výlučně se situací, že pokud u někoho došlo ke konfiskaci majetku, vždy muselo dojít i ke ztrátě občanství, to ovšem nepostihovalo všechny případy. Ústavní soud podmínky aktivní legitimace teleologicky zredukoval právě na podkladě argumentu *a fortiori*, kdy uvedl: „*vrací-li se majetek těm, kdo jej podle dekretu pozbyli a byli zbaveni občanství a pak je nabyli zpět, musí být tím spíše vrácen těm, kterým nebylo nutno občanství vracet, protože v důsledku svého určitého chování občanství vůbec nepozbyli. Jiný výklad by zcela odporoval principům restitučních zákonů, které směřují k částečné nápravě křivd a nikoliv k odškodňování za ztrátu občanství.*“ Úvaha je tedy zde založena na argumentu *a fortiori* v podobě *a maiori ad minus*: pokud zákonodárce projevil vůli vrátit majetek těm osobám, kterým byl zkonfiskován a které nadto byly zbaveny státního občanství (za podmínky, že jej následně nabyly zpět), tím spíše bylo cílem úpravy odškodnit též ty osoby, kterým byl majetek sice zkonfiskován, nicméně které o státní občanství vůbec ani nepřišly (například proto, že prokázali, že nekolaborovali apod.).

Jak bylo naznačeno výše, argument *a fortiori* je nutno vždy spojit s adekvátní teleologickou úvahou (tedy adekvátní analýzou směřující k odhalení pravého účelu právní normy), jinak se zvyšuje jeho potenciální chybovost. L. Hanuš reprodukuje příklad daný belgickým právním teoretikem Ch. Perelmanem týkající se množstevního omezení prodeje alkoholu v Belgii.⁴⁰⁷ Běžně by se například uvažovalo, že pokud je povoleno v obchodě zakoupit tři lahve alkoholu, je tím spíše dovoleno si koupit dvě či ještě méně lahví alkoholu (bez znalosti kontextu se lze totiž domnívat, že alkohol je obecně ve vyšším množství více škodlivý a účelem zákazu nákupu takového množství je ochrana zdraví, prevence závislosti a souvisejících sociálních problémů apod.). Nicméně účel zákona nemusí vždy odpovídat běžné představě. V Belgii došlo k přijetí zákona, který stanovil, že je povoleno kupovat alkohol pouze v lahvích, které jsou o objemu dvou litrů. Při posuzování, zda je v daném případě možno ustanovení teleologicky redukovat – buď tím směrem, že je možno prodávat alkohol v lahvích o menším objemu, nebo opačně že je možno prodávat alkohol v lahvích o větším objemu – je zase rozhodující účel regulace. Cílem tohoto zákona bylo, aby dělníci neutratili za alkohol svoji týdenní mzdu (neboť při objemu nad dva litry již cena alkoholu převyšovala týdenní mzdu), proto z toho lze dovodit, že není možno teleologicky úpravu redukovat tak, že by bylo možno alkohol prodávat v lahvích o menším objemu. Adekvátnost argumentu *a fortiori* a s ním související teleologické redukce je tedy vždy třeba měřit teleologickými argumenty.

⁴⁰⁷ Hanuš, L. *K argumentaci „a fortiori“ a její teleologické povaze*. Právní rozhledy. 2008, č. 24, s. 911–915.

Je třeba připomenout, že hranice mezi výkladem (včetně zejména restriktivního výkladu za užití teleologického výkladu) a dotvářením (v podobě teleologické redukce) nemusí být vždy úplně jednoznačná (někdo může argumentovat, že určitý jev již z pojmu ani za užití interpretace „vylomit“ nelze, jiný to může vidět jinak). Opět je třeba připomenout, že při zvažování (restriktivního) výkladu pojmů se posuzuje jazyková konvence určitého společenství (tedy včetně zohlednění toho, co danými slovy rozumí příslušníci dané skupiny při zohlednění celkového kontextu, v němž se jazyková konvence utvářela). Tak například pojem „zákazu nucení k opuštění vlasti“ ve smyslu čl. 14 odst. 4 Listiny by mohl někdo chápat tak, že z něj nelze vyjmout ani krátkodobé předání k trestnímu řízení v zahraničí, a že proto by bylo nezbytné pojem teleologicky redukovat. Ústavní soud však dospěl k závěru, že v rámci výkladu je nutno zohlednit objektivně teleologický výklad daného ustanovení (cílem ustanovení bylo zcela odsoudit a zapovědět historické praktiky komunistického režimu, přičemž tento cíl již nemá mnoho společného s aktuálním společenským vývojem zaměřeným na evropskou spolupráci), a dospěl k závěru, že „[j]azykový výklad termínu „nucení k opuštění vlasti“ totiž může obsáhnout i takovéto relativně krátkodobé předání občana k trestnímu řízení do zahraničí.“ a „[č]asově omezené předání občana k trestnímu řízení probíhajícímu v jiném členském státě EU, podmíněné jeho následným opětovným předáním do vlasti, tedy není a nemůže být nucením k opuštění vlasti ve smyslu čl. 14 odst. 4 Listiny“.⁴⁰⁸

Konečně Nejvyšší soud užil teleologické redukce při přezkumu rozhodnutí občanských sdružení (tj. před nabytím účinnosti spolkového práva dle občanského zákoníku z roku 2012), kdy definoval pojem „rozhodnutí“ ve smyslu § 15 odst. 1 zákona č. 83/1990, o sdružování občanů, ve znění do 31. 12. 2013, za užití teleologické redukce. Tehdejší úprava občanských sdružení dle gramatického výkladu umožňovala napadnout členovi sdružení jakékoli rozhodnutí orgánu občanského sdružení. Nejvyšší soud však takto široce pojatou definici rozhodnutí považoval za neslučitelnou s principy autonomie občanských sdružení (dnes spolkové autonomie) a dovedl, že za rozhodnutí podle citovaného ustanovení nelze bez dalšího pokládat jakákoli rozhodnutí, ale pouze taková rozhodnutí, která zasahují do práv člena spolku, přičemž intenzitu takového zásahu je nutné posuzovat – vzhledem k zásadě spolkové autonomie – zdrženlivě.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 66/04 ze dne 3. 5. 2006.

⁴⁰⁹ „Občanská sdružení, resp. spolky nejsou „nucenými svazky“; sdružování do nich je založeno na principu dobrovolnosti a je žádoucí, aby podstatná část běžných „provozních“ rozhodnutí, činěných spolkovými orgány při uskutečňování zásady smluvní autonomie členské základny sdružení, zůstala z důvodu právní jistoty uvnitř sdružení zachována. Právní úprava z roku 1990 je v tomto ohledu příliš obecná, kusá a současně realitě již nevyhovuje. Bylo proto zapotřebí, aby Nejvyšší soud přistoupil, zajisté s náležitou citlivostí směřující k zásadnímu zachování potřebné míry ochrany práv členů občanských sdružení, k interpretační restrikci, která je naznačena již výše a

vychází z teleologického výkladu – a návazné teleologické redukce – rozhodného právního textu. Dojde-li k významnému zásahu do práv člena občanského sdružení, nesmí být jeho soudní ochrana redukována. Při (eventuálně) minimálním, málo intenzivním konfliktu rozhodnutí orgánu občanského sdružení s dílčím členským právem musí člen vzít v úvahu, že do sdružení vstoupil dobrovolně a že součástí vnitrospolkové demokracie je též podrobení se rozhodnutí spolkového orgánu.“ (Rozsudek Nejvyššího soudu č.j. 28 Cdo 2304/2011 ze dne 14. 9. 2011).

7. Další prostředky dotváření práva

V rámci odborného diskursu jakož i v rámci soudní praxe,⁴¹⁰ se nejčastěji o dotváření práva hovoří zpravidla v souvislosti s analogií nebo teleologickou redukcí. Je to dáno tím, že soudy často citují a metodologicky vychází z knihy F. Melzera *Metodologie nalézání práva*.⁴¹¹ Odkazy na tuto publikaci lze v odůvodněních soudních rozhodnutí nalézt velmi často.

V právní teorii se však lze setkat i s názory, že analogie a teleologická redukce nejsou jedinými způsoby, jimiž lze dotvářet právo.

Kupříkladu H. Schlosser kromě analogie a teleologické redukce rozlišuje též:

- argument *a fortiori*,
- argument *a contrario*,
- teleologickou extenzi,
- zánik účelu normy,
- korekci zákona.⁴¹²

P. Holländer zase uvádí: „Mezi metody vyplňování mezer v právu lze řadit zejména analogii, argument *a fortiori*, argument *a minori ad maius*, a *maiori ad minus*, argument povahou věci atd.“⁴¹³

Domnívám se však, že základní matici dotvoření práva představuje dvojice „analogie – teleologická redukce“. Lze činit určité podrobnější členění, nicméně v takovém případě půjde o derivát buď analogie, nebo teleologické redukce. To je logicky dáno vymezením pojmů analogie a teleologické redukce. Pokud pojem analogie je vymezen jako vztáhnutí právní normy nebo obecných právních principů na případ neřešený právní normou a teleologická redukce jako stanovení výjimky z aplikace právní normy, není již příliš prostor pro jiné argumenty.

Lze *argumentum a fortiori* považovat za samostatný způsob dotvoření práva? To je poměrně sporná otázka. Pověštinou je argument *a fortiori* považován za argument logického výkladu (byť, jak bylo uvedeno výše, má tento argument zásadní teleologický přesah a opírá se o úvahu hodnotovou, nikoli logickou); toto však někteří autoři zpochybňují. Je tomu tak oprávněn? Nedochozí totiž i při jeho aplikaci k dotváření práva?

Vezměme si jako příklad otázku, kterou řešil v již v této práci jednou popsané trestní věci Nejvyšší soud, který musel posoudit, zda cizinec pobýval na území České republiky

⁴¹⁰ Pokud vůbec některá rozhodnutí popisují v textu odůvodnění svůj metodologický postup – nelze totiž pominout, že většina rozhodnutí bude například provádět *analogii legis*, aniž by tento postup výslovně takto označila v soudním rozhodnutí apod.

⁴¹¹ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C.H.Beck, 2009.

⁴¹² Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. rozšířené a doplněné vydání. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 213.

⁴¹³ Holländer, Pavel. *Filozofie práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 298.

nelegálně, a z toho následně buď dovést znak protiprávnosti jako znak trestného činu, či naopak dovést beztrestnost.⁴¹⁴ Cizinec se dovolával § 87y zákona o pobytu cizinců a namítal absenci protiprávnosti, kterou zdůvodňoval tím, že citované ustanovení stanoví, že pokud cizinec podá žádost o povolení k přechodnému pobytu (pro rodinného příslušníka občana EU), platí dle citovaného zákona, že cizinec po dobu trvání tohoto řízení pobývá na území legálně, ledaže by mu bylo uloženo „správní vyhoštění“. V předmětném řízení nicméně cizinci nebylo uloženo správní vyhoštění ale trest vyhoštění, na který však výslovně zákon o pobytu cizinců nepamatoval. Jednalo se v daném případě o interpretaci, nebo o dotvoření práva?

V případě, že bychom pojem „správní vyhoštění“ interpretovali izolovaně bez zohlednění kontextu, tak patrně by málokterý adresát tohoto pojmu interpretoval pojem „správní vyhoštění“ tak, aby v sobě zahrnoval též trest vyhoštění. Z pohledu hranic pojmů by se tedy mělo jednat tedy v tomto případě užití argumentu *a fortiori* o dotváření práva. Může být současně pravdou, že pokud bychom adresátovi představili pojem „správního vyhoštění“ v kontextu celého ustanovení, včetně ostatních prvků daného ustanovení, účelu daného ustanovení a umístění daného ustanovení v systému právního řádu, patrně by většina adresátů uznala, že pokud v daném případě zákonodárce použil pojem správní vyhoštění, pak toliko musel jen opomenout trestní vyhoštění, neboť všechny důvody jsou dobře použitelné i pro trestní vyhoštění. V rámci této práce jsme si však pojem hranice mezi interpretací a dotvářením práva vymezili jazykovým zněním pojmu, a proto bychom takový případ považovali spíše za dotváření práva.

Argumentum *a fortiori* v situacích, kdy se užívá v oblasti za hranicí možného významu pojmu, pak bude vždy prostředkem k dotváření práva a fakticky se jedná o zvláštní poddruh analogie. Toto postavení mu přisuzuje například též F. Bydlinski⁴¹⁵ či P. Pescatore⁴¹⁶, z českých právních teoretiků pak T. Sobek.⁴¹⁷ Lze však naleznout i argumenty opačné.⁴¹⁸

Pokud jde o argument *a contrario* (jak jsme uvedli výše, přesněji v jeho podobě argumentu z odlišnosti, či *a contrario lato sensu*), spatřuje se prvek dotváření práva v tom, že

⁴¹⁴ Pro zjednodušení znázornění problému jsme v tomto příkladu problematiku „protiprávnosti“ zjednodušili.

⁴¹⁵ Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt. Vídeň, s. 52.

⁴¹⁶ Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960, s. 346.

⁴¹⁷ Sobek, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 186.

⁴¹⁸ „Argument *a fortiori* slouží k řešení posuzovaného případu subsumpcí pod právní normu, která na něj bezprostředně dopadá (na rozdíl kupř. od argumentace *per analogiam*). [citace z poznámky pod čarou na tomto místě: *Jde takto o „přímé implikace“, nikoliv o podobnost, resp. konsekvence z toho plynoucí ve smyslu argumentu per analogiam*] Tímto způsobem dochází k přímému jejímu *lege artis* provedenému aplikačnímu rozšíření (*extenzi*) vůči slovnímu znění právního textu, a to ať již v relaci k okruhu subjektů či skutkových situacích, k nimž se z hlediska podřazení, tj. podmínky nastoupení normativního tlaku, upíná.“ (Hanuš, L. *K argumentaci „a fortiori“ a její teleologické povaze*. Právní rozhledy, 2008, č. 24, s. 911–915).

v okamžiku, kdy se interpret rozhoduje mezi dotvořením práva (typicky cestou analogie), resp. tím, že žalobu zamítne, upřednostní argument *a contrario* a žalobu zamítne, a to na základě teleologické úvahy, podle níže dojde k přesvědčení, že mezi skutkovým případem řešeným a skutkovým případem upraveným existují relevantní odlišnosti a jsou rozdílné.

H. Schlosser pak hovoří rovněž o teleologické extenzi jako o případě, kdy aplikace práva přistupuje k výkladu, která přesahuje slovní znění – směřuje tedy extenzivně – a naplňuje současně teleologicky rekonstruovaný účel interpretovaného ustanovení právního předpisu. Domnívám se však, že tento případ lze pohodlně podřadit pod pojem analogie *legis*, a proto bych o něm jako o samostatném způsobu dotváření práva nehovořil.

Co se týče pojmu zániku účelu normy, jedná se o případ absolutní teleologické redukce, kdy se právní norma neaplikuje jako celek ve smyslu zásady *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, kterou H. Schlosser z tohoto důvodu vyčleňuje z pojmu teleologické redukce.⁴¹⁹

Lze shrnout, že pokud jsou ojediněle označovány za prostředky dotváření práva rovněž jiné metodologické nástroje nebo argumenty než analogie a teleologická redukce, jedná se zpravidla o deriváty těchto dvou uvedených základních nástrojů.

⁴¹⁹ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. rozšířené a doplněné vydání. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 212.

Závěr

Parlamentu přísluší zákonodárná moc v České republice (čl. 15 odst. 1 Ústavy). Jen Parlament tak může přijímat zákony (obsahující obecně závazné právní normy). Současně občany může na jejich obecné svobodě omezit pouze zákon (čl. 2 odst. 4 Ústavy, čl. 2 odst. 3 Listiny).

Naproti tomu soudce je vázán zákonem (čl. 95 odst. 1 Ústavy). Jinými slovy, soudce musí při svém rozhodování zákon respektovat a nemůže jej nahrazovat vlastními úvahami. To, že je soudce vázán zákonem, je pak mimo jiné důležitým prvkem zaručujícím předvídatelnost rozhodování a právní jistotu vůbec.

Z výše uvedeného vyplývá logická úvaha, že je to Parlament, který omezuje občany na jejich obecné svobodě (alespoň v rovině primárního omezení, které může následně být dále delegováno), a to formou zákona. Soudce při rozhodování v konkrétní věci může aplikovat jen zákon, tedy jen omezení, která stanovil Parlament jakožto zákonodárce.

Tento – z pohledu formální logiky – úplný systém však má své limity. Pokud bychom v právu namísto se zákonem pracovali s čísly jako v matematice či s jinými naprosto exaktními prvky, nepochybně bychom si s výše uvedeným systémem vystačili a v takovém případě bychom ani nepotřebovali soudce a závěry bychom mohli svěřit jednoduchému počítačovému programu fungujícímu na bázi dotazu: *je prvek v množině zákonodárcem vymezené zákonodárce (v množině zakázaného jednání), nebo v množině zbytkové (v množině zákonodárce povoleného jednání)?*

Nicméně problém tkví v tom, že zákon je toliko formální pramen práva. Zákon je pouze forma, v níž je právní norma obsažena. Forma, která umožňuje vyjádření právní normy jakožto vůle zákonodárce spočívající ve vlastním stanovení obecně závazného pravidla chování prostřednictvím komunikace v podobě psaného textu. Zákon tedy není vlastní prvek, na který by se mohl výše zmiňovaný počítačový program dotazovat, ale zákon je šifrovaný text, z něhož je třeba dovodit právní normu jakožto prvek, na něž se lze teprve dotazovat. Text zákona není cílem zákonodárné činnosti. Cílem zákonodárné činnosti je regulovat určité společenské vztahy právní normou, a tak upřednostnit jeden zájem před druhým, tedy poskytnout závazné řešení, v obecně vymezené skupině skutkových případů. Zákon není přijímán sám pro sebe, ale zákon je projev vůle lidu regulující věci určitým způsobem. Z toho pak vyplývá teze, že *„vázanost soudu zákonem neznamená bezpodmínečně nutnost doslovného výkladu aplikovaného ustanovení, nýbrž zároveň vázanost smyslem a účelem zákona.“*⁴²⁰

⁴²⁰ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl.ÚS-st. 1/96 ze dne 21. 5. 1996.

V první části této disertační práce týkající se teorie komunikace jsme pojmenovali, jakým limitům čelí jednak zákonodárce při formulaci textu zákona, jednak soudce jakožto orgán pověřený jejich interpretací a aplikací v jednotlivých případech. Vysvětlili jsme si, že vliv předporozumění, které nikdy nebude zcela totožné v případě zákonodárce a soudce, zjevně nutně vede k tomu, že proces interpretace práva bude nezbytně ovlivněn subjektivními prvky. Jak píše i Ústavní soud s „rekonstrukcí [pozn. smyslu a účelu normy] je spjata řada nejistot“, které jsou dány například omezenou použitelností důvodových zpráv a předveděním interpreta.⁴²¹

Při formulaci právní normy (tj. cílené obecné regulace) do textu zákona si zákonodárce představuje toliko určité typizované situace, které měl možnost vnímat a na které chce regulaci směřovat. Následně postupuje induktivně a pojmenovává je společnými prvky. Pro popis těchto typizovaných situací do hypotézy právní normy používá určitá slova v českém jazyce, tedy pojmy, které dle jeho názoru vhodně popisují souhrn situací (skutkových stavů), s nimiž chce spojit nějaký právní následek. Takový postup (vnímání jen určité výšeče vnějších situací a induktivní postup vedoucí k volbě pojmu ve vědomí zákonodárce popisujícího tyto situace) je však vždy jen aproximativní, a to vzhledem k objektivní nemožnosti zákonodárce zohlednit při úvaze všechny potenciální situace a zvolit tomu přesně odpovídající pojem, který bude v myslích adresátů i interpretů evokovat přesně tytéž situace. Tu se to zákonodárci povede lépe, tu hůře. I proto je notorií, že právní normu není možno ztotožňovat s textem právního předpisu.⁴²² Také může dojít k tomu, že zákonodárce nemůže vůbec v době přijetí právního předpisu předpokládat určité skutkové situace, které nastanou v budoucnu v době účinnosti předpisu (například vědecký pokrok, určité mimořádné okolnosti apod.).⁴²³

⁴²¹ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl.ÚS-st. 1/96 ze dne 21. 5. 1996: „Každá právní norma má svůj smysl a účel, jejich rekonstrukce je však spjata s řadou nejistot. Smysl a účel zákona lze dovést především z autentických dokumentů, vypovídajících o vůli a záměrech zákonodárce, mezi něž patří důvodová zpráva k návrhu zákona (uvědomujíc si skutečnost, že ze souhlasu zákonodárce s osnovou návrhu lze pouze prezumovat i jeho souhlas s jejími důvody), a dále z argumentace, přednesené v rozpravě při přijímání návrhu zákona. Smysl a účel zákona lze dále dovést z pramenů práva. Jelikož právní norma s klasickou strukturou (na rozdíl od teleologické právní normy) neobsahuje explicitně vyjádření svého smyslu a účelu, nelze tyto stanovit "bez rekurzu na předvedění interpreta" (O. Weinberger, *Norma a instituce. Úvod do teorie práva. Brno 1995, s. 165*). Při rekonstrukci smyslu a účelu zákona sehrávají tudíž vlastní představy interpreta o teleologické racionalitě právního ustanovení klíčovou roli. To je vážný důvod pro uplatňování výkladu *e ratione legis* pouze za splnění určitých podmínek.“

⁴²² „Vždy je třeba mít na zřeteli, že právní norma se ne vždy musí krýt s tím, jak je vyjádřena v textu zákona, a to ani v takovém případě, kdy se text může jevit jako jednoznačný a určitý.“ (Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 138/06 ze dne 10. 8. 2006).

⁴²³ „Ústavní soud sdílí názor, že platné zákony jsou soubory pravidel psaných pro přítomnost a nejsou pouze historickým reliktem doby, v níž byly vytvořeny. Řada zákonů z doby před rokem 1990 proto musí být interpretována ve světle principů, na nichž je založen náš právní řád a vlastně celý stát, principů, které platné právo neznalo v době vytváření těchto předpisů.“ (Nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 1133/07 ze dne 20. 12. 2007).

Z první části disertační práce jsme si tak odnesli některé zásadní poznatky. Předně ten, na který jsme již upozornili, a to sice, že zákon je vždy v určitém smyslu nedokonalým. Je faktem, že písemný projev v textu zákona nemusí nutně odpovídat myšlence, kterou zákonodárce chtěl vyvolat. Zákon je prostředek komunikace právní normy a již z podstaty jeho cíle, kterým je tlumočit obecnou právní normu prostřednictvím jazyka a upravit tak všechny možné relevantní konkrétní skutkové stavy, vyplývá, že mohou vznikat případy, kdy se zákon ukáže jako nejasný či neúplný.

Dále z popisu teorie komunikace vyplývá, že interpretace práva je vždy ovlivněna subjektivními elementy. Tato skutečnost vyplývá z toho, že zákon interpretuje člověk-interpret a každý interpret má jiné předporozumění, které se formuje z jeho vjemů a představ, které se promítají do procesu interpretace. Pojmy užívané v textu právního předpisu a případně sekundárních objektech interpretace mohou evokovat u každého interpreta v některých případech trochu jiný význam.

Další poznatek je ten, že interpret se v rámci procesu interpretace nachází v trochu schizofrenní pozici. Na jedné straně by měl usilovat vhodnými metodologickými postupy o správné a objektivní poznání právní normy, na druhé straně je při tomto poznání vždy omezen svým subjektivním porozuměním a představami o tom, jaké bylo porozumění zákonodárce při formulaci jeho myšlenky do slov textu zákona. Dokud budou ovšem interpretaci provádět lidé, není patrně jiné varianty než se s těmito omezeními smířit a přijmout opatření, jež budou zmírňovat jejich negativní dopady. Nebezpečí plurality možných interpretačních závěrů jakož i vnášení subjektivních představ interpreta, které zákonodárci mohly být zcela cizí, lze čelit snad tím, že bude zavedena dobrá metodologie (u níž nebude zpochybňována správnost jejich závěrů a která bude omezovat možnost dosažení různých závěrů) a současně, že interpret bude k interpretaci přistupovat při vědomí si svých limitů vyplývajících z jeho předporozumění.

Jako obecně uznávané kritérium vymezující hranici mezi interpretací a dotvářením práva jsme přijali kritérium nejširšího možného jazykového významu pojmu, které používají též F. Melzer a F. Bydlinski, kteří využívají přitom model tří oblastí pojmu dle P. Hecka. Ostatní kritéria (například zmiňovaný úmysl zákonodárce) považujeme za nedostatečná, a to z toho důvodu, že by vycházela z jiných kvalifikačních kritérií než z textu psaného předpisu, čímž by se oslaboval princip právní jistoty. Preferenci kritéria textu předpisu oproti jiným kritériím lze odůvodnit též pozitivním právem, a to výhradou zákona pro odvětví práva, v nichž nelze uplatňovat dotváření práva. Ústavní právo zde odkazuje na to, že „jen zákon stanoví, co je trestným činem“ nebo že „poplatky a daně lze ukládat jen na základě zákona“, čímž jasně

zdůrazňuje, že má platit pouze to, co je uvedeno v zákoně, a nikoli to, co v něm vyjádřeno nebylo.

Jak jsme si ovšem ukázali na kritice ze strany O. Šváry a na analýze významu pojmů dle T. Sobka, kritérium nejširšího možného jazykového významu pojmu není samospasitelné. Jinými slovy, není to kritérium, které by často fungovalo samo o sobě tak, že by se po přečtení textu právního předpisu dalo vnějším pozorováním světa určit, zda lze zařadit konkrétní věc či jev, který soudce posuzuje, do oblasti jádra pojmu, jeho neurčité části či do oblasti mimo rozsah pojmu. Neplatí tato teorie reprezentacionalismu či sémantického realismu, ale naopak teorie konvencionalismu, tedy je třeba zkoumat, jaká jsou obecně přijímaná pravidla užití daného pojmu v kontextu.

V souvislosti s hranicí mezi neurčitou částí pojmu a oblastí mimo rozsah pojmu jsme rovněž vymezili extenzivní výklad (jako výklad vedoucí až k samé hranici neurčité části pojmu, nicméně ještě pod pojem podřaditelný) a analogii (jako nástroj, prostřednictvím kterého se právní norma aplikuje, ačkoli již řešíme skutkový stav z oblasti mimo rozsah pojmu). Zde jsme si ukázali, že rozdíl mezi extenzivním výkladem a analogií není v odborné literatuře (a pojmem-li argument *a fortiori* jako podnož analogie, tak totéž platí i pro soudy) často pochopen zcela správně. Bohužel se to týká též oblasti trestního práva hmotného, kde ovšem je tato otázka velmi zásadní, protože zatímco extenzivní výklad přípustným je, tak analogie v neprospěch pachatele přípustná není.

Existuje něco jako jasný zákon? V tom smyslu, že bychom zákon nikdy nepodrobovali interpretaci nikoli. Doktrína *sens claire* se ukázala jako neproveditelná a absurdní. Proces interpretace tedy začíná již i v samotné oblasti jádra pojmu. I jazykový výklad je výkladem. Jasnost zákona se projevuje ve vazbě na konkrétní případ, jež je řešen, nikoli jasností textu sebe samého. Ostatně někteří autoři jakož i český Ústavní soud vybízejí ke zvážení i dalších interpretačních metod, byť se pohybujeme v oblasti jádra pojmu za účelem provedení tzv. zpětné zkoušky výsledku interpretace. Pokud bychom jasné texty neinterpretovali, pak by ostatně patrně vůbec nevznikl ani nástroj označovaný jako teleologická redukce. Jasným se tak zákon stává tehdy, když ve vazbě na konkrétní skutkový případ vedou všechny relevantní výklady pouze k jednomu řešení.

Jakkoli jsme uvedli, že jednotná metodologie (včetně zřejmých pravidel přednosti) pro běžné výkladové situace je žádoucí, neboť může vést k posílení právní jistoty (byť je otázkou, zda přílišné svazování metodologií potom nemůže vést k nesprávným interpretačním závěrům), přiklonili jsme se ke kritice pozitivněprávního zakotvení interpretačních zásad v platném občanském zákoníku. Pozitivněprávní zakotvení má totiž smysl tehdy, pokud je skutečně cílem

stanovit nějaké postupy závazně. Nicméně pokud se něco má stanovit závazně, dává pak smysl stanovit právě nejen vhodné výkladové metody v závislosti na zákonodárcem preferovaných výkladových cílech, ale také pravidla přednosti pro všechny možné variace kombinací mezi těmito výkladovými cíli.

Na francouzském porevolučním příběhu jsme si ukázali především jedno. Snaha zakonzervovat výklad práva a soudní interpretaci je trvale neudržitelná, a to navzdory liberálním a legitimním východiskům a principům, které exegetický přístup provázely. Stejně tak neefektivní jsou rovněž snahy o to podřídit soudce zákonodárci a usilovat o formy autentického výkladu. Konečně slavný čl. 4 Code Civil byl též reakcí na zavedený systém posudků k zákonodárci. Analýza francouzsky psané literatury rovněž svědčí o tom, že francouzská exegeze je v české nauce vnímána občas trochu zkratkovitě, jako zaměřená výlučně na text zákona. Dle prostudovaných pramenů ovšem vyplývá, že francouzská exegeze umožňovala se v nejasných případech obrátit rovněž k hledání úmyslu zákonodárce prostřednictvím analýzy legislativních materiálů – zákon pro exegety byl cenný nikoli sám o sobě, ale protože to byl projev vůle zákonodárského sboru, který jediný mohl omezit sféru obecné svobody lidu. V každém případě 100 let exegeze ve Francii zcela obnažilo nedostatky tohoto strohého přístupu zaměřeného formalisticky. Zákon se neadaptoval a přestal odpovídat potřebám moderní doby. Metoda svobodného vědeckého bádání F. Géného nikdy nepřesáhla svým významem hranice Francie či Belgie a vlastně patrně ani ji nelze považovat za dnes použitelnou svébytnou výkladovou metodou, nicméně nepochybně byla jejím prostřednictvím vznesená kritika podnětem k reformaci přístupu k interpretaci práva. Dnešní francouzská a belgická metodologie interpretace práva je v zásadě velmi podobná té, která se uplatňuje u nás. Ačkoli jsou některé výkladové metody či argumenty nazývány jinak, často směřuje ke stejným výkladovým a argumentačním cílům.

Zamýšleli jsme se dále nad nedostatky uvažování na základě sylogismu a nad tím, co justifikuje dotváření práva. Co se týče sylogismu, je evidentní, že zásadní problém spočívá v tom, že premisy, z nichž je dovozován závěr, nedosahují jistoty a pravdivostní hodnoty jako v logice. Zatímco hlavní premisa (sestavující z obecné právní normy) je předmětem výkladu (jež může být ovlivněn například preferencí určité výkladové metody apod.), vedlejší premisa je předmětem dokazování. Obě premisy tak mají pouze pravděpodobnostní hodnotu. Z toho plyne závěr, že soudní či správní rozhodnutí je vždy výsledkem pravděpodobnostním. Vůči sylogismu se rovněž vznáší výhrada, že zpravidla se nepostupuje dle jeho schématu, tedy od premisy ke konkluzi, ale naopak tak, že se argumentace sylogismem používá jako zdůvodnění pro již zaujatý postoj.

Pokud je zákon „jasný“ (při kritériu jasnosti, jak jsme jej popsali výše) anebo i méně jasný, avšak lze ještě extenzivně vyložit, pak si český soudce zpravidla ještě postačí s argumentací sylogismem (při extenzivním výkladu podepřený případně jinými než jen jazykovým výkladem). Nicméně, pokud dojde k závěru, že zákon „nesedí“ na daný skutkový stav, resp. že ani při extenzivním výkladu není možné ustanovení na daný skutkový stav bez dalšího aplikovat, bude se rozhodovat, zda právo dotvoří (typicky analogií), či zda nárok zamítne (typicky na základě argumentu *a contrario*). Předpokladem je, že soudce akceptuje teorii pramenů práva, podle níž právo není ztotožněno se zákonem, resp. celé právo není obsažené pouze v textech právních předpisů. Fakticky se snad jedná o soudcovu volbu, nicméně mělo by to tak být metodologicky správně? Minimálně v oblasti soukromého práva nikoli, neboť občanský zákoník obsahuje přímou výzvu soudce k použití postupu *per analogiam legis* i *per analogiam iuris*. Za daných okolností by tedy v oblasti soukromého práva nemělo být diskuze o tom, že před argumentem *a contrario* je třeba uvážit, zda je případ řešitelný prostřednictvím analogie. Názory odborné literatury se k tomuto řešení přiklání ovšem obecně – nemělo by se jednat tedy o možnost volby (jak se například dovozovalo v prvorepublikové komentářové literatuře), před zamítnutím nároku je třeba zvážit, zda nepřichází v úvahu analogická aplikace určitého ustanovení.

Co ovšem dotváření práva justifikuje? Ukázali jsme si, že to není zásada zákazu odepření spravedlnosti – ta pouze ukládá „nějak“ rozhodnout, nikoli tak, že by se musela aplikovat analogie či třeba teleologická redukce (i zamítnutí návrhu je rozhodnutím). Za přesvědčivé však lze shledat zejména zdůvodnění opírající se o potřebu hodnotově koherentního právního řádu, princip účelnosti, předpoklad racionálního zákonodárce, ale částečně také též argumenty opírající se též o platný právní řád (například vyplývající z konstelace, kdy právní řád nejenže jedinci garantuje, že co není zakázáno, je dovoleno, ale také garantuje, že v případě zásahu do svobodné sféry jedince ochrání).

V části týkající se obecných výkladů vztahujících se k analogii jsme identifikovali několik omezení, s nimiž je aplikace analogie užita. Předně jsme uvedli, že analogie je úvahou, která je založena na posuzování podobnosti, a proto může být ovlivněna tím, jaká orgán zvolí aplikující právo relevantní kritéria, neboť tato volba do jisté míry předurčuje závěr o podobnosti či rozdílnosti. Další limit představuje určité nebezpečí arbitrárnosti úvahy ohledně podobnosti či rozdílnosti („*co se jednomu jeví jako podobné, jinému se tak jevit nemusí*“). Konečně poslední, ale vlastně asi nejzávažnější omezení spočívá v tom, že úspěšnost (nebo spíše správnost) užití analogie je postavena na tom, že se podaří identifikovat účel zákona (či v případě analogie *iuris* na vyšší míře abstrakce dovodit obecný právní princip). V jistém

ohledu totiž analogie stojí na správně rekonstruovaném účelu zákona. Bude-li účel zákona identifikován správně, významně se tím totiž omezují předchozí dvě výtky. Pro posouzení podobnosti totiž volíme kritéria, která jsou relevantní z pohledu účelu zákona. Účel zákona rovněž zesiluje závěr o podobnosti. Výchozí teleologická úvaha je však úvahou, která vyžaduje velmi dobré argumentační dovednosti, tak aby o účelu zákona (či existenci právního principu) neexistovaly pochybnosti.

Nejtypičtější uzavřenou částí právního systému je odvětví trestního práva hmotného. Nejde si v zásadě představit lepší příklad, kde by měla být analogie (v neprospěch pachatele) zakázána. Právo zde jednoznačně preferuje právní jistotu adresátů před sebelepšími argumenty ohledně dotváření práva. Nikoho by patrně nenapadlo posuzovat trestné činy *per analogiam* v čiré podobě. Nicméně i v oblasti trestního práva hmotného se mohou objevovat méně jasné leč stále rizikové momenty aplikace, které mohou indikovat jistou míru zastřené analogie. Jedná se například o tyto dvě situace. První je případ blanketových norem, tedy kdy trestní norma odkazuje na mimotrestní normu, která je určena pro trestní užití. V tomto případě bude platit, že ačkoli bude při mimotrestním užití norma aplikována na některé případy i *per analogiam*, je třeba pro účely trestního užití mimotrestní normy trvat pouze na aplikaci založené na jejím výkladu, nikoli rozšířeném užití *per analogiam*.⁴²⁴ Druhý případ se váže k užití argumentu *a fortiori* a k tomu, zda skutečně je vhodné, k němu přistupovat jako k argumentu výkladovému takovým způsobem, jak často činí teorie i soudní praxe.⁴²⁵ Existuje též řada dobrých důvodů, proč jej lze považovat spíše za podmnožinu argumentu *per analogiam*. Vyjdeme-li z teze, že hranice interpretace a dotváření práva je vymezena momentem, kdy právní norma přesahuje rámec nejširšího možného jazykového výkladu, pak i z tohoto vyplývá, že argument *a fortiori* by neměl být považován za argument výkladový, ale za argument aplikační na podobnostním závěru, který je oproti běžné analogii doplněn o závěr vyplývající z významnosti podobných situací. Dospějeme-li k závěru, že argument *a fortiori* je ve skutečnosti formou analogie, pak bychom se ovšem neměli spokojit s jeho nekritickým přijetím jako výkladové metody použitelné v trestním právu hmotném.

Naproti tomu, pokud jde o odvětví trestního práva procesního, traduje se závěr, že analogie je „obecně přípustnou“. Ve skutečnosti je však tento závěr poměrně odvážný, protože minimálně dle judikatury⁴²⁶ je toto pravidlo značně omezeno celou řadou korigujících

⁴²⁴ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. I. US 69/06, ze dne 12. 10. 2006, popsany na s. 73 – 74 této disertační práce.

⁴²⁵ Viz usnesení Nejvyššího soudu, sp. zn. 6 Tdo 974/2017, ze dne 24. 8. 2017, popsany na s. 74 – 77 této disertační práce.

⁴²⁶ Viz stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu České republiky ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 302/2012, popsany na s. 83 – 84 této disertační práce.

standardů, například (i) sporným přístupem (trestních) soudů k taxativním výčtům, jichž je v českém trestním řádu nemálo, (ii) judikaturou zastávanému názoru, že analogií nesmí docházet ke zhoršování postavení obviněného a s tím související (iii) koncepcí ústavně garantovaných lidských práv a svobod. Navzdory závěru o obecné přípustnosti je tak analogické užití i v procesním právu značně okleštěno primárně na analogii ve prospěch obviněného, a ani to – dle judikatury – nelze, pokud by se mělo jednat o rozšíření taxativního výčtu (ať už ve prospěch či neprospěch obviněného).

Za zvláštní pozornost pak stojí především již zmíněný závěr trestního kolegia Nejvyššího soudu o tom, že analogie, byť i *in bonam partem*, je nepřípustná v případě taxativních výčtů. Tento závěr vychází z nedoloženého předpokladu, že všechny taxativní výčty jsou rovny vědomé mezeře v zákoně, *ergo* nevyplnitelné analogií. Minimálně část teorie má vůči tomuto závěru oprávněnou kritiku.

Obdobné závěry, které se týkají limitů použití analogie v oblasti trestního práva, se uplatňují rovněž v oblasti správního trestání. Odborná literatura z oblasti správního práva zůstává nicméně k otázce analogie značně rezervovaná a často mlčí. Judikatura nicméně pro oblast správního trestání dovedla, že analogie je přípustnou pouze v omezeném rozsahu při absenci úpravy určité otázky, a to za situace, kdy výklad nevede k újmě účastníka řízení ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.⁴²⁷

Poměrně bohatá, avšak občas si částečně protirečící, je též soudní praxe ve vztahu k zákazu použití analogie, pokud jde o vymezení působnosti a pravomocí orgánů veřejné moci. Zde pak nemáme na mysli pouze očividné situace, kdy by si orgán veřejné moci vyloženě osoboval kompetenci, která by mu nenáležela, ale opět též méně jasné situace týkající se zejména procesních úprav. Kde se nachází ona hranice, kdy dochází k dotvoření pravomoci či kompetence určitého orgánu veřejné moci? Od skutečně jasných a absurdních případů (například pokud by v rámci pouhého kárného řízení někdo chtěl vzít někoho analogicky dle trestního řádu do vazby) se však lze dostat k méně jasným případům (například komu doručovat rozhodnutí apod.). Ve skutečnosti může v rámci veřejného práva (v rámci správního práva procesního pak obzvláště) nastat mnoho situací, kdy se správnímu orgánu nedostává právní úpravy a správní orgán může být podnícen ke snaze učinit určitou míru aktivismu a postupovat *per analogiam*. Ostatně příkladů rozhodnutí, kdy soudy rušily postup orgánů veřejné správy

⁴²⁷ Viz například Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 As 27/2008-67 ze dne 16. 4. 2008, popsany na s. 85 této disertační práce.

právě pro nedostatek kompetence a pravomoci, který nelze překlenout analogií, jsme v této práci uvedli též poměrně mnoho.⁴²⁸

Obecně se tak dovozuje, že teleologické argumenty nemohou být důvodem pro dotváření práva v oblasti vymezení kompetencí a pravomocí orgánů veřejné moci. Proto judikatura Ústavního soudu dovozuje, že v těchto případech je možno aplikovat nejvýše extenzivní výklad, nicméně není možné aplikovat analogii (ani užít teleologickou redukci), s tím, že však současně uvedl výjimku pro případ pravé mezery v zákoně (například pokud by právní řád upravoval řízení, ale nestanovil by vůbec příslušný orgán).⁴²⁹ Jistou zvláštností však je, že následně, když byl před Nejvyšším správním soudem řešen jiný případ, kdy se jednalo u uvedenou výjimku, důvody pro užití analogie ani v tomto případě nebyly shledány (patrně z důvodu, že již ani daná procesní úprava nebyla účinná a byl nahrazena jinou).⁴³⁰

Jeví se ovšem, že pojem „vymezení kompetencí a pravomocí orgánu veřejné správy“, nelze pojímat naprosto striktně v tom smyslu, že by se mělo jednat o veškeré (i méně významné) aspekty vedení řízení ze strany správního orgánu.

Základním vodítkem nastolujícím určitou rovnováhu je pravidlo, podle něž v oblasti vymezení kompetencí a pravomocí orgánů analogie nesmí nikdy směřovat k nahrazování komplexních úseků či částí procesní úpravy, ale lze jí nahrazovat jen dílčí nesrovnalosti.⁴³¹ V případě, že by byla úprava toliko torzovitá a vyžadovala by významné zásahy, nelze pak situaci řešit jinak, než cestou změny právní úpravy (v případě splnění podmínek k tomu může motivovat i soud podáním návrhu na zrušení právního předpisu Ústavnímu soudu). Toto pravidlo je pak doplněno dalším korektivem dle judikatury, a to sice, že analogie může být užita pouze ve prospěch ochrany práv účastníků správního řízení. To se týká zejména situací, kdy by mělo docházet k ukládání povinností účastníkům řízení, které zákon nepředpokládá.⁴³²

V oblasti ukládání daní a poplatků platí zásady *nullum tributum sine lege*. Judikatura vymezila tzv. konstrukční prvky daně, čímž současně vymezuje konkrétní instituty, u nichž nelze uvažovat o aplikaci analogie (subjekt poplatku, objekt poplatku, základ poplatku, sazba poplatku, úlevy a osvobození od poplatku, splatnost poplatku a sankce za nesplnění poplatkové

⁴²⁸ Příkladem lze uvést: náleží Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 21/04, ze dne 10. 5. 2005, popsany na s. 88 – 89 této disertační práce, rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 As 49/2006-82, ze dne 20. 12. 2017, popsany na s. 90 této disertační práce či rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 9 As 47/2011-105, ze dne 14. 9. 2011, popsany na s. 91 této disertační práce.

⁴²⁹ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 318/06, ze dne 13. 12. 2007, popsany na s. 87 této disertační práce.

⁴³⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 5 As 43/2006-36, ze dne 29. 3. 2007, popsany na s. 90 této disertační práce.

⁴³¹ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 21/04, ze dne 10. 5. 2005, popsany na s. 88 – 89 této disertační práce.

⁴³² Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 As 49/2006, ze dne 20. 12. 2017, popsany na s. 90 této disertační práce.

povinnosti).⁴³³ I v tomto odvětví dochází k tomu, že správci daně či orgány vybírající poplatek občas mají tendence analogií nepřipustně rozšiřovat daňové a poplatkové povinnosti (například se jednalo o pokusy rozšiřovat poplatek za zahájení určitý typ řízení též na řízení o odvolání, ačkoli to nebylo jasně stanoveno,⁴³⁴ či nepřipustné omezení nároku daňového subjektu na daňové odpisy opřené o analogickou úpravu soukromoprávní úpravy institutu spoluvlastnictví⁴³⁵).

I v případě daňového práva však lze uvažovat o aplikaci analogie ve prospěch daňového subjektu – to nabývá na významu v praxi zejména ve vztahu k případům osvobození od daně či poplatkové povinnosti. Projevuje se zde specificky zásada *in dubio mitius*. Právě ve vztahu k osvobození od daňové či poplatkové povinnosti existuje judikatura, která tuto možnost realizuje za účelem naplnění principu rovnosti (jedná se například o případ osvobození zdanění „bytu v bytovém domě“ na případy „bytu v rodinném domě“).⁴³⁶ Analogii ve prospěch daňového subjektu však není možno uplatnit tehdy, pokud by se jednalo o vědomou mezeru. Případný rozpor s principem rovnosti pak je třeba řešit, dosahuje-li tento rozpor ústavněprávní dimenze, podáním návrhu na zrušení právního předpisu k Ústavnímu soudu. Analýzou judikatury jsme však zjistili, že zatímco v některých případech toto soudy respektují, tak v některých hraničních případech někdy soudy mají tendenci před tímto postupem přece jen zvolit cestu dotváření práva, což se nejvíce jeví správným.⁴³⁷ Také se ukázalo zajímavým to, že Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že pokud při pouhém analogickém užití právní normy (byť obsahově nejbližší) dojde k závěru, že tato právní norma, jež by měla být analogicky užitá, je protiústavní, nemůže předložit návrh na zrušení tohoto ustanovení Ústavnímu soudu, protože jeho aplikace je zvažována nikoli přímo, ale pouze nepřímo.⁴³⁸

Nedostatečně zdůvodněným se pak jeví přístup, kdy Nejvyšší soud ve vztahu k právní úpravě dle předchozího občanského zákoníku z roku 1964 dovodil nepřipustnost dotváření práva v případě konstitutivních rozhodnutí, která by vedla ke vzniku dosud neexistujícího právního vztahu (typicky se tato rozhodnutí vztahovala k situacím, kdy se žalobci domáhali zřízení věcných břemen na základě určitých ustanovení občanského zákoníku *per*

⁴³³ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 14/2000, ze dne 10. 1. 2001, popsany na s. 93 této disertační práce.

⁴³⁴ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. III. ÚS 177/19, ze dne 6. 8. 2019, popsany na s. 96 – 97 této disertační práce.

⁴³⁵ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 487/2000, ze dne 4. 11. 2001, popsany na s. 97 této disertační práce.

⁴³⁶ Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 4 Afs 89/2020-44, ze dne 24. 6. 2020, popsany na s. 94 této disertační práce.

⁴³⁷ Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 5 Afs 17/2009- 102, ze dne 11. 9. 2009, popsany na s. 96 této disertační práce.

⁴³⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 8 As 319/2018 – 59, ze dne 2.12.2020, popsany na s. 129 – 130 této disertační práce.

analogiam).⁴³⁹ Lze podotknout, že po rekodifikaci soukromého práva již odpadl hlavní argument zastánců takto dovozeného omezení, který se opíral výlučně o jazykové znění tehdy relevantního ustanovení (§ 853 obč. z.). Navzdory této skutečnosti však předrekodifikační judikatura i dnes v některých rozhodnutích zůstává citována.

Skutečnost, že se nacházíme v odvětví práva, které lze označit za otevřené, tedy v němž je dotváření práva *obecně* přípustné, ještě sama o sobě neznamena, že je (samozřejmě po vyčerpání možnosti extenzivního výkladu, který má před aplikací analogie přednost) přípustné *v konkrétním případě* právo dotvořit. Jinými slovy, je třeba identifikovat mezeru v právu a zjistit, zda se jedná o mezeru, která je vyplnitelná dotvářením práva. A zde jde především o to, posoudit, zda se jedná o protiplánovou neúplnost zákona a nikoli o vědomé rozhodnutí zákonodárce ponechat určitou otázku neregulovanou (vědomá mezera) – pak by se totiž nejednalo o přípustné dotváření práva, ale o nepřipustnou normotvorbu, která by znamenala narušení principu dělby moci. Ve vztahu k identifikaci mezer v zákoně tak právě nabývá na významu teorie komunikace a pojetí textu zákona jako komunikátora právní normy (nikoli normy samotné). Vyplnitelnou mezeru lze za pomoci kritérií, podle nichž doktrína mezery třídí, kategorizovat jako mezeru *de lege lata*, nevědomou, ať už počáteční (tu dle situace) nebo následnou (tu vždy, protože může být jen nevědomá), ať už pravou (jejíž vyplnění je považováno v zásadě za nekonfliktní, protože jde o mezeru technickou a vůle zákonodárce je zde téměř jistá), nebo nepravou (jejíž vyplnění je již do značné míry pravděpodobnostní, protože je založena na hodnotové úvaze a vůle zákonodárce je zde nejistá).

Jednoznačně nejvýznamnější je v tomto ohledu rozlišování mezer na mezery vědomé a nevědomé. Ty jsou totiž oním lakmusovým papírkem, který rozhoduje o přípustnosti či nepřipustnosti dotvoření práva *in concreto*. Vědomost či nevědomost zákonodárce o mezerovitosti lze dovést, pokud z analýzy právních předpisů samotných, z důvodové zprávy či jiných podkladů z legislativního procesu vyplyne závěr, že zákonodárce vědomě použil daný pojem výlučně za účelem regulace jím popsaných skutkových situací a žádných jiných. Soudy toto rozlišování obecně uznávají a v jejich praxi lze nalézt řadu rozhodnutí, kdy označily určitou mezeru jako vědomou a z toho důvodu dotváření práva odmítly (namátkou případ snahy žalobce dovést odpovědnost mysliveckého sdružení jako právnické osoby za újmu na zdraví způsobenou myslivcem⁴⁴⁰ či případ snahy posoudit některé aspekty odměny náhrady nákladů

⁴³⁹ Viz rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 22 Cdo 1438/2004, ze dne 16. 5. 2005, popsany na s. 99 této disertační práce.

⁴⁴⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 30 Cdo 2992/2005, ze dne 16. 3. 2006, popsany na s. 110 této disertační práce.

ve správním soudnictví dle úpravy pro obecné soudnictví⁴⁴¹). Současně však existují i určité případy, které mohou někteří považovat na samé hranici vědomé a nevědomé mezery (například případy komplexních veřejnoprávních úprav, na které soudy začnou aplikovat určité aspekty soukromoprávních poměrů – jedná se kupříkladu o veřejnoprávní služební poměr a analogickou aplikaci ustanovení zakládajících nárok na úroky z prodlení s úhradou služebního příjmu či odpovědnost za újmu na zdraví v souvislosti s výkonem práce dle zákoníku práce).⁴⁴²

I pokud zjistíme, že mezera je nevědomá, pak vzniká další riziko sporů v případě mezer nepravých, u nichž je třeba posoudit míru relevance hodnotového rozporu mezi regulovaným a neregulovaným případem v závislosti na účelu právní normy. Neodůvodněná nevědomá nerovnost může být vyrovnána pomocí analogie,⁴⁴³ odůvodněná nerovnost nikoli.

Při samotném vyplňování mezer v právu analogií, existuje shoda (doktrinální i judikaturní) o tom, že nejprve je třeba zvážit postup *per analogiam legis* a teprve následně *per analogiam iuris*.

Jak jsme uvedli již výše, v úvahách o tom, zda je analogie v konkrétním případě přílehavá, hraje nejvýznamnější roli účel zákona, tedy přílehavá je tam, kde je stejná potřeba právní ochrany. Dlužno říci, že ne vždy v praxi dochází k poměřování vhodnosti analogie k účelu zákona způsobem, k němuž by nebylo možné vznést výhrady (to se týká například historické analogické aplikace úpravy bytových náhrad⁴⁴⁴). Dále posouzení značně ovlivňuje to, jakým způsobem je definován účel právní úpravy (to může být významné například v situacích, kdy právní úprava má více účelů a zdůrazňuje se jeden z nich, například při úvahách o účelu trestu lze zdůraznit funkci výchovnou vůči funkci represivní⁴⁴⁵ apod.). Nejvyšší soud například odmítl z důvodu specifických účelů zákona o soudnictví ve věcech mládeže aplikovat na řízení ve věcech dětí mladších 15 let analogicky úpravu nepřipustnosti trestního stíhání bez souhlasu poškozeného s argumentací, že účel řízení ve věcech dětí mladších 15 let (zejména reintegrace) je odlišný od trestního stíhání.⁴⁴⁶ Nutno však říct, že tento názor zastal Nejvyšší soud na rozdíl od soudů nižšího stupně, což jen indikuje určitou míru nepředvídatelnosti

⁴⁴¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 As 135/2015-79, ze dne 25. 8. 2015, popsany na s. 111 této disertační práce.

⁴⁴² Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 As 75/2015-17, ze dne 21. 1. 2016, popsany na s. 118 – 119 této disertační práce.

⁴⁴³ Viz například neodůvodněný rozdíl mezi (ne)možností právního nástupce plátce mzdy a právního nástupce zaměstnance domáhat se vrácení přeplatku na pojistném – rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 6 Ads 99/2013-18 ze dne 23. 4. 2014, popsany na s. 118 této disertační práce.

⁴⁴⁴ Viz s. 132 této disertační práce.

⁴⁴⁵ Viz například usnesení Nejvyššího soudu, sp. zn. 8 Tdo 1430/2009, ze dne 1. 12. 2010, či usnesení Nejvyššího soudu, sp. zn. 7 Tz 138/98, ze dne 23. 10. 1998, popsaná na s. 77 – 80 této disertační práce.

⁴⁴⁶ Viz usnesení Nejvyššího soudu, sp. zn. 8 Tdo 1036/2017, ze dne 29. 11. 2017, popsané na s. 128 – 129 této disertační práce.

analogie. Stejně tak soudy odmítly shledat podobnost (totožnost účelů) mezi právem pozůstalých na nahlédnutí do zdravotní dokumentace ve vztahu k (ne)existenci práva pozůstalých požádat zdravotní pojišťovnu o výpis z osobního účtu⁴⁴⁷ či podobnost mezi náhradou škody podle krizového zákona a náhradou škody podle odpovědnosti státu za škodu,⁴⁴⁸ a to právě z důvodu odůvodněné rozdílnosti úprav, když každá byla přijata za (zčásti) jiným účelem.

Pokud se jedná o samotné vymezení analogie *iuris*, teorie často zpochybňuje, zda se vlastně vůbec jedná o analogii či nikoli. Ve prospěch závěru, že analogie *iuris* analogií ve skutečnosti není, lze argumentovat tak, že zde není onen „pevný opěrný bod“ (tedy konkrétní ustanovení zákona), podle kterého bychom řešenou skutkovou podstatu posuzovali dle podobnosti. Naopak právní rámec je zde v zásadě „vytvořen“ dovozením (cestou indukce) právního principu z právní úpravy a následně se skutková podstata přímo subsumuje pod takto dovozenou obecnou právní větu. Analogické uvažování zde lze spatřovat snad v tom, že se identifikuje, jak jsou podobné skutkové podstaty regulovány právní úpravou obecně, tedy v rámci procesu identifikace právního principu. Patrně se však lze ztotožnit s výhradami, že pojem analogie *iuris* může být terminologicky poněkud zavádějící.

Nepochybně zajímavé je sledovat určitý posun v uvažování od prvorepublikových komentátorů Obecného občanského zákoníku k dnešním závěrům právní doktríny, co se týče otázky možnosti užití oprávnění dotvořit právo prostřednictvím analogie *iuris*. Zatímco komentátoři § 7 Obecného občanského zákoníku dospěli k závěru, že užití postupu *per analogiam iuris* je v zásadě na uvážení soudce (ona tzv. kompetenční kompetence), pak dnes se prosazují v teorii již zmiňované úvahy o tom, že nejprve je třeba učinit teleologickou úvahu a jejím rámci zvážit použití analogie a teprve poté, nejsou-li splněny podmínky, upřednostnit argument *a contrario*.

K současnému § 10 odst. 2 o.z. lze uvést, že současná komentářová literatura není úplně zajedno v tom, co je míněno odkazy v citovaném ustanovení směřujícími na „principy spravedlnosti“ či na „zásady, na nichž spočívá tento zákon“. Domnívám se, že určitou nejednoznačnost může způsobovat zejména odkaz na „principy spravedlnosti“ – jeden komentátor tu odkazuje na *ekvitní zásady* a jiný zase na principy stojící vně občanského zákoníku. Přesnější vymezení by ovšem bylo vhodné, neboť přidáním odkazu na „principy

⁴⁴⁷ Viz rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 23 Cdo 3709/2016 ze dne 20. 6. 2017, popsáný na s. 129 této disertační práce.

⁴⁴⁸ Usnesení Nejvyššího soudu, sp. zn. 30 Cdo 4320/2015, ze dne 18. 5. 2016, popsáné na s. 131 této disertační práce.

spravedlnosti“ není úplně jasné, kam až sahá referenční rámec interpreta: od zásad výslovně uvedených, přes zásady odvoditelné ze zákona, přes obecné zásady právní až snad po nějakou subjektivní ekviventní úvahu interpreta.

Napříč doktrínou i judikaturou⁴⁴⁹ panuje jednota v tom, že před použitím postupu *per analogiam iuris* je nutno zvážit postup *per analogiam legis*, který tak má přednost. Nicméně občas se objevují názory, které hranici mezi analogií *legis* a analogií *iuris* značně zneostřují. O tom svědčí například judikatura, která se snažila vymezit hranice mezi analogií *legis* a analogií *iuris* tak, že analogie *legis* je postupem, při němž se aplikuje jiné ustanovení téhož zákona, zatímco analogie *iuris* je postupem, při němž se aplikuje jiné ustanovení z jiného zákona, jiného právního odvětví či obecný právní princip.⁴⁵⁰ Domnívám se, že vymezení hranice mezi analogií *legis* a analogií *iuris* podle toho, z jakého předpisu či právního odvětví se ustanovení čerpá, je nepřiléhavé a je třeba se spíše přidržit kritéria analogické aplikace *konkrétního ustanovení* lhostejno z jaké části právního řádu (jako kritéria analogie *legis*) vůči aplikaci *právního principu* (jako kritéria analogie *iuris*). Je pochopitelné, že jako případy na hranici analogie *legis* a analogie *iuris* se mohou někomu jevit právě situace, kdy je analogicky aplikováno ustanovení, jež je obsaženo v jiném zákoně téhož právního odvětví či zcela mimo právní odvětví. V takových případech totiž může být sporné, zda lze vztáhnout účel konkrétního ustanovení i k řešenému neregulovanému právnímu případu (a udržet tak analogii *legis*), nebo to již není možno a citované ustanovení lze použít pouze jako jeden z prostředků pro dovození právního principu a následné užití analogie *iuris*. Nicméně to nic nemění na tom, že pokud je aplikováno analogicky konkrétní ustanovení a takto je argumentace v rozhodnutí založena, mělo by se jednat pojmově o postup *per analogiam legis* a rozhodnutí by mělo být v tomto ohledu vyhovující požadavkům kladeným na tento nástroj (je tedy mimo jiné nutno vyargumentovat totožnost účelu).

Patrně nejkontroverznějším prostředkem dotváření práva je, v rámci kontinentálního typu právní kultury patrně opodstatněně, teleologická redukce. I proto je její užití v rámci procesu aplikace práva považováno za výjimečné. Omezení v rámci předpokladů dotváření práva jsou stejná jak pro analogii, tak i pro teleologickou redukci. Plně se tedy prosadí to, co bylo uvedeno o vědomých a nevědomých mezerách. I teleologická redukce je spojena s nepravými (teleologickými) mezerami, jen s tím rozdílem, že zatímco analogie směřuje na

⁴⁴⁹ Například rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 As 47/2011-105 ze dne 14. 9. 2011, popsán na s. 91 a 121 této disertační práce či č.j. 9 As 69/2016 – 31 ze dne 28. 7. 2016.

⁴⁵⁰ Viz například názor v rozsudku Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 As 75/2015-17, ze dne 21. 1. 2016, který je popsán na s. 139 této disertační práce.

nepravou otevřenou mezeru, teleologická redukce se týká nepravé zakryté mezery. Proto také ze stejných důvodů, z nichž Ústavní soud odmítl analogicky rozšiřovat vymezení kompetencí a pravomocí orgánů veřejné moci cestou analogie, odmítl též postoj správního orgánu, který se vyhýbal povinnosti vydat rozhodnutí ve správním řízení o návrhu za užití argumentů založených na teleologické redukci (resp. v daném rozhodnutí Ústavní soud odmítl, že by bylo možno ze strany správního orgánu odmítnout rozhodnout o návrhu na zahájení správního řízení z důvodu, že určitý právní předpis, který je platný, již nelze s ohledem na teleologické argumenty aplikovat, a proto by ani neměla být dána v daném rozsahu ani pravomoc správního orgánu).⁴⁵¹

Zajímavá je podobnost institutů teleologické redukce a zákazu zneužití práva. Oba tyto instituty jsou si totiž velmi podobné, jen každý směřuje k odlišnému předmětu. Zákaz zneužití práva směřuje k subjektivnímu právu, zatímco teleologická redukce k objektivnímu právu. Ostatně vztah těchto dvou institutů se blíží vztahu subsidiarity – pokud nelze užít teleologickou redukci (například s ohledem na přílišný zásah do právní jistoty), lze v konkrétním případě subsidiárně zvážit použití institutu zneužití práva. Takto tomu nasvědčuje též rozhodnutí Nejvyššího soudu, v němž Nejvyšší soud odmítl teleologicky redukovat ustanovení obchodního zákoníku, které umožňovalo určitým postupem (podáním žaloby a nezaplacením soudního poplatku vedoucími k zastavení řízení) dosáhnout účelového prodloužení promlčecí lhůty, nicméně uvedl, že v každém konkrétním případě je možno zkoumat, zda se nejedná o subjektivní zneužití práva (resp. nepoctivý obchodní styk).⁴⁵²

Ze samé podstaty teleologické redukce vyplývá, že její užití je vždy spojeno s významným zásahem do právní jistoty. Proto musí vždy docházet k poměřování teleologické úvahy opodstatňující zásah do hypotézy právní normy prostřednictvím teleologické redukce vůči zásahu do právní jistoty. V rámci judikatury i některých názorů odborné literatury se klade důraz na to, že teleologická úvaha by neměla až na výjimky (dle zásady *cessante razione legis cessat lex ipsa*) zasahovat do té míry, že by ustanovení zcela znegovala.⁴⁵³ Proto když je při interpretaci konkrétního ustanovení na výběr mezi dvěma alternativami, a to sice mezi jazykovým výkladem, který sice vzbuzuje pochybnosti o tom, zda je kryt účelem sledovaným daným ustanovením, a aplikací teleologické redukce, která by však měla vést k úplnému

⁴⁵¹ Viz nálezh Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 318/06, ze dne 13. 12. 2007, který je popsán na s. 87 a dále ve vztahu k teleologické redukci na s. 144 této disertační práce.

⁴⁵² Rozsudek Nejvyššího soudu, č.j. 32 Cdo 646/2018, ze dne 19. 2. 2020, popsáný na s. 148 – 149 této disertační práce.

⁴⁵³ Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 5 As 154/2016-62, ze dne 29. 8. 2017, popsáný na s. 146 – 147 této disertační práce.

znemožnění použití určitého ustanovení, pak je třeba dát přednost jazykovému výkladu, neboť jinak by došlo zcela k úplnému vytracení smyslu právní úpravy, což by bylo v rozporu s presumpcí racionálního zákonodárce (konkrétně v podobě předpokladu, že zákonodárce se nevyjadřuje zbytečně). Jinými slovy, teleologickou redukcí lze doplňovat výjimky z jazykového rozsahu pojmu užitého v právním předpisu, ale nemělo by být možné pojem zcela vyškrtnout. Výjimku představují extrémní situace, kdy teleologická redukce povede k tomu, že se právní norma zredukuje natolik, že se vůbec neuplatní v důsledku naplnění zásady *cessante ratione legis cessat lex ipsa*.⁴⁵⁴

Na druhou stranu užití teleologické redukce nemusí vést jen k tomu, že ve výsledku bude finální formulace právní normy obohacena o výjimku z pravidla vyplývajícího z jazykové interpretace právního předpisu (tedy ve smyslu, že pojem obecně platí s výjimkou určitého případu), ale výsledek aplikace teleologické redukce může vést také k tomu, že se obecně zúží celý rozsah pojmu (tedy ve smyslu, že pojem bude obsahovat ještě další specifické znaky, které byly přidány v důsledku nutnosti teleologické redukce pojmu).⁴⁵⁵

Ukázali jsme si rovněž, že úvaha ústící v užití teleologické redukce je rovněž často spojena s dalšími teleologickými argumenty, zmiňme *reductio ad absurdum* (pokud aplikace ustanovení i za užití relevantních interpretačních metod vede v konkrétním případě k absurdním důsledkům, je třeba aplikovat teleologickou redukcí) či *argumentum a fortiori* (pokud zákonodárce v právním předpisu výslovně stanovil určité předpoklady pro aplikaci právní normy s přihlédnutím k určitému typizovanému případu, avšak současně opomenul, že v některém jiném případě, u něž jsou dány totožné důvody pro danou regulaci, se určitý konkrétní předpoklad nevyskytuje, přičemž jeho absence by o to více měla znamenat možnost aplikace dané právní normy, pak je nutno o tento předpoklad právní normu teleologicky redukovat).⁴⁵⁶ Problém však je, obdobně jako v případě analogie („*co se jednomu jeví jako podobné, jinému se jevit nemusí*“), s otázkou adekvátnosti daných úvah („*co se jednomu jeví jako absurdní, jinému se jevit nemusí; co se jednomu jeví jako ještě více opodstatňující užití právní normy, jinému se jevit nemusí*“). Závěr o podobnosti, závěr o absurdnosti stejně jako závěr o síle (ještě významnějším důvodu, ať už pro analogii či pro teleologickou redukcí) stojí na tom, jak přesvědčivě se podaří objasnit účel sledovaný právní úpravou a na míře, v jaké je dán totožný účel ve skutkově řešeném obdobném případě (v případě podobnosti), či na míře,

⁴⁵⁴ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 39/02, ze dne 17. 12. 2002, popsany na s. 148 této disertační práce.

⁴⁵⁵ Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 4 As 1/2008-220, ze dne 30. 3. 2009, popsany na s. 149 této disertační práce.

⁴⁵⁶ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 22/94, ze dne 4. 10. 1995, popsany na s. 150 – 151 této disertační práce.

v jaké účel neodpovídá dopadům jazykového znění ustanovení (v případě teleologické redukce).

Konečně jsme dospěli též k závěru, že další zmiňované prostředky dotváření práva (*a fortiori*, *a contrario*, zánik účelu normy apod.) si lze představit zpravidla jako deriváty analogie či teleologické redukce.

Na ilustraci řady soudních rozhodnutí lze tedy uzavřít, že dotváření práva se v právní praxi vyskytuje přeci jen poměrně častěji, než by se mohlo na první pohled zdát. Také je zjevné, že předvídatelnost užití těchto argumentačních nástrojů je částečně snížena. To je dáno vícero faktory. Zmiňme například (i) rozšíření objektů interpretace, (ii) posuzování toho, zda určitá mezera je vědomá či nevědomá (zda tedy zákonodárce chtěl regulovat určitou otázku určitým způsobem výlučně jen pro některé vztahy či nikoli), (iii) identifikaci účelu zákona (který nutně nemusí být ve vztahu ke konkrétní otázce zcela jasný nebo naopak k určité otázce nemusí být jen jeden účel a může se zdůrazňovat jeden účel oproti jinému apod.), (iv) volbu konkrétních prvků pro posuzování podobnosti skutkových podstat (regulované a neregulované), (v) samotný úsudek o podobnosti apod. Ostatně sníženou předvídatelnost též potvrzuje to, že řada rozhodnutí, která jsme i v této práci analyzovali, byla různě posuzována soudy prvního stupně, odvolacími soudy a vrcholnými soudy či Ústavním soudem. Dalo by se předpokládat, že k dotváření práva budou přistupovat spíše vrcholné soudy, nicméně nezřídka se dělo i to, že k němu přistupovaly soudy nižších instancí a byly to naopak vrcholné soudy, které posoudily dotváření práva v daných případech za nepřípustné.

Snížené předvídatelnosti tak nutně odpovídá požadavek na zohlednění principu právní jistoty, s nímž musí být dotváření práva poměřováno. Dotváření práva není tedy až tak výjimečným jevem, nicméně vyžaduje obezřetný postup uvědomující si omezení, která jsou mu vlastní.

Seznam užívaných zkratk

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

Listina – usnesení č. 2/1993 Sb., předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky

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

obč. z. – zákon č. 40/1954 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

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

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

tr. ř. – zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

Arabasz, J., Boguský, P. *Akcesorita zajištění dle Nejvyššího soudu – z dobrého sluhy zlým pánem*. Právní rozhledy, 2016

Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001

Bezouška, P. *Soudcovské dotváření práva vykračující z mezí zákona v návrhu českého občanského zákoníku*. Právní rozhledy, 2011, č. 1

Bílková, J., Černý, M., Čuhelová, K., David, L., Dávid, R., Dobrovolná, E., Fojtík, L., Handlar, J., Havlan, P., Holejšovský, J., Horecký, J., Hulmák, M., Hurdík, J., Hrdlička, M., Koukal, P., Lasák, J., Lavický, P., Lazíková, J., Lebeda, M., Podivínová, M. K., Pondikasová, T., Ronovská, K., Ruban, R., Ševček, M., Tůma, P., Vítek, J. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014

Black, H. C. *Blackův právní slovník*. 1. svazek. Praha: VICTORIA PUBLISHING, 1993

Bydlinski, F. *Základy právní metodologie*. Výzkumný institut pro středo- a východoevropské hospodářské právo, Hospodářská univerzita Vídeň, číslo 95 A, řada Arbeitspapiere, Univ. Prof. Dr. Peter Doralt

De Page, H. *Traité élémentaire de droit civil*. Svazek 1. 1692. Bod 214. Citováno podle Foriers P. *Les lacunes du droit*. Logique Et Analyse, svazek 10, číslo 37, 1967

Delnoy, P. *Éléments de méthodologie juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2008

Demante, A.-M. *Programme d'un cours de droit civil*. Svazek I, s. 14. Citováno podle Bergel, J.-L. *Méthodologie juridique*. Presses universitaires de France, 2001

Demolombe, Ch. *Cours analytique de code civil (1849)*. Svazek 1, s. 52. Citováno podle Foriers, P. *Les lacunes du droit*. Logique Et Analyse, svazek 10, číslo 37, 1967, s. 12

Demolombe, Ch. *Cours de Code Napoléon*. Svazek 1, s. 3.

Doležal, T. *Právní hermeneutika a problematika tzv. předporozumění*, in: Gerloch, A.; Maršálek, P. (eds.) *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003

- Dvořák, J., Švestka, J., Zuklínová, M. a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013
- Fenyk, J., Císařová, D., Gřivna, T. a kol. *Trestní právo procesní*. 7. vydání. Praha: Wolter Kluwer ČR, 2019
- Foiers, P. *Les lacunes du droit*. Logique Et Analyse, svazek 10, číslo 37, 1967
- Geerkens, E., Delnoy, P., Bruyère, A., Sibony, A.-L. *Méthodologie juridique: Méthodologie de la recherche documentaire juridique*. 3. vyd. Bruxelles: Larcier, 2010
- Gény, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Svazek 2. Paříž, 1909, s. 230. [online] Bibliothèque nationale de France. Dostupné na (k 5. 7. 2022):
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k33319543/f13.item.r=%22par%20le%20code%20ci%20vil,%20mais%22.texteImage>
- Gerloch, A., Tryzna, J., Wintr, J. (ed.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012
- Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003
- Gerloch, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013
- Gerloch, A., Tryzna, J. *Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis*. In: Gerloch, A., Tomášek, M. et al. *Nové jevy v právu na počátku 21. století*, 2. díl. Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva. Praha: Karolinum, 2010
- Hanuš, L. *K argumentaci teleologickým výkladem (vázanosti soudce zákonem)*. Právní rozhledy. 2007, č. 7
- Hanuš, L. *K argumentaci „a fortiori“ a její teleologické povaze*. Právní rozhledy. 2008, č. 24
- Hart, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 1997
- Harvánek, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008
- Havel, B. *Lze vydávat konstitutivní soudní rozhodnutí na základě analogie?* Dostupný na (k 5. 7. 2022): <https://jinepravo.blogspot.com/2011/05/lze-vydavat-konstitutivni-soudni.html>
- Hlouch, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011

- Holländer, P. *Filozofie práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012
- Holländer, P. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003
- Huberlant, Ch. *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*. In: Perelman, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968
- Champeil-Desplats, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Paris: Dalloz, 2016
- Jelínek, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 5. vydání Praha: Leges, 2016
- Kelsen, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, Spisy právnické fakulty č. 240, 2000
- Knapp, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995
- Kratochvíl, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012
- Kühn, Z. *Aplikace práva ve složitých případech – k úloze právních principů v judikatuře*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Karolinum
- Lavický, P. *Soudcovské dotváření pravidel dělení důkazního břemene*. Právník. 4/2018. Ročník 157.
- Martin, E. A. (eds) *A dictionary of law*. 3. vydání. Oxford University Press: Oxford / New York, 1994
- Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 1. vyd. Praha. C. H. Beck, 2009
- Melzer, F., Tégl, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013
- Miedzianogora, J. *Juges, lacunes et idéologie*. In: Perelman, Ch. a kol. *Le problème des lacunes en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1968
- Ost, F. *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*. In: van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978

Perelman, Ch. *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*. In: Perelman, Ch., Foriers, P. (ed.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1978

Perelman, Ch. *Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse*. In: Perelman, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968

Perelman, Ch. *L'interprétation juridique*. In *Archives de philosophie du droit*. Svazek XVII, Paříž, 1973, s. 30. Citováno podle van de Kerchove, M. *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*. In: van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978

Pescatore, P. *Introduction à la science du droit*. Luxembourg. Office des Imprimés de l'État, 1960

Petrov, J., Výtisk, M., Beran, M. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019

Portalis, J. É. M. *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*. 1801. [online] Université du Québec à Chicoutimi: Les classiques des sciences sociales. Dostupné na (k 5. 7. 2022):

http://classiques.ugac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf

Rouček, F., Sedláček, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha 1935–1937. Reprint původního vydání. Praha: CODEX Bohemia, 1998

Sobek, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008

Sobek, T. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva, 2010

Sobek, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011

Solnař, V., Fenyk, J. Císařová, D., Vanduchová, M. *Systém českého trestního práva*. Praha: Novatrix, 2009

Somerhausen, M. *La motivation et la mission normative du juge*. In: Perelman, Ch., Foriers, P. (ed.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1978

- Šámal, P., Gřivna, T., Herczeg, J., Kratochvíl, V., Púry, F., Rizman, S., Šámalová, M., Válková, H., Vanduchová, M. *Trestní zákoník*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012
- Šámal, P., Gřina, T., Novotná, J., Púry, F., Růžička, M., Říha, J., Šámalová, M., Škvain, P. *Trestní řád I, II, III*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013
- Švára, O. *Metodologická hodnota nauky o třech oblastech pojmu*. In: Gerloch, A., Tryzna, J., Wintr, J. (ed.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012
- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M., Eliáš, K., Nykodým, J., Novotný, M., Králík, M., Mikeš, J., Fiala, R., Dvořák, J., Jehlička, O., Liška, P., Lavický, P., Macek, J., Přib, J., Handlar, J., Selucká, M. *Občanský zákoník I, II*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009
- Tomlinson, E. A. *Tort Liability in France for the Act of Things: A Study of Judicial Lawmaking*. Louisiana Law Review. Volume 48. Number 6. July 1988. Dostupné zde (k 5. 7. 2022):
<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5129&context=lalrev>
- Tryzna, J. *Garance právní jistoty z hlediska metodologie interpretace práva předvídané novým občanským zákoníkem*. In: Gerloch, A., Tryzna, J., Wintr, J. (ed.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012
- Van de Kerchove, M. *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*. In: van de Kerchove, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978
- Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S. *Teória práva*. 5. vyd. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013
- Winterová, A. a kol. *Civilní právo procesní*. 6. vyd. Praha: Linde, 2011
- Wintr, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019
- Wintr, J. *Metodologie interpretace práva a moderní hermeneutika*. in Gerloch, A., Tryzna, J., Wintr, J. (ed.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012
- Žák Krzyžanková, K.: *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer. 2019

2. Seznam použité judikatury

Ústavní soud

Stanovisko Ústavního soudu, sp. zn. Pl.ÚS-st. 1/96, ze dne 21. 5. 1996 [1/1997 USs., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 9/1997]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 33/97, ze dne 17.12.1997 [163/1997 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 9/1997]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 21/96, ze dne 4. 2. 1997 [13/1997 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 7/1997]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. I. US 69/06, ze dne 12. 10. 2006 [186/2006 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 43/2006]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 17/13, ze dne 27. 3. 2013 [4/2013 USu., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 68/2013]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 318/06, ze dne 13. 12. 2007 [221/2007 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 47/2007]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. III. ÚS 880/08, ze dne 28. 1. 2009 [1/2009 USu., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 52/2009]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 21/04, ze dne 10. 5. 2005 [90/2005 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 37/2005]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 14/2000, ze dne 10. 1. 2001 [4/2001 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 21/2001]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. IV. ÚS 666/02, ze dne 15. 12. 2003 [145/2003 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 31/2003]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 22/99, ze dne 2. 2. 2000 [14/2000 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 17/2000]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. III. ÚS 177/19, ze dne 6. 8. 2019 [143/2019 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 95/2019]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. IV.ÚS 3283/18, ze dne 21. 5. 2019 [91/2019 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 94/2019]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 487/2000, ze dne 11. 4. 2001 [59/2001 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 22/2001]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. III. ÚS 2264/13, ze dne 27. 3. 2014 [47/2014 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 72/2014]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. I.ÚS 2920/09, ze dne 8. 2. 2011 [14/2011 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 60/2011]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 83/06, ze dne 12. 3. 2008 [55/2008 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 48/2008]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 190/15, ze dne 13. 9. 2016 [171/2016 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 82/2016]

Usnesení Ústavního soudu, sp. zn. IV. ÚS 121/12, ze dne 8. 10. 2012

Nález Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 39/13, ze dne 7. 10. 2014 [188/2014 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 75/2014]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. II.ÚS 131/18, ze dne 15. 8. 2018 [137/2018 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 90/2018]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 39/02, ze dne 17. 12. 2002 [155/2002 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 28/2002]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 22/94, ze dne 4. 10. 1995 [55/1995 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 4/1995]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 66/04, ze dne 3. 5. 2006 [93/2006 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 41/2006]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 138/06, ze dne 10. 8. 2006 [152/2006 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 42/2006]

Nález Ústavního soudu, sp. zn. IV. ÚS 1133/07, ze dne 20. 12. 2007 [233/2007 USn., Sbírka nálezů a usnesení ÚS, 47/2007]

Nejvyšší soud

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 24. 8. 2017, sp. zn. 6 Tdo 974/2017

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 12. 1. 2010, sp. zn. 8 Tdo 1430/2009 [R 56/2010 tr., Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek, 9-10/2010]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 23. 10. 1998, sp. zn. 7 Tz 138/98 [R 50/1999 tr., Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek, 8/1999]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 4.7.2010, sp. zn. 7 Tdo 347/2010 [T 1284, Soubor trestních rozhodnutí NS, 65/2010]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 3.1.2018, sp. zn. 11 Tcu 24/2017

Stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu České republiky ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 302/2012 [R 22/2013 tr., Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek, 3/2013]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 16. 5. 2005, sp. zn. 22 Cdo 1438/2004 [C 3395, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 3/2007]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 26. 11.2019, sp. zn. 22 Cdo 2430/2019

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 29. 10. 2019, sp. zn. 22 Cdo 2950/2019

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 24. 1. 2018, sp. zn. 22 Cdo 5237/2017

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 27. 3. 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018 [R 62/2019 civ., Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek, 5/2019]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 2. 2. 2015, sp. zn. 23 Cdo 2912/2014

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 16. 3. 2006, sp. zn. 30 Cdo 2992/2005

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 22. 12. 1998, sp. zn. 11 Zp 11/98 [C 777, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 11/2002]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 1. 6. 2017, sp. zn. 32 Cdo 2422/2015 [C 16714, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 4/2018]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 24. 6. 2014, sp. zn. 32 Cdo 1519/2012 [C 14169, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 26/2014]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 23. 9. 2003, sp. zn. 4 Tz 98/2003

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 30. 9. 1998, sp. zn. 3 Cdon 51/96 [R 5/2001 civ., Sběrka soudních rozhodnutí a stanovisek, 1/2001]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 20. 10. 2015, sp. zn. 26 Cdo 114/2015 [C 15390, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 2/2017]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 11. 8. 2011, sp. zn. 26 Cdo 2431/2009

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 17. 5. 2012, sp. zn. 26 Cdo 3752/2010 [C 11153, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 17/2012]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 29. 11. 2017, sp. zn. 8 Tdo 1036/2017 [R 47/2018 tr., Sběrka soudních rozhodnutí a stanovisek, 10/2018]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 20. 6. 2017, sp. zn. 23 Cdo 3709/2016 [C 16708, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 4/2018]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 18. 5. 2016, sp. zn. 30 Cdo 4320/2015

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 25. 7. 2007, sp. zn. 28 Cdo 945/2005 [C 5537, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 8/2009]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 28. 2. 2007, sp. zn. 29 Odo 741/2004 [C 4911, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 6/2008]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 8. 1. 2001, sp. zn. 26 Cdo 839/2000 [C 16, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 1/2001]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 17. 1. 2001, sp. zn. 26 Cdo 2962/99 [C 46, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 1/2001]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 28. 5. 1998, sp. zn. 3 Cdon 131/96

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 22. 10. 2008, sp. zn. 26 Cdo 1167/2007

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 1. 6. 2006, sp. zn. 20 Cdo 1662/2005 [R 34/2007 civ., Sběrka soudních rozhodnutí a stanovisek, 4/2007]

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 14. 4. 2015, sp. zn. 28 Cdo 4246/2013

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 27. 11. 2018, sp. zn. 28 Cdo 2143/2018

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 14. 9. 2011, sp. zn. 28 Cdo 2304/2011 [C 10458, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 15/2011]

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 19. 2. 2020, sp. zn. 32 Cdo 646/2018

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 14. 9. 2011, sp. zn. 28 Cdo 2304/2011 [C 10458, Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek NS, 15/2011]

Nejvyšší správní soud

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 A 126/2002-27, ze dne 27. 10. 2004 [461/2005 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 2/2005]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 1 As 27/2008-67, ze dne 16. 4. 2008

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 As 57/2004-54, ze dne 22. 9. 2005 [772/2006 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 2/2006]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 As 52/2008-44, ze dne 21. 10. 2008

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 Ads 233/2014-31, ze dne 16. 12. 2014 [3173/2015 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 3/2015]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 3 Ads 53/2011-68, ze dne 1. 2. 2012

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 4 As 123/2014-33, ze dne 19. 9. 2014 [3139/2015 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 1/2015]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 8 As 82/2010-55, ze dne 28. 2. 2011 [2291/2011 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 6/2011]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 As 49/2006-82, ze dne 20. 12. 2007

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 5 As 43/2006-36, ze dne 29. 3. 2007

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 8 As 46/2005-68, ze dne 23. 8. 2006

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 8 As 53/2008-86, ze dne 30. 9. 2009

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 9 As 47/2011-105, ze dne 14. 9. 2011

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 Afs 2/2005-31, ze dne 29. 9. 2005

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 4 Afs 89/2020-44, ze dne 24. 6. 2020 [4057/2020 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 9/2020]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 Afs 24/2005-44, ze dne 14. 7. 2005 [689/2005 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 11/2005]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 5 Afs 17/2009-102, ze dne 11. 9. 2009

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 As 135/2015-79, ze dne 25. 8. 2015 [3344/2016 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 3/2016]

Usnesení Nejvyššího správního soudu, č.j. 1 As 21/2010-65, ze dne 12. 3. 2013 [2838/2013 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 7/2013]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 As 75/2015-17, ze dne 21. 1. 2016 [3383/2016 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 5/2016]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 6 Ads 99/2013-18, ze dne 23. 4. 2014 [3158/2015 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 2/2015]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 8 As 319/2018-59, ze dne 2. 12. 2020 [4127/2021 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 2/2021]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 9 As 69/2016-31, ze dne 28. 7. 2016 [3478/2016 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 11/2016]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 Afs 51/2004-57, ze dne 28. 4. 2005

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 3 Ads 107/2013-36, ze dne 2. 7. 2014 [3112/2014 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 11/2014]

Usnesení Nejvyššího správního soudu, č.j. 10 As 2/2018-31, ze dne 29. 5. 2019 [3896/2019 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 7-8/2019]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 5 As 154/2016-62, ze dne 29. 8. 2017 [3632/2017 Sb. NSS, Sběrka rozhodnutí NSS, 11/2017]

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 4 As 1/2008-220, ze dne 30. 3. 2009
[2287/2011 Sb. NSS, Sbírka rozhodnutí NSS, 5/2011]

Vrchní soud v Praze

Rozsudek Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 7 A 115/2000, ze dne 27. 8. 2002

Rozsudek Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 6 A 226/95, ze dne 29. 12. 1997

Zahraniční judikatura

Rozhodnutí Cour de Cassation (Belgie) ze dne 21. 2. 1967 (shrnutí dostupné zde)

Rozhodnutí Cour de Cassation (Belgie) z 22. 12. 1994 (dostupné zde)

Rozhodnutí Cour de Cassation (Belgie) ze dne 11. února 1919

Rozhodnutí Tribunal de la Seine ze dne 24. 4. 1952

Rozsudek Teffaine Cour de Cassation (Francie) ze dne 16. 6. 1896

Rozsudek Jand'heur Cour de Cassation (Francie) ze dne 13. 2. 1930

Rozhodnutím Cour de cassation ze dne 6. 5. 1943

Název disertační práce v českém jazyce, abstrakt v českém jazyce a tři klíčová slova v českém jazyce

Název

Hranice mezi interpretací a dotvářením práva

Abstrakt

Práce pojednává o problematice hranice mezi interpretací a dotvářením práva, zejména pak ve vazbě na limity, které musí interpret respektovat při svých úvahách, zda přistoupit v konkrétním případě k dotváření práva, a dále pak ve vazbě na identifikaci rizik, která v souvislosti s tímto postupem mohou vyvstat. Práce se zaměřuje především na otázky související s hranicemi dotváření práva, neboť zatímco otázky související s interpretací práva setrvale přitahují pozornost právních teoretiků, mnoho méně prací se věnuje problematice dotváření práva. Cílem práce je tak (i) ukázat, kde končí hranice výkladu právního textu, dále (ii) identifikovat, pro které konkrétní případy tato hranice bude rovněž představovat konečnou hranici pro jejich řešení, a (iii) pokud tomu tak nebude, tak také konečně vymezit další hranice, omezení a podmínky postupu u těch případů, u nichž bude přicházet v úvahu dotváření práva. Předmětem zkoumání této práce je tak naleznout hranici mezi případy, kdy interpret *interpretuje*, odlišit je od případů, kdy interpret *dotváří* a *může* tak činit, a od případů, kdy interpret *dotváří* a *nemůže* tak činit, respektive ve skutečnosti nedotváří, ale dopouští se nepřípustné normotvorby.

Téma práce není jen právně teoretické, ale je rovněž výsostně praktické, neboť dodržení či odchýlení se od metodologického postupu může mít přímou vazbu na konkrétní výsledky procesů aplikace práva (tedy výrok konkrétního soudního či správního rozhodnutí). Práce význam této skutečnosti respektuje, a i proto na příkladech z celé řady soudních rozhodnutí z českého prostředí i zahraničí analyzuje konkrétní postupy soudů a navzájem je poměřuje s teoretickými poznatky právní doktríny.

Jak bylo uvedeno výše, specifikum této práce spočívá v tom, že si za hlavní oblast svého zájmu klade právě otázky související s dotvářením práva (jeho prostředky, způsob užití a omezení), jimž je věnována ve českých podmínkách poněkud menší pozornost než otázkám souvisejícím s výkladem právních textů. Další specifikum této práce tkví ve využití

francouzsky psané odborné literatury, které doposud bylo ze strany české právní teorie věnováno méně pozornosti než například literatuře psané německy či polsky.

Z hlediska struktury textu práce sestává z úvodu, vlastních sedmi částí věnovaných konkrétním otázkám a závěru.

Vlastní práce je uvozena první částí vymezující nezbytná omezení, která vyplývají ze samotné podstaty procesů interpretace a dotváření práva a s jejichž vědomím je třeba k těmto procesům přistupovat, ať už se jedná o jejich teoretické poznání nebo praktickou aplikaci těchto postupů orgány aplikujícími právo. Tato část práce se zabývá poznatky teorie komunikace a vztahuje je na proces tvorby právních norem a jejich interpretace.

Druhá část práce se pak již konkrétně věnuje otázce vytyčení začátku a konce procesu interpretace a zejména pak kritérii pro určení hranice mezi interpretací a dotvářením práva, včetně úvah o tom, jaký má určování této hranice význam. Význam této hranice a jejího zkoumání není totiž pouze teoretický, ale je rovněž vysoce relevantním pro právní praxi, protože zatímco interpretace právních předpisů je možná prakticky vždy, tak dotváření práva je v určitých případech zapovězeno a představovalo by nepřipustný (někdy i protiústavní) zásah do právní jistoty adresátů právních norem.

Ve třetí části této práce lze nalézt inspirativní poznatky francouzské a belgické právní nauky k otázkám interpretace a dotváření práva, které jsou shrnuty na pozadí historického právního vývoje od Velké francouzské revoluce po současnost. Na tomto historickém vývoji tak lze vlastně velmi dobře ilustrovat boj mezi psaným textem a účelem zákona a nutně existující napětí mezi potřebou právní jistoty a potřebou dotvářet právo.

Čtvrtá část práce je věnována dvěma souvisejícím tématům. Nejprve se zabývá identifikací a popisem jednotlivých fází v průběhu rozhodovacího procesu, v jehož rámci dochází ke zvažování a případně i užití nástrojů pro dotváření práva, včetně variant rozhodnutí v konkrétních momentech. S tím pak souvisí druhé téma rozebírané v této části práce, a to ospravedlnění dotváření práva v podmínkách kontinentálního typu právní kultury, tedy konkrétně jakými argumenty lze justifikovat dotváření práva.

Pátá část práce je celá věnována analogii práva. Konkrétně v ní lze nalézt vymezení analogie jako metodologického postupu a úvahy o způsobu jejího užití (zda se jedná o povinnost či oprávnění). Tato část obsahuje rovněž rozsáhlou teoretickou i praktickou analýzu zabývající se vytyčením oblastí, v nichž je užití analogie nepřipustné, na kterou dále navazuje rozbor dalších omezení vztahujících se k užití analogie v konkrétních případech, tedy konkrétně problematika existence mezer v zákoně, jejich kategorizace a určení, u kterých z nich lze aplikovat některý ze způsobů dotváření práva a u kterých nikoli.

Předposlední (šestá) část této disertační práce je věnována druhé hlavní metodě, prostřednictvím které lze v podmínkách kontinentálního typu právní kultury dotvářet právo, tedy teleologické redukci.

Poslední (sedmá) část disertační práce pak obsahuje krátké zamyšlení nad tím, zda v případech, kdy se o dotváření práva hovoří rovněž v souvislosti s jinými metodologickými nástroji, než jsou analogie a teleologická redukce, se skutečně jedná o samostatné prostředky dotváření práva či nikoli.

Závěr pak představuje syntézu těch nejvýznamnějších poznatků a snaží se zodpovědět otázku, zda je hranice mezi interpretací a dotvářením práva vedena jasně či nikoli, a v jakých typizovaných případech může její identifikace vzbuzovat problémy.

Klíčová slova

Interpretace práva, dotváření práva, analogie

Název disertační práce v anglickém jazyce, abstrakt v anglickém jazyce a tři klíčová slova v anglickém jazyce

Title

The limits between interpretation and judicial development of the law

Abstract

The thesis deals with the issue of the limits between interpretation and the judicial development of the law, especially in relation to the limits that the interpreter must respect when considering whether to proceed to the (judicial) development of the law in a specific case, and further in relation to the identification of risks that in connection with this procedure may arise. The thesis focuses mainly on questions related to the limits of the development of law. The reason is the following: while questions related to the interpretation of law constantly attract the attention of legal theorists, much fewer works are devoted to the questions related to (judicial) development of law. The aim of this thesis is thus (i) to show where the limits of the interpretation of the legal text end, (ii) to identify for which specific cases these limits will also represent the final boundary for their solution, and (iii) if this is not the case, to finally define further limitations and conditions of procedure for those cases where the (judicial) development of the law may be considered. The subject-matter of the research in this thesis is thus to find the limits between the cases when the interpreter *interprets*, to distinguish them from the cases when the interpreter *develops* the law and *is entitled to do so*, and from the cases when the interpreter *develops* the law without *being entitled to do so*, i.e., in fact does not develop the law, but unlawfully creates the law.

The topic of the thesis is not only legally theoretical, but is also highly practical, as adherence to or deviation from the methodological procedure can have a direct link to specific results of the processes of application of the law (i.e., the pronouncement of a specific judicial or administrative decision). The thesis respects the importance of this fact, and therefore, using examples from a wide range of court decisions (from the Czech Republic as well as abroad), it analyses the specific practices of the courts and compares them with the theoretical standards of legal doctrine.

As mentioned above, the specific aspect of this thesis consists in the fact that its main area of interest is analysis of certain issues related to the (judicial) development of law (its

means, method of use, and limitations), which in the Czech legal doctrine receive less attention than issues related to the interpretation of legal texts. Another specific aspect of this thesis consists in the use of legal professional literature written in French, as most of the works of Czech authors were inspired by the literature written in German or Polish.

As for the structure of the text, the thesis consists of an introduction, seven chapters dedicated to specific questions, and a conclusion.

The first chapter of the thesis defines the necessary limitations that result from the very nature of the processes of interpretation and (judicial) development of the law. Both legal theoreticians as well as the authorities which apply the law should be approaching these processes being aware of these limitations. This part of the thesis deals with the findings of communication theory and applies them to the process of creating legal norms and their interpretation.

The second part of this thesis is then specifically devoted to the identification of the beginning and the end of the interpretation process and, in particular, the determination of criteria for identifying the boundary between interpretation of the legal text and the (judicial) development of the law, including reflections on the importance of successful identification of this boundary. The importance of this boundary and its examination is not only theoretical, but is also highly relevant for legal practice. While the interpretation of legal regulations is in practice always allowed, the judicial development of the law is prohibited in certain cases and would represent an impermissible (sometimes even unconstitutional) interference with the principle of legal certainty of the subjects of legal norms.

In the third part of this thesis, the reader can find inspiring insights from French and Belgian jurisprudence on the issues of interpretation and judicial development of law. These theoretical findings are supplemented by description of historical legal developments from the Great French Revolution to the present day. In this historical development, the struggle between the written text and the purpose of the law, and the necessarily existing tension between the need for legal certainty and the need to judicially develop the law can be illustrated very well.

The fourth part of the thesis is devoted to two related topics. Firstly, it deals with the identification and description of the individual phases of the decision-making process, including the phases where the judges consider the use (and possibly also use) the means for judicial development the law. The text also describes the potential decision variants at specific moments. This very moment is also related to the second topic discussed in this part of the thesis, namely the justification of the development of law in the conditions of a continental type of legal culture, i.e., what arguments can be used to justify the judicial development of law.

The fifth part of the thesis is entirely focused on analogy. Specifically, it includes the definition of analogy as a methodological procedure and consideration of the manner of its use (whether it is an obligation or a right of the interpreter). This part also contains an extensive theoretical and practical analysis related to the determination of areas of the law in which the use of analogy is inadmissible. This is followed by an analysis of other restrictions related to the use of analogy in specific cases, i.e., specifically the issue of the existence of gaps in the law, their categorization and determination, for which of them one of the ways of completing the law can be applied, and for which not.

The sixth part of the thesis deals with teleological reduction, which represents the second main method through which law can be judicially developed in the conditions of a continental type of legal culture.

The last (seventh) part of the thesis contains a brief reflection on whether other methodological means (i.e., other legal analogy and teleological reduction), which are sometimes discussed in connection with the judicial development of law, may really represent independent means of judicial development of law or not.

Finally, the conclusion presents a synthesis of the most significant findings and tries to answer the question of whether the limits between interpretation and judicial development of the law are drawn clearly or not, and in which typified situations its identification may cause problems.

Key words

Interpretation of law, judicial development of law, analogy