

Porušení zákona oklikou: fraus legis facta v civilním právu

Karel Eliáš*

Abstrakt: Pojednání se v kontextu historické a regionální komparace zabývá problematikou obcházení zákona v obecném právu občanském se zřetelem k českému a slovenskému právu. Autor poukazuje, že se v databázích rozhodnutí českých a slovenských soudů vyskytuje několik tisíc rozhodnutí, jež se dotýkají problematiky obcházení zákona, ať již významně, anebo jen okrajově. Na uvedeném základě se v pojednání dospívá k několika závěrům. Obcházení zákona je dílčím projevem zneužití práva. Jako takové je v některých občanských zákonících evropských států výslovně zakázáno. Formulace takového zákazu má nejrůznější příčiny (kulturní, politické, ideologické apod.). Ale i v případech, kdy výslovný zákaz není upraven, nebrání to zneužití práva a obcházení zákona sankcionovat jako protiprávní čin, pokud chápeme právo funkcionálně a ne formalisticky. Autor podrobně rozebírá některé soudní případy a upozorňuje na riziko spočívající v zaměňování smyslu a účelu zákona za názory etické, sociální nebo politické, jež v samotném zákoně nemají oporu. Jiná otázka je, zdali nadprodukce právní regulace moderní doby a míra omezování individuální svobody sama negeneruje mj. také tendence k obcházení hypertrofovaných kogentních norem.

Klíčová slova: autonomie vůle, ratio legis, obcházení zákona, zneužití práva, funkcionalita práva, formalismus

1. Litera a duch

Termínem *fraus legis facta* nebo zkráceně *fraus legis* označujeme obcházení zákona.¹ Podstata protiprávnosti činu obcházejícího zákon je v povaze skutku směřujícího proti smyslu zákona, byť jeho slova neruší.² Tomu odpovídají i četné charakteristiky, jak je nalzáme v literatuře i v soudních rozhodnutích.

Toto pojednání se prioritně zaměřuje na problematiku obcházení zákona v oblasti občanského práva hmotného, jakkoli si všímá také jejích přesahů do jiných právnických disciplín. Ponechává však stranou mezinárodní právo soukromé,³ jehož koncept je v daném směru přece jen specifický v tom, že zde jde o problematiku kolizní (obcházení zákona sleduje použití jiného právního řádu).⁴

* Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš, katedra občanského a obchodního práva Právnické fakulty Trnavskej univerzity v Trnave. Pojednání bylo vypracováno v rámci řešení projektu APVV-14-0061 *Rozšiřovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva*. Studie navazuje na autorův referát přednesený na XXVI. konferenci *Karlovarské právnícké dny* 14. 6. 2018; ve srovnání s textem referátu uveřejněném ve sborníku z konference jde o výklad podstatně přepracovaný, rozšířený a argumentačně prohloubený.

1 Německy *Umgehung des Gesetzes (Gesetzesumgehung)*, francouzsky *fraude à la loi*, anglicky *fraud of law*, ruský *обход закона*, italsky *frode alla legge*, španělsky *fraude de ley*, polsky *obejście ustawy*, portugalsky *fraude à lei* atd.

2 Srov.: „*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*“ (Paulus, D. 1. 3. 29), tj. proti zákonu činí, kdo koná, co zákon zakazuje, zákon obchází, kdo jedná proti jeho smyslu, zachovává slova zákona.

3 Výslovná ustanovení zakazující obcházení zákona nacházíme v příslušných úpravách mezinárodního práva soukromého, ať již jsou zahrnuty do občanských zákoníků [srov. např. již někdejší saský občanský zákoník z roku 1865 (§ 20); ze současných kodifikací to je např. portugalský *Código civil* (§ 21)], nebo ve speciálních zákonech o mezinárodním právu soukromém, jak tomu je ostatně také v našem právním řádu; srov. § 5 z. m. p. s.

4 Např. KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Doplněk, 1994, s. 164 an.; PAUKNEROVÁ, Monika. In: PAUKNEROVÁ, Monika – ROZEHNALOVÁ, Naděžda – ZAVADILOVÁ, Marta et al. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 48 an.

Viktor Knapp charakterizoval obcházení zákona tak, „že se někdo chová podle právní normy (*secundum legem*), ale tak, aby záměrně dosáhl výsledku právní normou nepředvídaného a nežádoucího.“⁵ Podle Reinharda Borka jde při obcházení zákona o případy, kdy se s využitím textu normy sleduje dosažení výsledku přičicího se smyslu a účelu zákonného zákazu.⁶ Podobných charakteristik vyjadřujících různými slovy totéž, co dva citáty právě uvedené, najdeme v literatuře velké množství.⁷

Ukázkový případ činu naplňujícího sice slova zákona do poslední litery, ale přičicího se jeho smyslu, najdeme mezi rozhodnutími meziválečného Nejvyššího soudu (Váž. 3882).⁸

V době, kdy místní příslušnost soudů upravovala jurisdikční norma (j. n.),⁹ se v jejím § 99 stanovilo zhruba totéž, co dnes v ČR najdeme v § 86 odst. 2 o. s. ř. a v SR v § 16 c. s. p. – tedy že osobu, jež nemá v tuzemsku jiný obecný soud, lze v majetkových věcech žalovat u soudu, v jehož obvodu má majetek. Žalobce nejprve žaloval žalovaného s bydlištěm ve Vídni u místně nepřislušného československého soudu. První i druhá instance vyslovily místní nepřislušnost a žalovanému přiznaly k žalobcově tíži náhradu nákladů řízení. Žalobce následně podal proti témuž žalovanému u téhož soudu novou žalobu s poukazem, že žalovaný tu má majetek reprezentovaný právě pohledávkou na náhradu nákladu řízení. Nejvyšší soud k tomu uvedl: „Bylo by obcházením zákona, kterému zákonodárce jistě nechtěl, kdyby ze slovního výkladu § 99 [...] j. n. bylo vyvozováno, že odepření příslušnosti jest důvodem pro založení příslušnosti [...]. Tím by se zvrátilo vítězství žalovaného v prvním podružném sporu v jeho porážku v druhém podružném sporu, ačkoli obě žaloby jsou jen formálně různými žalobami, kdežto v podstatě jest to žaloba táž.“ Ačkoli tedy, formálně vzato, pohledávka reprezentuje majetek odpovídající slovům citovaného ustanovení, soud srozumitelným poukazem na *rationem legis* odmítl ‚písmenkářskou‘ interpretaci zákonného textu.

2. Význam: praxe a literatura

Že se obcházením zákona porušuje právo, patrně nikdo nepochybuje. Některé případy navíc vzbuzují zájem přesahující prostředí právnických pracoven.

Není to tak dávno, co veřejnost a média nejružnějšího zaměření zaujala problematika *fraudis legi* v souvislosti s čerpáním peněžních prostředků z akciových společností s využitím dluhopisů o jmenovité hodnotě jedné koruny vzhledem k tomu, že zákon č. 188/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, ve své desáté části (čl. XII) doplnil do § 36 odst. 3 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů s účinností od 15. 7. 2011 větu, že se daň z příjmů vybíraná zvláštní sazbou zaokrouhluje na celé koruny dolů. V důsledku této zákonné změny a skutečností, že výnosy z jednotlivých tzv. korunových dluhopisů činily haléřové položky a že se v rozhodné době daň za každý dluhopis počítala samostatně, zaokrouhlovala se

⁵ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 186.

⁶ BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 3. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 438. („[...] wenn mit der vom Wortlaut der Norm nicht erfassten Gestaltung gegen Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes verstoßen wird.“).

⁷ Např. BYDLINSKI, Peter. *Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis*. 5. vydání. Wien: Manz, 2002, s. 144; PAVLOVA, Maria. *Graždanskoje pravo. Obšča čast*. Sofia: Sofi-R, 2002, s. 511; DMOWSKI, Stanislaw – RUDNICKI, Stanislaw. *Komentarz do kodexu cywilnego. Księga pierwsza*. Warszawa: Lexis Nexis, 2007, s. 249; MAZÁK, Ján. In: VOJČÍK, Peter et al. *Občiansky zákoník. Stručný komentár*. 3. vydání. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 132 an.; GRAF, Georg. In: KLETĚČKA, Andreas – SCHAUER, Martin (eds). et al. *ABGB-ON. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Wien: Manz, 2010, s. 1723 an.; ZUKLIŇOVÁ, Michaela. *Právní úkony (§ 34–51 občanského zákoníku)*. Praha: Linde, 2012, s. 40; nebo TERRÉ, François – SIMLER, Philippe – LEQUETTE, Yves. *Droit civil. Les obligations*. 13. vydání. Paris: Dalloz, 2013, s. 604 an. a mnozí další.

⁸ Sp. zn. R I 400/24 z 21. 5. 1924.

⁹ Zák. č. 111/1895 ř. z., o vykonávání moci soudní a o příslušnosti řádných soudů v občanských věcech právních (jurisdikční norma).

daň z výnosu každého z těchto dluhopisů na nulovou sazbu. Ke změně došlo další novelou zákona o daních z příjmů (zákon č. 192/2012 Sb.) s účinností k 1. 1. 2013 (obč. z.).¹⁰ Někteří akcionáři této možnosti využili, a protože jedním z těch, kdo tak učinili, byl představa významného politického hnutí a posléze člen české vlády, vyvolalo to rozličné komentáře, jež dosud neutichly, byť s odlišnými rezultáty.¹¹

Úkolem tohoto pojednání ale není ani vyjadřovat se k právním názorům zveřejněným v této souvislosti, ani řešit konkrétní právní případ.¹² Hodí se ale poukázat, že událost spojená s korunovými dluhopisy ukazuje, že problematika obcházení zákona dokáže vyvolat ve spojení s určitou situací zvýšený zájem veřejnosti. Hodí se také vytknout, jak bylo i v uvedené konkrétní souvislosti diskutováno, že nauka o obcházení zákona, jakkoli vyrostla na podkladě civilního práva a je jeho součástí,¹³ pronikla do nejrůznějších právních odvětví, včetně práva daňového, procesního nebo práva mezinárodního obchodu.¹⁴ Jde o důsledek charakteru občanského práva jako práva obecného.

V každém případě představuje problematika obcházení zákona závažnou právní otázku a také otázku prakticky velmi významnou. Viditelně tomu nasvědčuje soudní praxe: jen v rozhodnutích československých (1918–1992), a také českých a slovenských soudů v tištěných a elektronických databázích judikatury najdeme stovky právních případů, u nichž soudy zkoumaly, zda určitá osoba *in fraudem legis egit*, ať již po příslušném šetření dospěly k odpovědi záporné, nebo kladné. Např. zadáme-li slova ‚obcházení zákona‘, najdeme v databázi nálezů a usnesení Ústavního soudu¹⁵ 1 448, v databázi rozhodnutí Nejvyššího soudu¹⁶ 877 a v databázi rozhodnutí Nejvyššího správního soudu¹⁷ 878 judikátů, v jejichž textu se vyskytuje zadaný řetězec slov, ať již v rámci formulace vlastního právního názoru

¹⁰ Zák. č. 192/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 72/2000 Sb., o investičních pobídkách a o změně některých zákonů (zákon o investičních pobídkách), ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, změnil § 36 odst. 3 zákona o daních z příjmů tak, že zde stanovil: „U příjmů uvedených v odstavci 2 písm. a) nebo m) s výjimkou dividendového příjmu se základ daně a sražená daň nezaokrouhluje a celková částka daně sražená plátcem z jednotlivého druhu příjmu se zaokrouhluje na celé koruny dolů“ (čl. III., bod 6.). Zároveň ale respektoval práva dosud nabytá s tím, že v přechodném ustanovení (čl. IV.) stanovil: „Pro úrokový příjem z dluhopisu emitovaného přede dnem nabytí účinnosti čl. III bodu 6 tohoto zákona se použije ustanovení § 36 odst. 3 zákona č. 586/1992 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti čl. III bodu 6 tohoto zákona.“

¹¹ Např. GOLÁŇ, Tomáš. *Babiš v kauze dluhopisů zneužil díru v zákoně*. Dostupné z: <<http://forum24.cz/odbornik-babis-v-kauze-dluhopisu-zneužil-diru-v-zakone/>> (1. 5. 2018) nebo WAGENKNECHT, Lukáš. *Jak objektivně posoudit dluhopisovou aféru ministra financí a Agrofertu?* Dostupné z: <https://www.tyden.cz/rubriky/nazory/komentatori/jak-objektivne-posoudit-dluhopisovou-aferu-ministra-financi-a-agrofertu_416182.html> (1. 5. 2018) argumentují, že v daném případě šlo o obcházení zákona, naproti tomu ROZEHNAL, Aleš. *Babiš zákon neobešel ani nezneužil. Jen se choval nemravne*. Dostupné z: <<http://www.reflex.cz/clanek/analiza/77723/pravnik-ales-rozehnal-pro-reflex-babis-zakon-neobešel-ani-nezneužil-jen-se-zachoval-nemravne.html>> (1. 5. 2018) má za to, že „rozhodnutí Andreje Babiše jakožto jediného akcionáře Agrofertu vydat korunové dluhopisy je výkonem jeho práva. Stejně tak jako jeho rozhodnutí, že Agrofert mu tyto dluhopisy prodá. Výkonem tohoto práva není k neodůvodněné újmě státu, protože ona ‚újma‘, tedy snížení daňových příjmů, je předvídaná zákonem.“

¹² Metodologickým vodítkem může být např. BROWN, Karen B. *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*. Dordrecht – Heidelberg – London – New York: Springer, 2012, s. 234 an.

¹³ Tak např. FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. II. Das Rechtsgeschäft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York – London – Paris – Tokyo – Hong Kong – Barcelona – Budapest: Springer Verlag, 1992, s. 350, nebo THURONYI, Victor. *Comparative Tax Law*. The Hague – New York: Wolters Kluwer International, 2003, s. 158, který zdůrazňuje ukotvení doktríny o obcházení zákona v občanském právu [„This doctrine (tedy nauka o „abuse of rights, avoidance of law, or *fraus legis*“, jak autor uvádí) „also is based in the civil law.“].

¹⁴ Např. FAWCETT, James J. *Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law. The Cambridge Law Journal*. 1990, roč. 49, č. 1, s. 44, uvádí: „The most obvious sense in which the law is evaded is when persons deliberately flout the law for example a taxpayer fails to declare all his income to the Inland revenue, or a person smuggles goods into a country in breach of import controls.“ – jako očitěné případy obcházení zákona na příklad uvádí, že daňový poplatník nenahlásil své veškeré příjmy do tuzemských příjmů nebo že osoba propašuje zboží do země porušující dovozní řád.

¹⁵ Viz <<http://nalus.usoud.cz/Search/Results.aspx>> (6. 5. 2018).

¹⁶ Viz <[http://www.nsoud.cz/Judikatura/Judikatura_ns.nsf/\\$\\$WebSearch1?SearchView&Query=\(%5BARozhodnutiRT%5D%3D\(Cobch%3CA1zen%3CAD%20z%3CA1kona\)\)&SearchOrder=2&SearchMax=0&Start=1&Count=15&pohled=1](http://www.nsoud.cz/Judikatura/Judikatura_ns.nsf/$$WebSearch1?SearchView&Query=(%5BARozhodnutiRT%5D%3D(Cobch%3CA1zen%3CAD%20z%3CA1kona))&SearchOrder=2&SearchMax=0&Start=1&Count=15&pohled=1)> (4. 5. 2018).

¹⁷ Viz <<http://www.nssoud.cz/mainOcol.aspx?cls=JudikaturaBasicSearch&pageSource=0>> (7. 5. 2018).

soudu, anebo jako součást argumentace některého z účastníků řízení. ASPI, soubor judikatury československých a českých soudů zpracovaný nakladatelstvím Wolters Kluwer ČR, eviduje k 5. 7. 2018 na 3 600 takových rozhodnutí. V databázi všech rozhodnutí soudů Slovenské republiky¹⁸ bylo za období od 1. 1. 2012 do 4. 5. 2018 evidováno 8 370 judikátů dotýkajících se tak či onak obcházení zákona (z toho je 26 rozhodnutí Nejvyššího soudu). Pro úplnost uvádím, že jsem tato rozhodnutí přirozeně neanalyzoval všechna. Ale několik desítek jsem jich prostudoval důkladněji a dalších několik set jsem alespoň zběžně přečetl.

Přirozeně, každé z těchto rozhodnutí není pro bližší zkoumání problematiky spojené s jednáním *in fraudem legis* stejně relevantní. Nicméně jejich četnost vypovídá, že jde o otázku, která soudy zaměstnává poměrně často.

V protikladu k tomu je celkem překvapivé, jak málo se tomuto tématu věnuje odborná literatura. V základních učebnicích občanského práva se o obcházení zákona mnoho nedozvíme.¹⁹ Také komentáře jsou, až na řídké výjimky,²⁰ docela skoupé, a omezují se zpravidla na několikařádková konstatování.²¹ Nehraje přitom roli, zda zákonný text na obcházení zákona přímo poukazuje, jak tomu bylo v české úpravě účinné do 31. 12. 2013 a jak tomu je stále ve slovenském O. z. (§ 39), anebo zda výslovné ustanovení zakazující obcházení zákona postrádá, jak tomu je v českém o. z. V českém ani slovenském prostředí na toto téma dosud nejenže nevznikla monografie, jaké vykazují některé jiné právní kultury,²² ale ani obsáhlejší stať.²³

3. Normativní uchopení

Už na příkladu uvozuji tímto stať (Váž. 3882) vidíme, že jednotlivá ustanovení zákona nabízejí rozličné interpretace, třebaže výklad může být správný jen jeden. Konec konců, přisouzená pohledávka, byť třeba jen na náhradě nákladů řízení, reprezentuje majetek, a pokud by soud ustrnul na gramatickém výkladu zákona, dospěl by k závěru zcela opačnému.

¹⁸ Viz <<https://obcan.justice.sk/infosud/-/infosud/zoznam/rozhodnutie?ftq=obch%3%A1dzanie+z%C3%A1kona>> (3. 5. 2018).

¹⁹ Srov. ZUKLÍNOVÁ, Michaela. In: DVOŘÁK, Jan – ŠVESTKA, Jiří – ZUKLÍNOVÁ, Michaela. *Občanské právo hmotné. Sv. 1*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 156 an., PLECITÝ, Vladimír. In: HURDÍK, Jan et al. *Občanské právo hmotné. Obecná část. Absolutní majetková práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014, s. 182, nebo DULAK, Anton. In: LAZAR, Ján et al. *Občianske právo hmotné*. 1. Bratislava: Iuris libri, 2014, s. 113 an.

²⁰ MELZER, Filip. In: MELZER, Filip – TÉGL, Petr et al. *Občanský zákoník. Velký komentář. III*. Praha: Leges, 2014, s. 528–530; FEKETE, Imrich. *Občiansky zákoník. Velký komentář. Sv. I*. Bratislava: Eurokódex, 2014, s. 356–357.

²¹ Z českých komentářů k o. z. srov. TICHÝ, Luboš. In: ŠVESTKA, Jiří – DVOŘÁK, Jan – FIALA, Josef et al. *Občanský zákoník. Komentář. I*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 1446; HANDLAR, Jiří. In: LAVICKÝ, Petr. *Občanský zákoník I*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2080; BERAN, Vladimír. In: PETROV, Jan – VÝTISK, Michal – BERAN, Vladimír. *Občanský zákoník. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 617. Ze slovenských komentářů k o. z. srov. MAZÁK, Ján. In: VOJČÍK, Peter et al. *Občiansky zákoník. Stručný komentář*. 3. vydání. Bratislava: Iura edition, 2010, s. 132 an. Také starší české komentáře k obč. z. nebyly v tomto směru mnoho sdílné; srov. např. ELIÁŠ, Josef – RUBEŠ, Josef. In: ČEŠKA, Zdeněk et al. *Občanský zákoník. Komentář. Díl I*. Praha: Panorama, 1984, s. 178, nebo ZUKLÍNOVÁ, Michaela. In: ELIÁŠ, Karel et al. *Občanský zákoník. Velký akademický komentář. Sv. 1*. Praha: Linde, 2008, s. 254.

²² Např. FUCHS, Wilhelm. *Umgehung des Gesetzes (Fraus legis facta)*. Leipzig: Dieterich'sche Universitäts-Buchhandlung, 1917; VETTSCH, Jacob. *Die Umgehung des Gesetzes. Theorie, Rechtsprechung und Gesetzgebung*. Basel: Orell Füssli, 1917; AUDIT, Bernard. *La fraude à la loi*. Paris: Dalloz, 1974; TAMUSSINO, Philipp. *Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen*. Wien: Manz, 1990; BENECKE, Martina. *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004; CORNUT, Étienne. *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*. Paris: Defrénois, 2006; NARDI, Sandro. *Frode alla legge e collegamento negoziale*. Milano: Giuffrè, 2006; DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo. *El fraude de ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007; CRICENTI, Giuseppe. *I contratti in frode alla lege*. 2. vydání. Milano: Giuffrè, 2008 aj.

²³ Výjimkou jsou některé kvalifikační práce: např. HORÁK, Milan. *Obcházení zákona, skutečný obsah právních úkonů a zneužití práva ve vztahu k daňovému plánování*. Diplomová práce. Praha: PF UK, 2012; dostupné z: <<https://is.cuni.cz/webapps/zzp/detail/122060/>> (5. 4. 2018) nebo POLÁK, Jakub. *Obcházení zákona*. Diplomová práce. Brno: PF MU, 2016; dostupné z: <https://is.muni.cz/th/uupoi/DP_Polak.txt> (27. 6. 2018).

Ve vývoji právního myšlení ovlivňoval a ovlivňuje závěr, která interpretace vede ke správnému výsledku, stav právní a politické kultury – úroveň právního myšlení a tvorby, výkladu i aplikace práva.

3.1 Základy

Protože učení o obcházení zákona spojujeme s římským právem, je namístě připomenout, že v rané předklasické době netvořilo římské právo pojmově propracovaný systém,²⁴ psané právo bylo kazuistické,²⁵ interpretace se zhusta vázala na formalistické „přísné“ čtení písemného vyjádření právního pravidla.²⁶ To přirozeně vedlo k tendencím, kdy právě striktní dodržení všech písmen zákonného textu mířilo k dosažení účelu, ježž zákonodárce nezamýšlel, anebo k hledání cest, jak překážku překonat, aniž půjde o zjevné porušení zákona. Příkladem mohou být opakované pokusy regulovat lichvu, respektive zakázat ji, stanovováním maximální výše úroků.²⁷ Odpovědí na to byl koncept obcházení zákona jako jednání přičicího se duchu zákona (*animus*, ale také *ratio*, *mens*, *voluntas* nebo *sententia legis*) jako produkt dalšího vývoje. Není účelem této stati určovat, kdy k tomuto posunu došlo.²⁸ Ale ve II. a III. stol. už běžně píší o obcházení zákona např. Gaius (I, 46) v souvislosti se zákonem Fufia a Caninia (z roku 2 př. n. l.) omezujícího propouštění otroků testamentem, *Paulus* (D. 1, 3, 29) při komentování Cinciova zákona z roku 204 př. n. l. regulujícího odměny a dary právních zástupců za vedení cizích sporů a *Ulpianus* (D. 1, 3, 30) formulací věty: „*Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit; et quod distat ῥῆτὸν ἀπὸ διανοίας* (= *dictum a sententia*), *hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*,“ tj.: Zákon se obchází, když se provádí to, co si zákon nepřeje, i když to výslovně nezakázal; a jako se rozchází výrok a myšlenka, liší se i obcházení a porušení zákona.

Jakmile tedy postupně převládlo mínění, že k poznání zákona nestačí přidržovat se jen jeho slov, ale pochopit také jeho smysl a účel,²⁹ ztratilo význam rozlišovat zvláštní kategorie porušení zákona (rozuměno: při jeho gramatickém výkladu) a obcházení zákona – tedy porušení zákona vzhledem k jeho výkladu logickému a teleologickému – protože k porušení zákona dochází zásadně v obou případech. (Zásadně proto, že někdy může nastat situace, kdy jsou myslitelné případy, že naopak odchylka od gramatického dogmatismu vede k zachování smyslu právního pravidla.³⁰) Vývoj završila Justiniánova kodifikace,

²⁴ KASER, Max. *Das römische Privatrecht. I.* 2. vydání. München: C. H. Beck, 1971, s. 26.

²⁵ Tak např. o zákonu XII desek SKŘEJPEK, Michal. *Lex et ius. Zákony a právo antického Říma*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2018, s. 13; nejde však jen o tento zákonný pramen.

²⁶ O formalismu staršího římského práva např. BRETONNE, Mario. *Geschichte des römischen Rechts*. München: C. H. Beck, 1992, s. 83 an., o překonávání formalismu ibidem, s. 89 an.

²⁷ URFUS, Valentin. *Právo, úvěr a lichva v minulosti*. Brno: Universita J. E. Purkyně, 1975, s. 17, poznamenává, že stanovená úroková míra „byla dostatečně pružnou, aby v jejích mezích se mohla rozvinout jak podnikatelská dravost starověkých peněžníků, tak i jednorázové úvěrování vystupující jako individuální spotřební kredit.“

²⁸ KASER, Max. *Das römische Privatrecht. II.* 2. vydání. München: C. H. Beck, 1975, s. 89, pozn. 41, poukazuje na vliv východní filosofie a teologie na římské poklasické právnícké pojetí teorie vůle a na učení o simulovaných právních jednáních – a také o obcházení zákona.

²⁹ Srov. notoricky známý výrok Celsův „*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*“ (D. 1, 3, 17).

³⁰ Srov. např. náleží Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 3900/12: Strany uzavřely smlouvu, ve které byla jako předmět nájmu ujednána část konkrétní nemovitosti, přičemž tato část sice nebyla přesně specifikována (tomu měla sloužit příloha ke smlouvě; ta však vyhotovena nebyla), ale oběma stranám bylo zřejmé, co se pronajímá. Po několika letech nekonfliktního trvání nájmu pronajímatel (veřejnoprávní entita), který návrh nájemní smlouvy ostatně sám připravil, platnost smlouvy zpochybnil poukazem, že neurčitě vymezený předmět nájmu zakládá její absolutní neplatnost. Ústavní stav k tomu mj. uvedl: „Závěr, že určitý právní úkon je neplatný pro neurčitost jeho předmětu, se musí opírat o rozumný výklad dotčeného zákonného ustanovení. Nelze vystačit pouze s gramatickým výkladem. [...] Smluvní strana si musí být vědoma své odpovědnosti ve smluvních vztazích a nemůže

kam bylo převzato opatření zavedené již císařem Theodosiem (*lex Non Dubium*),³¹ stavící obcházení zákona a porušení zákona naroveň. V důsledku tohoto vývoje se římské právo ustálilo v rozlišení dvou kategorií protiprávnosti – rozporu se zákonem (se zákonným zákazem) a rozporu s dobrými mravy.³²

3.2 Restituce soukromého práva

Byl to politický, kulturní a vůbec myšlenkový přelom poznamenávající průběh XVIII. století, který vedl mimo jiné k restituci právního dualismu a „druhému životu“ římského práva.³³ Byl to především vliv justiniánské kodifikace, která měla v Evropě pro poznávání římského práva dlouho rozhodující význam, co vedlo k posilování „přesvědčení, že právo se má vytvářet legislativní činností státní moci“.³⁴

Výsledkem takového mínění byla tvorba tak řečených velkých kodifikací – zákoníků civilního práva – vznikajících pod působením přirozenoprávních a později historickoprávních škol od 2. poloviny XVIII. století a v průběhu XIX. století. Můžeme přijmout zjištění, že sloučení porušení a obcházení zákona do téže skutkové podstaty bylo projevem vulgarizace římského práva³⁵ působením východních vlivů.³⁶ Nicméně je zřejmé, že tento konstrukt přijaly nově vznikající kodifikace obecného občanského práva: *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (1756), josefínský občanský zákoník (1787), *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794), *Code civil*³⁷ (1804) ani *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (1811) zvláštní skutkovou podstatu obcházení zákona neupravily. Koncepce, že obcházení zákona spadá pod skutkovou podstatu porušení zákona, je zřejmá i z pozdějších kodifikací, které již nevznikaly podle paradigmat přirozenoprávní školy. Typickým příkladem je *Bürgerliches Gesetzbuch* (1896) jako produkt německé pandektistiky, ale uvést lze i některé pozdější kodifikace civilního práva, typicky švýcarskou (1907, 1911), které rovněž o obcházení zákona výslovně nenormují. Ovšemže zaznamenáváme i odlišné přístupy. Nejzřetelnějším příkladem mezi velkými kodifikacemi obecného práva občanského starší doby je španělský *Código civil* (1889), jehož čl. 6 odst. 4 prohlašuje za obcházení zákona taková jednání, jež, zaštiťující se textem normy, usilují o dosažení výsledku zakázaného právním řádem nebo odporujícího právnímu řádu. Současně stanoví, že takový případ

mlouvy uzavírat a později namítat jejich neplatnost dle své vlastní vůle. [...]“; dovodiv, že „je nutno vykládat ustanovení o neplatnosti právních úkonů pro rozpor se zákonem restriktivně a nikoli extenzivně“. Podobně v nálezu sp. zn. I. ÚS 3964/14 z 13. 6. 2016 Ústavní soud v souvislosti s ochranou rovnosti vlastnického práva dovodil, že v konkrétním právním případě „musí teleologický přístup k výkladu práva převážet nad čistě dogmaticky gramatickým výkladem tak, aby byl v maximální míře naplněn účel předpisů“.

³¹ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, s. 701 an.; KLEIN, Jean-Philippe. *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht: eine konzeptionelle Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgeschichte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 39 an. Ve zdejší literatuře SALAČ, Jaroslav. *Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 6 an.

³² KASER, Max. *Das römische Privatrecht. I. 2.* vydání. München: C. H. Beck, 1975, s. 246 an.; KASER, Max. *Das römische Privatrecht. II. 2.* vydání. München: C. H. Beck, 1975, s. 93.

³³ BARRY, Nicholas. *An Introduction to Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1962, s. 2.

³⁴ URFUS, Valentin. *Právní dějiny na pražské právnické fakultě*. Praha: Univerzita Karlova, 2000, s. 16.

³⁵ KASER, Max. *Das römische Privatrecht. II. 2.* vydání. München: C. H. Beck, 1975, s. 94, pozn. 14, to komentuje: „Die westliche Vulgarisierung steigert in fraudem legis [...] zu contra leges.“

³⁶ *Ibidem*, s. 89, pozn. 41.

³⁷ V aktuálním znění *Code civil* se o obcházení zákona normuje v čl. 336 založením pravomoci státního zástupce napadnout osvojení mj. v případě obcházení zákona („La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi.“), ale tato úprava je výsledkem novely z roku 2005.

nebrání aplikaci normy, o jejíž obcházení bylo usilováno.³⁸ Jiným příkladem je italský *Codice civile* (1942), který v čl. 1344 zakazuje smlouvy, pokud slouží jako prostředek k obcházení kogentních norem.³⁹

Není třeba velkého přemýšlení, proč byl na poli civilního práva speciální (výslovný) zákaz obcházení zákona majoritním proudem kodifikačního úsilí pomíjen. Jeho první vlna se opírala o zázemí přirozeného práva⁴⁰ spojovaného zhusta s právem římským,⁴¹ druhá pak vyrostla na základu pandektistiky.⁴² Ať už představitelé těchto myšlenkových směrů poukazovali na nutnost gramatického, logického a filosofického výkladu zákona⁴³ nebo gramatického, historického, logického a systematického, jak se ustálilo později, vždy se hledal skutečný smysl a účel (duch, *ratio*) zákona a jeho jednotlivých právních pravidel.⁴⁴ Tento přístup přirozeně stačil k tomu, aby se právní praxe při aplikaci zákona zabývala otázkou, zdali v konkrétním případě nedošlo k obcházení zákona. Dobře to lze demonstrovat na rozhodovací činnosti československého Nejvyššího soud v meziválečném období.⁴⁵

3.3 Časy relativizací

Když Arnošt Steiner vyzýval na stránkách *Právnicka* matematickou exaktnost pozitivismu, odsoudiv jusnaturalistické uvažování,⁴⁶ prosazovaly se v právním myšlení už i jiné směry, rozvíjející se od poloviny XIX. století.⁴⁷ Některé z nich ovlivnily i přístup k problematice, kterou se zabýváme.

³⁸ „Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.“ Podrobněji k tomu např. DÍEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. I. 11. vydání. Madrid: TECNOS, 2005, s. 192 an.

³⁹ K tomu GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 16. vydání. Napoli: Edizioni Scintifiche Italiane, 2013, zejm. s. 829 an. Poukazuje se zde, že při obcházení zákona kontrahenti usilují o dosažení určitého hospodářského výsledku atypického pro konkrétní smluvní typ a navíc zákonem zakázaného.

⁴⁰ Srov. např. MARTINI, Karl Anton, von. *De lege naturali positiones in usum auditorii vindobonensis*. Wien: Kurzböck, 1772, s. 197 an. nebo ZEILLER, Franz, von. *Das natürliche Privat-Recht*. 2. vydání. Wien: Wappler u. Beck, 1808, s. 42 an.

⁴¹ Ne nadarmo píše HAIMBERGER, Anton. *Reines römisches Privat-Recht nach dem Quellen und den Auslegungen der vorzüglichsten Rechtsgelehrten*. I. Wien: Schulbücher Verschleiß-Administration bei St. Anna, 1835, s. 39 an. o věcnosti a nezměnitelnosti zásad římského práva vycházejících z čistého rozumu („Die Grundsätze des Röm. Rechtes entspringen großen Theils aus der reinen Vernunft, sie sind ewig und unabänderlich, und was zweifelhaft schien, haben die vorzüglichsten Röm. Juristen, ein Sabinus, Gaius, Ulpian und andere mittelst Beobachtung einer gewissen Regel stets auf das scharfsinnigste aufgelest.“)

⁴² Pokud jde o základy, srov. např. THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *Theorie der logischen Auslegung der römischen Recht*. 2. vydání. Altona: Hammerick, 1806; THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *System des Pandekten-Rechts*. I. 8. vydání. Jena: Mauke, 1834, s. 39 an., a ovšemže SAVIGNY, Friedrich Karl, von. *System des heutigen Römischen Rechts*. I. Berlin: Veit u. Comp., 1840, s. 206 an.

⁴³ ZEILLER, Franz, von. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*. Erster Band. Wien – Triest: Geistingers Verlagsbuchhandlung, 1811, s. 53.

⁴⁴ Srov. SAVIGNY, Friedrich Carl, von. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. I. Berlin: Weit und Comp., 1840, s. 324 „[...] solche Handlungen, welche ein Gesetz zwar nicht dem Buchstaben, wohl aber dem Geist nach, verletzen (in fraudem legis).“; tj. in fraudem legis jsou taková jednání, které neporušují zákon v jeho literách, ale v jeho duchu.

⁴⁵ K nejvýznamnějším judikátům zabývajících se problematikou obcházení zákona patří rozhodnutí Váž. č. 317, 1033, 1856, 2190, 2276, 2734, 3472, 3668, 3882, 3976, 4059, 4477, 4579, 5116, 5687, 6310, 6975, 6983, 7408, 7010, 7963, 9093, 11570, 11769, 12534, 14190, 14447, 14788, 15286, 16099, 16723, 16710, 16776, 16826, 17024.

⁴⁶ STEINER, Arnošt. *Právo přirozené, analogie a nezávaznost smluvní*. *Právník*. 1914, roč. LIII, s. 311.

⁴⁷ Tak dnes již zapomenutý profesor pražské právnické fakulty HANĚL, Jaromír. *Všeobecná právo – i státověda*. Praha: J. Otto, 1909, s. 66 an. poukazuje na myšlení sociologické, ekonomicky materialistické (marxistické), psychologické nebo na Jheringovu zájmovou jurisprudenci. Rok před vydáním této knihy publikoval WEYR, Franz (František). *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*. *Archiv für öffentliches Recht*. 1908, 33, s. 34 an. a zakrátko také KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1911, čímž vstoupila do právního myšlení ryzí nauka právní (normativní teorie).

Jakkoli někteří současní autoři, zejména z někdejší kolébky normativní teorie, připomínají myšlenky Weyrovy školy, není přístup této teorie k právu tím, co by dnes zdejší právní myšlení významněji přímo ovlivňovalo.⁴⁸ Celkové zaměření normativistů vedlo ke skeptickému nahlížení na ducha zákona – nejmýlněji to lze demonstrovat na příkladu, že „pravdivost poznatku, že mají býti skřítkové, lze [...] verifikovati pouze poukazem na příslušnou normu, která to stanoví“.⁴⁹ Je to také patrné na normativistickém pojetí interpretace práva a jeho aplikace.⁵⁰ Z brněnských civilistů Sedláček opakovaně upozorňoval na riziko, že se hledání *rationis legis* může z výkladu normy změnit v její hodnocení z mimonormativních hledisek (morálních, sociálních, ekonomických atp.),⁵¹ třebaže to zákonodárce nechtěl ani nepředpokládal.⁵² Takový postup může vést k vybočení z obsahu normy a k libovůli, popřípadě k „intuitivnímu výkladu právního předpisu“.⁵³ Při tomto přístupu není divu, že normativisté nenahlíželi vlídně ani na kategorii označovanou jako obcházení zákona. Kubeš to vyjádřil slovy, „že jde o pojem krajně neurčitý a většinou nesprávně noeticky i metodologicky formulovaný“ a dovedil, že co je označováno za obcházení zákona, spadá zpravidla buď pod rozpor se zákonem, anebo pod rozpor s dobrými mravy.⁵⁴ Brněnská normativní škola ovšem tvorbu právních předpisů ovlivnila nesrovnatelně méně než marxistické nazírání na právo.

Po podzimních událostech v roce 1917 ovládl oficiální Rusko upravený marxismus (marxismus-leninismus) jako státní doktrína a ideologie. Ta se přirozeně promítla i do zákonodárství. Když byl po skončení občanské války v Rusku přijat v roce 1922 občanský zákoník (GK 1922), vinul se jím „jako červená nit princip, že když je soukromým osobám a jejich sdružením poskytnuta určitá hospodářská samostatnost a iniciativa, naprosto to neznamená, že na sovětskou půdu byly přeneseny zásady kapitalistického práva“.⁵⁵ Jakkoli byl pro ruskou kodifikaci významným inspiračním zdrojem BGB, spojil GK 1922 v čl. 30 neplatnost právních jednání výslovně i s obcházením zákona.⁵⁶ Doktrína odlišila protizákonná právní jednání od těch obcházejících zákon.⁵⁷ Samotné pojmání činů *in fraudem*

⁴⁸ Ne náhodou jsou i nejmýlnější představitelé meziválečné brněnské juristické školy označováni za pozapomenuté; např. HORÁK, Ondřej. Jaromír Sedláček a brněnská normativní škola. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, roč. 18, s. 411. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/6429/0>> (4. 7. 2018).

⁴⁹ WEYR, František. *Právní věda a věda o právu*. Praha – Brno: Orbis, 1935, s. 18.

⁵⁰ Srov. např. SEDLÁČEK, Jaromír. *Občanské právo československé. Všeobecné nauky*. Brno: Právník, 1931, s. 84 an., 239 an.

⁵¹ SEDLÁČEK, Jaromír. *Občanské právo československé. Všeobecné nauky*. Brno: Právník, 1931, s. 91; SEDLÁČEK, Jaromír. Výklad norem. In: HOETZEL, Jirí – WEYR, František – POŠVÁŘ, Jaroslav – ŠTAFL, Adolf (eds). *Slovník veřejného práva československého*. Svazek V. Brno: Rovnost, 1948, s. 428.

⁵² Pěkný příklad, kdy zákonodárce takový předpoklad naopak vyjádřil, a tudíž i poskytl interpretujícímu a aplikujícímu orgánu veřejné moci pravomoc posuzovat právní případy podle ekonomického hlediska, představuje § 4 někdejšího zák. č. 121/1962 Sb., o hospodářské arbitráži, kde byla založena pravomoc hospodářské arbitráže řídit se zásadami hospodářské politiky státu (zejména usneseními komunistické strany a vlády) a i z tohoto hlediska posuzovat konání subjektů a orgánů.

⁵³ SEDLÁČEK, Jaromír. *Občanské právo československé. Všeobecné nauky*. Brno: Právník, 1931, s. 96.

⁵⁴ KUBEŠ, Vladimír. *Smlouvy proti dobrým mrávům*. Brno – Praha: Orbis, 1933, s. 239. Rovněž tak KUBEŠ, Vladimír. In: ROUČEK, František – SEDLÁČEK, Jaromír et al. *Komentář k československému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl čtvrtý (§ 859–1089)*. Praha: V. Linhart, 1936, s. 139.

⁵⁵ NOVICKIJ, I. B. In: GENKIN, Dmitrij Michajlovič et al. *Dějiny sovětského občanského práva 1917–1947*. Praha: Orbis, 1952, s. 36. Je nutné mít na paměti, že tento zákoník byl přijat v době částečného a dočasného povolení tržního hospodářství v tehdejším Sovětském svazu (NEP; tj. Nová ekonomická politika uplatňovaná v letech 1922–1929).

⁵⁶ „Neplatné jest právní jednání, sjednané k účelu, který se protíví zákonu nebo zákon obchází nebo směřující ke zjevné škodě státu.“ (Překlad PROCHÁZKA, Jan. *Občanský zákon Ruské sovětské federativní socialistické republiky*. Praha: Svoboda, 1946, s. 19.)

⁵⁷ Srov., co píše GENKIN, Dmitrij. In: GENKIN, Dmitrij Michajlovič et al. *Sovětské občanské právo. Díl první*. Praha: Orbis, 1953, s. 240 an.: „Od právních úkonů přímo protizákonných liší se právní úkony učiněné proto, aby byl obcházen zákon. Právní úkon, učiněný k obcházení zákona, se zákonu formálně nepříčí, ale vede k právním výsledkům, přičítícím se zákonu. [...] Petrov ve snaze vyhnout se exekuci prodá svoje piano občanovi Ivanovovi, jenž ví, proč Petrov prodává piano, a Petrov zmizí s penězi. Právní úkon o prodeji pianu sám o sobě se formálně zákonu nepříčí, ale je neplatný, protože směřuje k obcházení zákona, totiž k utajení majetku před exekucí.“

legis v teoretické rovině nijak nevybočovalo z chápání tohoto jevu jindy a jinde. Například sovětská *Encyklopedie státu a práva* z 20. let kvalifikuje obcházení zákona jako „úkony, které se samy o sobě nejeví jako nezákonné, ale záměrně směřují k dosažení výsledků, jež zákon nepovoluje“.⁵⁸ Občanský zákoník RSFSR z roku 1964 (GK 1964) provedl v jistém smyslu úrok stranou. Opustil sice výslovné uvedení pojmu *обход закона*,⁵⁹ leč v košatém výčtu důvodů neplatnosti (čl. 48–58) upravil mj. rovněž skutkovou podstatu neplatnosti právního jednání uskutečněného s cílem protivit se zájmům státu a společnosti (čl. 49), pod níž bylo možné případy obcházení zákona subsumovat.⁶⁰ Metodologicky podobnou cestou se vydal i postupně vznikající občanský zákoník Ruské federace:⁶¹ v čl. 10 odst. 1 al. 2 zakázal šikanu a zneužití práva (*злоупотребление правом*) v jiných formách. Při revizi v roce 2013 došlo v tomto ustanovení k úpravě, kdy zákaz byl výslovně vztážen také na obcházení zákona za protiprávním účelem (čl. 10 odst. 3 pak obcházení zákona výslovně podřadil pod zneužití práva). V jistém smyslu se tak úprava z roku 2013 vrátila ke koncepci GK 1922.

V těch zemích středovýchodní Evropy, které po II. světové válce nastoupily cestu ke komunismu, došlo postupně k proměnám občanského práva. V některých úpravách se zákaz obcházení objevil výslovně. Příkladem může být maďarský *Polgári törvénykönyv* z roku 1959, který prohlásil v § 200 odst. 2 za neplatné (*semmis*, tedy absolutně neplatné) smlouvy, mj. i pokud byly uzavřeny k obcházení právní normy (jestliže právní předpis nestanoví něco jiného). Táž formulace se objevuje i v občanském zákoníku Maďarska z roku 2013 v § 6:95.⁶² Jiný příklad představuje dosud platný polský *Kodeks cywilny* z roku 1964; jeho čl. 58 § 1⁶³ normuje obdobně jako maďarská kodifikace.⁶⁴ Naproti tomu některé zákoníky tzv. socialistického občanského práva naopak na výslovný zákaz obcházení zákona rezignovaly a spokojily se s obecnou klauzulí. Jedním z příkladů tohoto přístupu

⁵⁸ STUČKA, Pēteris (Pjotr Ivanovič) (ed.) et al. *Encyklopēdija gosudarstva i prava*. 1. Moskva: Izdatel'stvo Komunističeskoj Akademii, 1925–1926, s. 1339. Citováno podle VRONSKAJA, Maria Vladimirovna. „Obchod zakona“ v graždanskom prave: Forma zloupotreblenija pravom ili samostajatel'naja juridičeskaja konstrukcija? Dostupné z: <<https://cyberleninka.ru/article/n/obchod-zakona-v-grazhdanskom-prave-forma-zloupotreblenija-pravom-ili-samostoyatel'naya-yuridicheskaya-konstrukcija>> (5. 7. 2018).

⁵⁹ Někteří autoři zdůrazňovali, že zákonu se protíví nejen právní jednání porušující zákon očividně, ale i ta, u nichž je nezákonnost pečlivě zamaskována. K tomu JOFFE, Olimpiad Solomonovič – TOLSTOJ, Jurij Kirilovič. *Novyj graždanskij kodeks RSFSR*. Leningrad: Izdatel'stvo Leningradskovo universiteta, 1965, s. 61.

⁶⁰ EM, Vladimir Saurejevič. In: SUCHANOV, Jevgenij Alexejevič et al. *Rosijskoje graždanskoje pravo. Tom I*. Moskva: Statur, 2009, s. 404 an.; MURANOV, Alexandr Igorevič. *O poniatiji „obchod zakona“ v projekte izmēnēnij v GK RF*, s. 28. Dostupné z: <<http://rospravo.ru/files/sites/0295a34c6769f247527f27d547ceca70.pdf>> (25. 6. 2018). Obdobný je koncept bulharský, jehož pojetí zneužití práva (*злоупотреба с право*) obcházení zákona zahrnuje; k tomu PAVLOVA, Maria. *Graždansko pravo. Obsča časť*. Sofia: Sofi-R, 2002, s. 211 an.

⁶¹ Jeho první díl nabyl účinnosti v roce 1995, čtvrtý díl v roce 2008.

⁶² „Semmis az a szerződés, amely jogszabályba ütközik, vagy amelyet jogszabály megkerülésével kötöttek, kivéve, ha ahhoz a jogszabály más jogkövetkezményt fűz.“ Zdejší čtenář patrně spíše ocení německý překlad: „Nichtig ist der Vertrag, der gegen eine Rechtsnorm verstößt oder deren Umgehung abgeschlossen wurde, es sei den, dass die Rechtsnorm daran andere Rechtsfolge knüpft.“

⁶³ „Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.“

⁶⁴ Polská literatura ale poukazuje, že mezi porušením a obcházením zákona není valného rozdílu a že o protiprávnost jde, ať již projev vůle směřuje proti zákonnému nařízení obsahem nebo účelem. RADWAŃSKI, Zbigniew. *Pravo cywilne – część ogólna*. 9. vydání. C. H. Beck: Warszawa, 2007, s. 281. Ke stejnému závěru dospěl MACHNIKOVSKI, Piotr. In: GNIEWEK, Edward. *Kodeks cywilny. Komentarz*. 2. vydání. Warszawa: C. H. Beck, 2006, s. 132, který rovněž upozornil, na plynulou hranici a průnik mezi simulací a obcházením zákona. (Obdobný poukaz najdeme i v literatuře z jiných jurisdikcí; srov. např. TERRÉ, François – SIMLER, Philippe – LEQUETTE, Yves. *Droit civil. Les obligations*. Paris: Dalloz, 2013, s. 602 an.); DMOWSKI, Stanisław – RUDNICKI, Stanisław. *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza*. Warszawa: Lexis Nexis, 2007, s. 249, dovozují, že při obcházení zákona jde o jednání sice zákon formálně naplňující, ale materiálně mu odporující.

je *Zivilgesetzbuch* bývalé Německé demokratické republiky (ZGB DDR) z roku 1975. Tento zákoník se v § 68 o neplatnosti (*Nichtigkeit*) smluv spokojil s obecnou sankcí neplatnosti, pokud obsah smlouvy porušuje zákaz obsažený v právním předpisu.⁶⁵

Někdejší Československo bylo první z těch států, které po poválečném ovládnutí komunisty rekonfigurovalo občanské právo. Zákon č. 141/1950 Sb. (o. z. z roku 1950) převzal a pozměnil myšlenku § 879 všeobecného zákoníku občanského.⁶⁶ Stanovil v § 36 odst. 1, že „*neplatný je právní úkon, který se přičí zákonu nebo obecnému zájmu*“.⁶⁷ Ustanovení mělo za účel zamezit, „*aby právními úkony nesvědomitých jednotlivců byla narušována výstavba socialismu*“, jak uvádí důvodová zpráva. Již to indikuje – v kontextu s § 3 téhož zákona zakazujícího zneužití občanských práv ke škodě celku – metodologii, podle níž socialistické právo sice přejímá řadu institucí kapitalistického práva, ale dává jim novou náplň s přihlédnutím „*k potřebám nového hospodářského systému*“.⁶⁸ Pro naše téma má význam, že mlčení zákona o zákazu obcházení zákona nebránilo, aby soudní praxe s touto kategorií pracovala. Stejně jako v jiných případech i zde padal při práci se zákonem na váhu třídní přístup⁶⁹ promítnuvší se do „*antipozitivistického pojetí práva*“.⁷⁰

Tak někdy nebyl se zřetelem k němu vzat v úvahu zákon platný a účinný v době skutku, ale zákon (č. 71/1958 Sb., o závazcích k náhradě škody způsobené zaměstnancem porušením povinností z pracovního poměru), jehož osnova byla v době skutku známa a zákonem se stala až později, za účelem zmírnění sankce.⁷¹ Jindy naopak třídní přístup vedl k zpřísnění sankce (za obcházení devizového zákona).⁷²

Československé zákonodárství od první poloviny 60. let XX. století ve spojení s politikou dalšího upevňování socialistické zákonitosti (ideologicky zdůvodněné vítězstvím socialismu) vyšlo z předpokladu, že „*uskutečňování zákonů je stále víc a více v rukou pracujících*“, protože „*pracující stále více chápou, že socialistické zákony vyjadřují nejvlastnější*

⁶⁵ *Ein Vertrag ist nichtig, wenn [...] sein Inhalt gegen ein in Rechtsvorschriften enthaltenes Verbot verstößt; [...].*

⁶⁶ Cit. ust. prohlásilo za absolutně neplatné (*nichtig*) smlouvy přičící se zákonnému zakazu nebo dobrým mravům.

⁶⁷ Přirozeně i zde šlo o absolutní neplatnost. LUBY, Štefan. In: KNAPP, Viktor et al. *Učebnice občanského a rodinného práva*. Sv. I. 2. vydání. Praha: Orbis, 1955, s. 236 an.

⁶⁸ DRESLER, Alfréd. *Politicko-ekonomický význam nového občanského zákona*. Praha: Orbis, 1951, s. 71.

⁶⁹ „*Nutno [...] zdůraznit, že [...] při výkladu zákona a jeho aplikaci [...] se uplatní třídní hledisko určené právním přesvědčením pracujícího lidu a zřetelem na obecný zájem*.“ Sbirka rozhodnutí československých soudů, 1949, roč. I, s. 327 (redakční poznámka vydavatele sbírky k R 239/1949).

⁷⁰ KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace*. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 43.

⁷¹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 1 Cz 16/60 z 11. 3. 1960 (R 46/1960). Při výkonu práce způsobili zaměstnanci újmu na zdraví třetí osobě z nedbalosti. Ve shodě s tehdy platnou právní úpravou byli žalováni společně se zaměstnavatelem a žalobě bylo vyhověno. Nejvyšší soud vyslovil porušení zákona s argumentem, že „*ustanovení občanského zákoníka nevyhovovala v případě, kdy šlo o to posoudit, jak odpovídá zaměstnanec podniku při výkonu zaměstnání za škodu způsobenou z nedbalosti porušením závazků z pracovního poměru. Nejde tu totiž jen o to, aby byla poskytnuta náležitá ochrana socialistického vlastnictví v zájmu všech pracujících, a to i před zaměstnanci, kteří způsobí škodu podniku porušením povinností z pracovního poměru, nýbrž i o to, aby vzhledem k zvláštnímu vztahu, který mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem v socialistické soustavě je, byla tato ochrana taková, aby náležitým způsobem došla svého výrazu i výchovná stránka zákona*“, a dovedil, že má být aplikována mírnější regulace, byť nabyla účinnosti až později, protože „*připustit, aby třetí osoby mohly uplatňovat proti zaměstnanci nárok na náhradu škody, kterou tento způsobil při výkonu zaměstnání porušením závazku z pracovního poměru, bez zřetele na podmínky a rozsah k náhradě škody, jak jsou stanoveny zákonem č. 71/1958 sb., by ve svých důsledcích mařilo cíle, které zákon sleduje a vedlo by k obcházení tohoto zákona*.“

⁷² Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 4 Tz 9/59 z 10. 4. 1959, kde se jako kritérium intenzity sankce projevila skutečnost, že delinkvent byl „*obchodník textílem, který zaměstnával více cizích pracovních sil, byl příslušníkem buržoazie*“, tedy „*jeho příslušnost k třídě bývalých vykořisťovatelů*“. Vzhledem k tomu soud dovedl, že „*je proto nezbytné zaměřit represii důsledně proti živlům z řad bývalých vykořisťovatelů, kteří jako nositelé buržoasní morálky [...] působí demoralizujícím způsobem na své okolí*.“ Shodou okolností uveřejnil tento časopis v téže době akademické zdůvodnění takového přístupu; srov. KNAPP, Viktor. Zneužití občanských práv ke škodě celku (Poznámky k otázce třídní interpretace a aplikace občanského práva). *Právník*. 1959, roč. XCVIII, s. 297 an.

*zájmy dělnické třídy [...], a že tedy uskutečňování těchto zákonů prospívá celé společnosti“.*⁷³ To vedlo k postupné proměně předchozího interpretačního a aplikačního volnoprávního aktivismu na striktní lpění na slovech zákona a k formalistickému ‚pozitivismu‘ (což vyvrcholilo v posledním dvacetiletí mocenského monopolu KSČ.)⁷⁴ Vít Samek komentoval tento způsob regulace s nostalgií slovy, že „člověk věděl, že tu je zákon, který velmi přesně popisuje, co se smí a co se nesmí. A člověk se jenom v určitých směrech, kde to ten zákon dovolil, mohl odchýlit.“⁷⁵ Naznačená změna paradigmat vedla i k výslovným odkazům na zákaz obcházení zákona. Stalo se tak v zákoníku mezinárodního obchodu (§ 28 zákona č. 101/1963 Sb.), v § 39 obč. z. (zákon č. 40/1964 Sb.), v hospodářském zákoníku (§ 21 a 24 zákona č. 109/1964 Sb.) i v zákoníku práce (§ 242 zákona č. 65/1965 Sb.).⁷⁶ Pokud jde o zdejší civilistickou tradici, představovala výslovná obecná úprava zákazu obcházení zákona spojená se sankcí neplatnosti novinku.⁷⁷ Prosadilo se, můžeme prohlásit s Weyrem, „hledisko teleologické – svět účelů a prostředků – které se zde, jak se ve vědě právní tak často stává, uplatňuje.“⁷⁸ Tento obrat však neměl na rozhodovací praxi větší vliv. Zatímco za účinnosti o. z. z roku 1950 se soudy, pokud jde o rozhodnutí publikovaná v oficiální sbírce, zabývaly problematikou obcházení zákona v osmi případech, za období od nabytí účinnosti obč. z. do konce roku 1989 tomu tak bylo v šesti materiálech (většinou se jednalo o stanoviska Nejvyššího soudu při rozboru rozhodovací praxe nižších soudů a státního notářství); o konkrétní rozhodnutí šlo v jediném případě⁷⁹).

Naznačené judikatorní výstupy ukazují, že si i tzv. socialistické právo našlo cesty, jak obcházení zákona stíhat a sankcionovat,⁸⁰ ať již k tomu mělo oporu ve výslovném ustanovení zákona či nikoli, stejně jako to dokázalo – zpravidla bez zákonné kazuistiky – i právo druhdy u nás označované jako buržoazní. Diference není ani tak v metodě: tam i zde se jako obcházení zákona postihovala snaha atakovat působení kogentních norem. V čem je ale patrný rozdíl, to je celkové právní prostředí, jeho sociální a ekonomické zázemí i úroveň vládnoucí ideologie a míra jejího pronikání do právního života.

3.4 Suplement

Pozorujeme-li evropské státy někdejšího sovětského bloku, vidíme, že některé si udržely občanské zákoníky z éry socialismu (Polsko, Slovensko) a přes četné novelizace v nich výslovnou klauzuli zakazující obcházení zákona zachovaly. Další ji dříve nebo později

⁷³ Usnesení ÚV KSČ k otázkám dalšího upevňování socialistické zákonnosti a zlidovění soudnictví. In: *Další upevňování socialistické zákonnosti a zlidovění soudnictví*. [Praha]: Ústřední výbor KSČ, 1960, s. 33.

⁷⁴ K tomu podrobně KÚHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace*. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 53 an.

⁷⁵ MENSCHIK, Tomáš – CECHL, Pavel. Vítejte v říší chaosu. *Týden*. 16. 12. 2013, s. 26.

⁷⁶ Konstrukce se nakrátko (od 1. 1. 2012 do 31. 1. 2013) objevila rovněž v posléze přijatém novém zákoníku práce (§ 19 zák. č. 262/2006 Sb.).

⁷⁷ Pokud jde o obč. z. uvádí k tomu ZOULÍK, František. In: KRATOCHVÍL, Zdeněk et al. *Nové občanské právo*. Praha: Orbis, 1965, s. 110 an.: „Právní úkon bude odporovat zákonu, jestliže bude v rozporu s některým z kogentních ustanovení zákona. Obcházení zákona naproti tomu znamená, že právní úkon není sice ve výslovném rozporu s ustanovením zákona, ale ve svých důsledcích sleduje, aby nebyl zákon dodržen; tak např. jsou obcházením zákona převody majetku, které provádí ten, kdo se připravuje k trestnému činu [...], aby se vyhnul trestu, jenž by postihoval jeho majetek.“

⁷⁸ WEYR, František. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 194.

⁷⁹ R 6/79 (rozsudek Nejvyššího soudu SSR sp. zn. 1 Cz 42/77 z 27. 4. 1977), podle jehož právní věty je darování rodinného domku patřícího do bezpodílového spoluvlastnictví manželů jedním manželem druhému manželovi zapotřebí posuzovat jako obcházení kogentních ustanovení občanského zákoníku o rozsahu a trvání bezpodílového spoluvlastnictví manželů.

⁸⁰ PETEV, Valentin. *Sozialistischen Zivilrecht*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 2011, s. 157 an.

přenesly do svých nově přijatých kodifikací občanského práva (Rusko, Maďarsko nebo Albánie⁸¹). Najdeme rovněž příklady, kdy se taková úprava v občanském zákoníku nově objevila (Rumunsko⁸²), anebo kdy naopak model dosavadního výslovného zákazu obcházení zákona nově přijatá kodifikace nepřevzala, jak tomu je u nás.

Zvláště v tomto kontextu i s přihlédnutím k jeho historickému vývoji (občanské zákoníky Ruska z roku 1922, Maďarska z roku 1959, Československa a Polska z roku 1964, Albánie z roku 1981) bychom mohli dospět k hypotéze, že se k výslovné generální reprobaci obcházení zákona rády uchýlovaly právní řády států, jejichž politické prostředí a právní myšlení ovlivnila ideologie osvojená komunistickými vládami, přičemž někde byly i do nových civilních kodexů převzaty staré vzory. Lze však mít za to, že by taková úvaha potřebovala hlubší rozbor. Spíše lze soudit, že motivace k takovému řešení byly rozdílné a různorodé, jakkoli je zřejmé, že bylo pro větší počet tzv. socialistických států lákavější než v jiných částech Evropy, byť i tam místy a řidčeji podobná ustanovení nalezneme.

4. Kazuistika

V české i ve slovenské právní kultuře mají na posuzování otázek spojených s obcházením zákona při rozhodování jednotlivých právních případů podstatný vliv právní názory vyjádřené v rozhodnutích ústavních soudů. Podívejme se tedy, jaká paradigmatata postavila judikatura ústavních soudů Česka nebo Slovenska.

4.1 Česká republika

Z rozhodovací praxe českého Ústavního soudu se sluší poukázat zvláště na nálezný sp. zn. II. ÚS 119/01 z 1. 4. 2003. Ústavní soud posuzoval kupní smlouvu uzavřenou v září 1995 a tvořící dílčí prvek ve smluvním systému (utvářeném také smlouvami o půjčce a o zřízení zástavního práva), jehož účelem bylo zajistit věřiteli nabytí vlastnického práva k zastaveným nemovitostem v případě, že dlužník neuhradí zajištěný dluh. Ze skutkového děje bylo zřejmé, že šlo o smluvní zřízení propadné zástavy kryté kupní smlouvou (kupní cena byla ujednána ve výši zapůjčené sumy zvýšené o úrok). Občanský zákoník však v rozhodné době ujednání o propadné zástavě (*pactum commissorium*) výslovně nezakazoval.⁸³ Ústavní soud přesto dospěl k závěru, že si strany i za této situace ujednaly takový způsob realizace zástavního práva, který kogentní zákonná úprava nedovolila, neboť zákonodárce

⁸¹ Albánský *Kodi Civil* z roku 1994 stanoví v čl. 106 al. 1 o neplatnosti právních jednání: „Kur veprimi juridik është e pavlefshëm për arsye se vjen në kundërshtim me ligjin, ose është bërë me qëllim mashtrimi të ligjit, çdo gjë që palët i kanë dhënë njëra-tjetrës merret dhe kalon në të ardhurat e shtetit dhe kur nuk është e mundur të merret po ajo gjë, kërkohet vlefëta e saj“. Ze srozumitelnějšího anglického překladu („When a legal transaction is invalid for the reason that it comes into conflict with the law, or is intended to defraud the law, anything that the parties have given to each other is taken and shall be passed to the state revenue and where it is not possible to take the same thing, it is required its value.“) je zřejmé, že i zde se důvod neplatnosti opírá o bipartici rozporu se zákonem a obcházení zákona.

⁸² Rumunský *Codul civil* z roku 2009 v čl. 1237, reprobuje kauzu smlouvy – a tedy i smlouvu samotnou – v případě, že smlouva sleduje obcházení kogentní zákonné normy („Cauza este ilicită și atunci când contractul este doar mijlocul pentru a eluda aplicarea unei norme legale imperative.“).

⁸³ Analýza, nakolik lze z normativní věty tehdy platného § 151f odst. 1 obč. z. („Není-li zajištěná pohledávka řádně a včas splněna, může se zástavní věřitel domáhat uspokojení ze zástavy, a to i tehdy, když zajištěná pohledávka je promlčena.“) dovodit zákaz propadné zástavy, by byla na jiné pojednání. Leckoho by mohlo napadnout, zdali se do slov zákona interpretací nevsunul obsah, který tam nebyl, pod vlivem představy, že propadná zástava je zakázaná *a priori* – protože tomu tak bylo dříve a protože ji i mnohé zahraniční právní řády zakazují. Na toto pole se nemíním vydávat, neboť v této stati jde o metodologické působení citovaného nálezu.

předpokládal, že se zástavní věřitel bude moci uspokojit výlučně z výtěžku dosaženého při soudním prodeji zástavy.⁸⁴ Rozhodnutí samo o sobě nebylo v českém právním prostředí nijak převratné. Ústavní soud co do meritorního výsledku navázal na judikaturu obecných soudů.⁸⁵ Mimo to nešlo o první rozhodnutí, v němž se tento soud problematice obcházení zákona věnoval.⁸⁶ Význam však mělo, že v nálezů soud formuloval tato východiska a metodologická hlediska, která můžeme zobecnit takto:

- 1) Obcházení zákona spočívá ve vyloučení závazného pravidla záměrným použitím prostředku, který sám o sobě není zákonem zakázaný.
- 2) Jednání *in fraudem legis* představuje postup, kdy se někdo chová podle práva, ale tak, aby záměrně dosáhl výsledku právní normou nepředvídaného a nežádoucího.
- 3) Třebaže uzavření smlouvy určitého typu samo o sobě zákonu neodporuje, je nutné ji posoudit v kontextu ostatních souběžně uzavřených smluvních ujednání. Vyplyvá-li z nich, že smlouva sleduje účel zakázaný kogentní úpravou, pak ji obchází.
- 4) Výsledkem je absolutní neplatnost smlouvy obcházející zákon.

Česká judikatura s nálezem sp. zn. II. ÚS 119/01 dále pracovala. Dohledal jsem přes šedesát rozhodnutí, která na tento nálezh výslovně odkazují, a řadu dalších, která citují myšlenky tam vyjádřené bez uvedení zdroje, popřípadě odkazují na jiné judikáty, kam byly zapracovány právní věty citovaného nálezů. Tyto reflexe se významně odrážejí ve výstupu rozhodovací praxe týkající se zákazu propadných zástav a snah tento zákaz obejít.

Avšak pokud jde o nálezh sp. zn. II. ÚS 119/01, neovlivnil přirozeně jen právní případy vztahující se k propadným zástavám (jakkoli těchto je celá řada). Obecně formulovaná právní východiska nálezů ovlivnila judikatorní kazuistiku co do povahy velmi různorodou, zasahující do rozličných oblastí práva. Obecné soudy i Ústavní soud sám z tohoto podkladu argumentačně těžily při řešení právních případů velmi různorodých. Jedná se například o rozhodnutí, která se vztahují například k právu bankovnímu,⁸⁷ insolvenčnímu,⁸⁸

⁸⁴ Srov. JEHLIČKA, Oldřich. In: JEHLIČKA, Oldřich – ŠVESTKA, Jiří et al. *Občanský zákoník. Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 241 (srov. § 335 an. o. s. ř. v tehdy platném znění). Až tři roky po uzavření předmětných smluv stanovila novela obč. z. (zák. č. 165/1998 Sb.) v § 151f odst. 1 obč. z., že „může zástavní věřitel u soudu navrhnout prodej zástavy“.

⁸⁵ Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 2204/99 z 5. 9. 2000 s právní větou: „Kupní smlouva, která byla uzavřena za účelem, aby pohledávka kupujícího zástavního věřitele byla uspokojena tím, že na něj přejde vlastnictví prodávajícího zástavního dlužníka k zástavě, je neplatným právním úkonem podle § 39 obč. zák.“ Takové ve Slovenské republice zaujaly soudy obdobné stanovisko. Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu SR sp. zn. 2 MCdo 2/2006 z 1. 11. 2009; právní věta: „Dohoda, ktorej skutočným zmyslom je – bez ohľadu na jej skutočné označenie – dojednanie tzv. prepadnej zálohy (uspokojenie pohľadávky záložného veriteľa tým, že mu pripadne záloh do vlastníctva), je v rozpore s účelom záložného práva takže také zmluva je pre rozpor s účelom zákona neplatná podľa ustanovenia § 39 Občianskeho zákonníka.“

⁸⁶ Srov. např. nálehy sp. zn. II. ÚS 42/94 z 22. 2. 1995 nebo Pl. ÚS 15/01 z 31. 10. 2001 z 31. 10. 2001 („Jednalo by se tedy o obcházení zákona, o využití stavu, který byl navozen protiprávním jednáním [...]“).

⁸⁷ Např. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 31 Cdo 3617/2012 z 20. 5. 2015: „Ujednání mezi investiční společností a bankou, podle něhož může být závazek investiční společnosti ze smlouvy o úvěru, uzavřené mezi bankou (jakožto věřitelem) a investiční společností (jakožto dlužníkem), uhrazen z prostředků náležejících do podílových fondů obhospodařovaných investiční společností, aniž by úvěr byl investiční společnosti poskytnut na krytí nákladů činností spojených s nakládáním s majetkem v podílovém fondu, je neplatné i podle zákona č. 248/1992 Sb., o investičních společnostech a investičních fondech, ve znění účinném do 30. června 1996, a to pro obcházení § 14 odst. 4 citovaného zákona. Přijme-li banka na základě takového ujednání plnění z majetku náležejícího do podílových fondů na úhradu závazku investiční společnosti ze smlouvy o úvěru, získává bezdůvodně obohacení na úkor majetku v podílových fondech, které je povinna vydat (§ 451 zákona č. 40/1964 Sb., obč. zák.). Závazek investiční společnosti ze smlouvy o úvěru takovým plněním nezaniká.“

⁸⁸ Např. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 29 I Cdo 77/2014 z 22. 12. 2016: „Pro závěr, zda nabytím majetku není obcházen zákonný zákaz (omezení) při nabytí majetku z majetkové podstaty, není podstatné jen to, v jakém postavení vůči členu věřitelského výboru je osoba, která nabyvá majetek z majetkové podstaty, ale zda jednání této osoby a dotčeného členu věřitelského výboru nesměřuje k tomu, aby prostřednictvím této osoby v konečném důsledku majetek z majetkové podstaty nabyli člen věřitelského výboru, aniž by před uzavřením smlouvy o nabytí majetku požádal o vyslovení souhlasu s takovým nabytím majetku schůzi věřitelů.“

cizineckému,⁸⁹ poplatkovému,⁹⁰ daňovému⁹¹ nebo restitučnímu⁹² a k některým dalším právními disciplínám. Jak ještě uvidíme, zmíněný nálezn argumentačně nejednou využily také soudy ve Slovenské republice.

Otázkou přirozeně je, jak posoudit, zda v konkrétním případě šlo o „vyloučení závazného pravidla“ a zda straně šlo o dosažení „výsledku právní normou nepředvídaného a nežádoucího“ ve smyslu nálezu sp. zn. II. ÚS 119/01. Zdá se, že obecné soudy občas přistupovaly k výkladu ve prospěch pozitivního závěru poněkud přepjatě. Ústavní soud dostal po delší době příležitost se – opět v souvislosti s problematikou propadné zástavy⁹³ – k této problematice blíže vyjádřit na základě ústavní stížnosti směřující mimo jiné a především proti rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 3765/2012-503 z 27. 2. 2013⁹⁴ a usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 2769/2013-594 z 25. 9. 2013. Stalo se tak nálezem sp. zn. II. ÚS 3646/13 – 2 z 3. 1. 2017.⁹⁵

Šlo o posouzení skutkového stavu, kdy manželé jako podnikatelé (provozovatelé penzionu) získali od banky úvěr zajištěný zástavním právem k jejich nemovitostem. V rozhodné době úvěrová pohledávka již dospěla. Bance vzniklo právo zástavní právo realizovat. Banka také měla v úmyslu k tomu přistoupit. Tehdy obchodní společnost na základě ujednání se zástavci v rámcové dohodě a ve srozumění s nimi nabyla od banky úvěrovou pohledávku včetně zajištění. Poté uzavřela s manžely kupní smlouvu, kterou jí tito převedli vlastnické právo k jedné ze dvou zastavených nemovitostí za cenu rovnající se nabyté pohledávce. Pohledávka kupujících na zaplacení kupní ceny byla vyrovnána započte-

⁸⁹ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 71/2010 – 112 z 9. 11. 2011 (k obcházení zákona účelovým uznáním otcovství).

⁹⁰ Z většího počtu judikátů lze poukázat např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 105/2011 – 44 z 20. 9. 2011, kde se v odůvodnění uvádí: „Zásada zákazu zneužití práva se obecně neuplatní v případech, kdy dochází k využití úlevy od soudního poplatku, tj. k využití výjimky z jinak stanovené povinnosti úhrady tohoto poplatku jakožto jedné z podmínek pro vydání soudního rozhodnutí, a kdy jsou za tímto účelem soudy podávány žádosti a relevantní podklady k těmto žádostem, aby mohlo být v případě naplnění zákonem stanovených podmínek o této úlevě rozhodnuto. Na druhou stranu však zásada zákazu zneužití práva brání takovému uplatňování práva, z něhož je zřejmý jeho šikanózní charakter, resp. zjevná svévolnost či účelovost, kdy jednání účastníka řízení již není vedeno snahou o meritorní řešení věci, nýbrž vedením sporu jako takového.“

⁹¹ Např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 4143/2014 ze 17. 12. 2014: „Dohoda stran o kupní ceně je esenciální náležitostí kupní smlouvy, jež musí mít, v případě, že se jedná o nemovitost, v souladu s § 46 odst. 1 obč. zák. písemnou formu, jejíž nedodržení sankcionuje občanský zákoník (§ 40 odst. 1 obč. zák.) absolutní neplatností. Ústní ujednání o tom, co strany kupní smlouvy pokládají za kupní cenu nemovitosti (i jak bude tato mezi nimi vypořádána), jež neodpovídá ceně uvedené v následně sepsané kupní smlouvě, by mohlo směřovat k obcházení daňových předpisů (§ 10 zákona č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, v rozhodném znění), což by mohlo být důvodem neplatnosti právního úkonu dle § 39 obč. zák. Tím spíše pak absolutní neplatností je postižen právní úkon, který byl uzavřen z důvodu, aby v jeho důsledku došlo k obejití příslušného daňového předpisu při plnění daňové povinnosti.“

⁹² Nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 319/05 z 24. 4. 2006: „[...] uzavření kupní smlouvy samo o sobě zákonem neodporovalo. Převodem nemovitosti však žalovaný fakticky zabránil soudu rozhodnout o převodu vlastnického práva dle § 22 odst. 8 zákona o půdě, neboť nový vlastník nemovitosti postrádá ve věci pasivní legitimaci. Žalobce zneužil svého vlastnického práva k negaci institutu převodu vlastnického práva zakotveného v § 22 odst. 8 zákona o půdě, čímž bylo stěžovatelům znemožněno úspěšně uplatnit u soudu zákonem zaručené právo.“

⁹³ Judikatura k propadným zástavám se vyvinula dosti bohatě (přehled zásadních judikátů uvádějí např. KRÁLÍK, Michal – MIKEŠ, Jiří. In: ŠVESTKA, Jiří – SPÁČIL, Jiří – ŠKÁROVÁ, Marta – HULMÁK, Milan et al. *Občanský zákoník. I. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1157 an. Analytický text k tomu VYMAZAL, Lukáš. *Zástavní právo*. Praha: Linde, 2012, s. 239 an. Rozbor rozhodovací praxe vzniklé na podkladě obč. z. z hlediska její další použitelnosti vzhledem k nové úpravě uvádějí BEZOUSKA, Petr – HULMÁK, Milan – PSUTKA, Jindřich – DOLEŽAL, Tomáš. *Soudní judikatura ve světle nového občanského zákoníku*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 341 an.

⁹⁴ Právní věta: „Smlouva, jejímž skutečným smyslem je sjednání tzv. propadné zástavy (uspokojení pohledávky zástavního věřitele tím, že mu případně zástava do vlastnictví), je v rozporu s účelem zástavního práva tak, jak jej stanoví zákon, a tedy pro rozpor s účelem zákona neplatná podle § 39 obč. zák. Neplatná je také kupní smlouva, která byla uzavřena za tím účelem, aby pohledávka kupujících zástavního věřitele byla uspokojena tím, že na něj přejde vlastnictví prodávajícího zástavního dlužníka, příp. majitele zástavy, k zástavě.“

⁹⁵ Srov. rovněž nálezn sp. zn. I. ÚS 34/17 – 1 z 25. 7. 2017.

ním. Strany v kupní smlouvě ujednaly pro prodávající právo zpětné koupě nemovitosti za kupní cenu zvýšenou o desetiprocentní roční úrok. Obecné soudy – pod vlivem výrazných zásahů Nejvyššího soudu – uzavřely, že skutečný cíl transakce byl v ujednání propadné zástavy, a že je tudíž kupní smlouva stížena absolutní neplatností. Ústavní soud rozhodnutí zrušil s odkazem na čl. 2 odst. 3, 36 odst. 1 a 38 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Poukázal na mechanický přístup Nejvyššího soudu, který účel zákonného zákazu propadné zástavy nezkoumal v kontextu individuálního právního případu.⁹⁶ Význam nálezu není ani tak v samotném právním názoru, že se zástavní dlužník může po splatnosti dluhu z něho vyvázat převodem vlastnického práva k zástavě na zástavního věřitele – tedy že takové ujednání není zakázané *pactum commissorium*, ale přípustné dání na místo placení (*datio in solutum*). V tomto smyslu otevřel takovému právnímu názoru dveře už Nejvyšší soud sám v rozhodnutích sp. zn. 29 Odo 928/2003 z 27. 1. 2005⁹⁷ a 29 Odo 728/2003 z 22. 2. 2006.⁹⁸ Nález v těchto směrech spíše precizoval právní argumentaci a názorně ukázal, jak má být právní případ posouzen při zohlednění jeho specifických rysů. Přínos nálezu je i v tom, že se při zjevně rozličných názorových přístupech dvou senátů Nejvyššího soudu přiklonil na stranu toho, který lépe pochopil funkci práva a udržel si odstup od dogmatického formalismu. Z tohoto hlediska je podstatná myšlenka sub 30. odůvodnění nálezu, že zákonný „*zákaz nelze používat bez dalšího tak, že na jeho základě soudní moc může (musí) konstatovat neplatnost každého právního jednání, jež – navíc velmi vzdáleně – vyvolává (byť i klamný) dojem, že tento zákaz obchází.*“⁹⁹

4.2 Slovenská republika

Také ve Slovenské republice ovlivnil Ústavní soud přístup ke zkoumané problematice. Větu z nálezu sp. zn. Pl. ÚS 16/1995 z 24. 5. 1995 vyjádřenou slovy: „*O obchádzanie zákona ide vtedy, ak je právnym úkonom dohodnuté niečo, čo síce nie je so zákonom v priamom rozpore, avšak svojimi dôsledkami sleduje cieľ, aby zákon nebol dodržaný*“, jakkoli byla vynesena mimo meritorní rovinu nálezu,¹⁰⁰ citují obecné soudy velmi často.¹⁰¹ Není od věci uvést,

⁹⁶ Zde šlo konkrétně o to, že se zástavní dlužníci zbavili rizika, že pozbydou vlastnického práva k oběma zastaveným nemovitostem, že oni sami, vědomi si takového rizika, sami celou transakci iniciovali, že její provedení vyvolalo ten efekt, že mohli ve své podnikatelské činnosti pokračovat s právně garantovanou možností prodanou nemovitost získat znovu do svého vlastnictví uplatněním práva zpětné koupě a že platnost kupní smlouvy napadli až po dvou letech, kdy jim muselo být zřejmé, že na zpětnou koupi nebudou mít potřebné finance.

⁹⁷ Právní věta: „*Kupní smlouva, která byla uzavřena za účelem, aby pohledávka kupujícího zástavního věřitele byla uspokojena tím, že na něj přejde vlastnictví prodávajícího zástavního dlužníka k zástavě (tzv. propadná zástava), je neplatným právním úkonem podle § 39 obč. zák. Tím není dotčeno právo zástavního věřitele, který má za osobním dlužníkem neuhrazenou pohledávku po lhůtě splatnosti, dohodnout se se zástavním věřitelem, že na něj převede vlastnické právo k zástavě a že dohodnutá kupní cena nebo (podle výše pohledávky zajištěné zástavním právem) její část bude použita (započtena) jako plnění zástavního dlužníka z titulu jeho závazku uspokojit dluh osobního dlužníka z výtěžku zpeněžení zástavy.*“

⁹⁸ Srov. partii v odůvodnění: „*[...] tam, kde zástavní věřitel má za osobním dlužníkem neuhrazenou pohledávku po lhůtě splatnosti, vskutku není vyloučeno ani to, aby se zástavní dlužník povinný splnit svůj závazek ze zástavního práva dohodl se zástavním věřitelem, že na něj převede vlastnické právo k zástavě a že dohodnutá kupní cena či (dle výše pohledávky zajištěné zástavním právem) její část bude použita (započtena) jako plnění zástavního dlužníka z titulu osobního dlužníka z výtěžku zpeněžení zástavy. Takovému postupu úvahy, jež se pojí k institutu ‚propadné zástavy‘, nebrání.*“

⁹⁹ Právní věta nálezu: „*Moc soudní je povolána k ochraně práv vlastníků, která by byla uplatněním tzv. propadné zástavy (pactum commissorium) citelně zasažena, to však nevyvazuje obecné soudy z povinnosti zvážit v každém individuálním případě účel jejího zákazu; musejí proto při poskytování ochrany vlastnického práva podle čl. 11 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, negativně dotčeného porušením zákazu tzv. propadné zástavy, současně brát zřetel na princip autonomie vůle subjektů soukromého práva (a podnikatelských subjektů zvlášť), vyjádřený v čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod a v čl. 2 odst. 4 Ústavy České republiky, a dávat mu – dovolují-li to okolnosti případu – přednost před výkladem, který vede k závěru o neplatnosti daného právního jednání.*“

že se později slovenský Ústavní soud inspiroval i českým nálezem sp. zn. II. ÚS 119/01 a v některých jeho rozhodnutích byl citačně využit.¹⁰²

Jeden z typických případů, kdy se slovenská justice zabývala otázkou obcházení zákona, představuje právní věc uzavřená nálezem sp. zn. III. ÚS 314/07-35 z 16. 12. 2008. Společnost s ručením omezeným uzavřela v roce 1998 se státním podnikem s monopolním postavením na slovenském trhu smlouvu o reklamě navazující na smlouvu o spolupráci mezi touto společností s r. o. a fotbalovým klubem. Na tomto základě měla být společností poskytována státnímu podniku po dobu pěti let reklama za roční odměnu 55 mil. Sk (z toho příjmu měl profitovat především fotbalový klub). Po několika měsících byla smlouva doplněna dodatkem, kterým se státní podnik zavázal zaplatit poskytovateli reklamy zálohově 300 mil. Sk, tedy finanční částku odpovídající pěti letům činnosti podle smlouvy. Poté, co byla ujednaná částka vyplacena, se plátce rozhodl sumu požadovat zpět s odkazem na absolutní neplatnost smlouvy. Pro obecné soudy i Ústavní soud bylo podstatné zjištění, že „reklama na základe spornej zmluvy bola vykonávaná formou zverejňovania loga“ (což samo o sobě pro subjekt s monopolním postavením na trhu nemohlo mít „žiadnen reálny hospodársky význam“) v relácii k objemu zálohové platby. Významné bylo i to, že k uzavření dodatku ke smlouvě a k platbě zálohy 300 mil. Sk došlo v souvislosti s investičním záměrem rekonstrukce stadionu fotbalového klubu. Soudy tedy dospěly k závěru, že strany úplatnou smlouvou zastřely smlouvu bezúplatnou, že podstatou transakce byl peněžitý dar fotbalovému klubu, tudíž že šlo o obcházení zákona v § 8 odst. 2 zákona č. 111/1992 Sb., o štátnom podniku, kde se stanoví, že: „Podnik môže zo zisku po zdanení poskytnúť dary len obciam, štátnym podnikom, štátnym rozpočtovým a štátnym príspevkovým organizáciám.“

Také nález sp. zn. III. ÚS 314/07-35 našel odezvu v judikatuře obecných soudů a na jeho závěry je odkazováno ve dvou desítkách rozhodnutí. Mezi případy, které byly posouzeny jako *fraus legis facta*, vystupují v rozhodovací praxi slovenských okresních a krajských soudů poměrně výrazně ty, jež váží na zákonnou úpravu ochrany spotřebitelů.¹⁰³ Vyskytují se také případy, kdy spoluvlastníci vyhledávali cestu, jak obejít zákonné předkupní právo spoluvlastníků (§ 140 O. z.)¹⁰⁴ apod. V judikatuře Nejvyššího soudu SR najdeme mezi typickými případy obcházení zákona rovněž rozhodnutí odmítající ujednání sledující obcházení zákazu propadné zástavy (§ 151j odst. 3 O. z.),¹⁰⁵ např. rozsudek sp. zn. 4 Cdo 33/2005 z 28. 4. 2005 (R 20/2006) s právní větou: „Dojednatie darovacej zmluvy za účelom, aby pohľadávka záložného veriteľa (obdarovaného) bola uspokojená tak, že na neho prejde vlastnícke právo k zálohu, predstavuje dojednatie spôsobu realizácie záložného práva, ktorý nie je zákonom dovolený, a dopadá preto na neho ustanovenie § 39 Občianskeho zákonníka.“

¹⁰⁰ Rozhodnutí se věcně týká vyslovení protiústavnosti zákona č. 370/1994 Z. z., kterým Slovenská národní rada zrušila rozhodnutí vlády Slovenské republiky o privatizaci podniků, části majetku podniků a majetkových účastí státu přímým prodejem. Větou o obcházení zákona Ústavní soud SR poukázal na jednu ze situací, kdy je v soudní pravomoci konstatovat neplatnost právního úkonu podle § 39 o. z.

¹⁰¹ Na <<https://obcan.justice.sk/infosud>> lze dohledat na 586 rozhodnutí obecných soudů (17. 4. 2018), v nichž je uvedená věta citována.

¹⁰² Např. větu: „Konanie in fraudem legis predstavuje postup, keď sa niekto chová formálne podľa práva, ale tak, aby zámerne dosiahol výsledok právnou normou zakázaný alebo nepredvídaný a nežiaduci.“ najdeme např. v nálezu sp. zn. III. ÚS 314/07 z 16. 12. 2008 nebo v usnesení sp. zn. IV. ÚS 66/2011 z 3. 3. 2011, ale také v 36 rozhodnutích obecných soudů [dostupné z: <<https://obcan.justice.sk/infosud>> (17. 4. 2018)].

¹⁰³ Ostatně již výše bylo poukázáno, že v této oblasti se v moderních právních řádech států EU vyskytují tendence k obcházení zákonné ochrany spotřebitelů relativně často (MÖSLEIN, Florian. *Dispositives Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, s. 197 an.).

¹⁰⁴ V ČR srov. § 1124 o. z.

¹⁰⁵ V ČR srov. § 1315 odst. 2 o. z.

5. Dogmatika

Viděli jsme, že různé normativní regulace, včetně kodifikací obecného občanského práva, volí různé přístupy k problematice obcházení zákona. Jak vyplývá z dílčího rozboru evropských úprav, nejčastěji se vyskytuje řešení, kdy zákaz obcházení zákona sice není v obecné rovině upraven (a je zahrnut pod kategorii rozporu se zákonem), ale je obsažen v některých speciálních úpravách, typicky při regulaci mezinárodního práva soukromého, ale často také v zákonných úpravách veřejnoprávní povahy.¹⁰⁶ To je mimo jiné také pojetí, ke kterému dospěl český právní řád. Relativně často se ale setkáváme i s koncepcí, kdy je zákaz obcházení zákona upraven v občanském zákoníku jako obecný paralelně k rozporu se zákonem a kromě toho také ještě ve speciálních skutkových podstatách zvláštních zákonných úprav.¹⁰⁷ Příkladem takového přístupu je slovenský právní řád. Vedle toho najdeme i některé mutace: např. obecný zákaz obcházení zákona není zahrnut mezi ustanovení o právních jednáních (úkoncích), ale obsažen je v generální úpravě smluv, jak se stalo např. v Itálii, Maďarsku nebo v Rumunsku; patrně proto, že „*obchádzanie zákona sa týka predovšetkým zmlúv*“,¹⁰⁸ jak je ostatně patrné i z právních případů rozhodovaných v českých zemích i na Slovensku.

Tento stav navozuje několik otázek.

5.1 Porušení zákona

Především jde o to, zda porušení zákona a obcházení zákona představují různé (rovnocenné) právní kategorie, anebo zda první zahrnuje i druhou. Myslím, že odpověď na tuto otázku byla už výše naznačena. Mám za to, že je namístě přijmout závěry, jež ve zdejší literatuře nejpodrobněji a nejpřesvědčivěji vyargumentoval Melzer.¹⁰⁹

Akceptujeme-li stanovisko, že normativní obsah právních pravidel nezjistíme jen z jejich písmen, ale zjištěním jejich smyslu a účelu, pak zákon porušuje všechno, co proti tomu směřuje: srov. parémii „*quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne per quod devenitur ad illud*“.¹¹⁰ Z tohoto hlediska je lhostejné, porušuje-li se zákon přímo, nebo oklikou, k rozporu se zákonem dojde v obou případech.

¹⁰⁶ V ČR to je např. zák. č. 21/1992 Sb., o bankách (§ 26h odst. 2) nebo zák. č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech (§ 27f odst. 1), kde shodně zvolená formulace „*porušení nebo obcházení tohoto zákona*“ jako by naznačovala dvě paralelní skutkové podstaty a zastírá, že obcházení zákona je toliko dílčím projevem jeho porušení. Naproti tomu se jeví jako funkční speciální úpravy namířené na specifické a konkrétní situace. Tak např. zák. č. 377/2005 Sb., o finančních konglomerátech, míří zvláštním ustanovením § 8 odst. 2 písm. a) na osoby, „*které přemístily svoje sídlo z členského státu do třetího státu se záměrem obcházení regulatorních požadavků pro jejich činnost nebo požadavků doplňkového dohledu platných na území Evropské unie*“, a zák. č. 134/216 Sb., o zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 210 odst. 1, že „*volba zadávání jedné zakázky nesmí být učiněna za účelem obcházení tohoto zákona*.“

¹⁰⁷ Tak v SR např. zák. č. 566/2001 Z. z. o cenných papírech (§ 135c odst. 7), zák. č. 527/2002 Z. z. o dobrovolných dražbách (§ 33j odst. 1 a 2), zák. č. 492/2009 Z. z. o platobních službách (§ 78 odst. 2 a 10, § 86 odst. 2 a 19), zák. č. 650/2004 Z. z. o doplnkovom dôchodkovom sporení (§ 37 odst. 5, 53 odst. 5, 71 odst. 1, 87 odst. 6), zák. č. 659/2007 Z. z. o zavedení meny euro v Slovenskej republike (§ 17f odst. 1, 20 odst. 1 a 2), zák. č. 563/2009 Z. z. – *Daňový poriadok* [§ 3 odst. 6, § 19a, § 53b odst. 3 písm. b)], zák. č. 203/2011 Z. z. o kolektívnom investovaní [§ 33 odst. 11 písm. b) a odst. 16 písm. r), § 159a odst. 1 písm. j)], zák. č. 280/2017 Z. z. o poskytovaní podpory a dotácie v pôdohospodárstve a rozvoji vidieka (§ 38) a některé další.

¹⁰⁸ FEKETE, Imrich. *Občiansky zákoník. Veľký komentár. I. Všeobecná časť*. Bratislava: Eurokodex, 2014, s. 357.

¹⁰⁹ MELZER, Filip. In: MELZER, Filip – TĚGL, Petr et al. *Občanský zákoník. Veľký komentár. III*. Praha: Leges, 2014, s. 528 an.

¹¹⁰ Tedy: je-li něco zakázáno, je zakázáno vše, co proti zakazu směřuje. Srov. anonymní *Letters of Junius. II*. London: Woodfall, 1772 [dostupné z: <https://en.wikisource.org/wiki/Letters_of_Junius/Letter_LXVIII> (7. 7. 2018)], kde byla tato zásada formulována poprvé.

5.2 Zneužití práva

„Oklikou“ není zákon porušován jen jeho obcházením. Zákon je stejným způsobem porušován i při zneužití práva. Také v této souvislosti se klade otázka, jaký je vztah mezi oběma pojmy: zda jsou odlišné, zda jde o synonymická označení téhož různými denotáty, anebo zda jeden z pojmů označuje obecnou kategorii a druhý její segment. Nejde o otázku, která by byla otevírána jen u nás,¹¹¹ byť se zdá, že není ve středu pozornosti.

Argumenty, že zneužití práva a obcházení zákona odpovídají dvěma různým skutkovým podstatám, se ve zdejší literatuře uvádějí dva.

První je systematický; vychází z uspořádání právních zásad vypracovaného Hurdíkem.¹¹² Podle tohoto systému je zákaz zneužití derivátem ekvity (vyvažování), reprezentující jednu z vnějších (mimoprávních, humánních) zásad soukromého práva, zatímco zákaz obcházení zákona se odvozuje ze zásady účelnosti jako jedné z vnitřních zásad soukromého práva.¹¹³

Druhý argument uvádějí v podstatně shodně Pulkrábek a Tichý. Pulkrábek poukazuje na povahu konfliktu s objektivním právem: v prvním případě se delinkvent dovolává určité právní normy s cílem porušit účel jiné právní normy, zatímco v druhém případě se dovolává právě té právní normy, proti jejímuž účelu jedná.¹¹⁴ Rovněž Tichý argumentuje ve vazbě na obcházení zákona, že jeho skutková podstata „*předpokládá dvě právní normy: obcházenou normu a normu, na základě níž je první norma obcházena a která má dotčené jednání legitimizovat. [...] Obcházení zákona se odlišuje od zneužití práva tím, že v případě obcházení relevantní subjektivní právo neexistuje, zatímco v případě zneužití je takové subjektivní právo vykonáváno nad rámec svého obsahu.*“¹¹⁵ Uvažujeme-li nad těmito argumenty, možná nás napadne již nad učebnicovými příklady i něco jiného.

Nejen v naší literatuře se za typický příklad obcházení zákona uvádí snaha vyhnout se zákazu propadné zástavy cestou kupní či jiné smlouvy.¹¹⁶ Že se v takových případech, zjednodušeně vyjádřeno, delinkvent dovolává jedné normy, aby vyloučil působení jiné, je jasné. Ale stejně tak můžeme tvrdit, že relevantní subjektivní právo (právo uzavřít kupní smlouvu) existuje, leč že je v konkrétním případě koupě zastavené věci zástavním věřitelem vykonáváno nad rámec jeho obsahu. S učebnicovým příkladem zneužití práva – jako je případ česače vlny zpívajícího na jeho vlastním pozemku jen proto, aby rušil v práci svého souseda advokáta¹¹⁷ – můžeme jistě spojit závěr o výkonu subjektivního práva nad

¹¹¹ VRONSKAJA, Maria Vladimirovna. *Obchod zakona' v graždanskom prave: Forma zloupotreblenia pravom ili samostajatel'naja juridičeskaja konstrukcija?* Dostupné z: <<https://cyberleninka.ru/article/n/obhod-zakona-v-grazhdanskom-prave-forma-zloupotrebleniya-pravom-ili-samostoyatel'naya-yuridicheskaya-konstruktsiya>> (5. 7. 2018).

¹¹² Jde o problematiku, které se tento autor věnuje dlouhodobě; srov. např. HURDÍK, Jan. K systému zásad soukromého práva. In: LAZAR, Ján – BLAHO, Peter (eds). *Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe*. Bratislava: Iura Edition, 1907, s. 73 an.

¹¹³ HURDÍK, Jan – LAVICKÝ, Petr. *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 78 an.; HURDÍK, Jan et al. *Občanské právo hmotné*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 70. Žádné z uvedených děl však nezdůvodňuje, proč právě toto uspořádání, a tak řazení zákazu zneužití práva a zákazu obcházení zákona vyznívá poněkud arbitrárně. Nedá příliš práce zamyslet se nad argumenty ve prospěch jiné systemizace.

¹¹⁴ „[Z]ákon obchází ten, kdo porušuje jeho zákaz [...], avšak své jednání kryje normou, která, sama o sobě jeho jednání umožňuje“, tedy „tuto normu zneužívá k porušení jiné normy. [...] V případě zákazu zneužití jde také o normový konflikt, ale jiných norem – normy poskytující subjektivní právo a normy zakazující jeho zneužití.“ PULKRÁBEK, Zdeněk. In: MELZER, Filip – TĚGL, Petr et al. *Občanský zákoník. Velký komentář. I*. Praha: Leges, 2013, s. 164 an.

¹¹⁵ TICHÝ, Luboš. In: TICHÝ, Luboš – MASLOWSKI, Solange – TROUP, Tomáš (eds). *Zneužití práva*. Praha: Univerzita Karlova, 2016, s. 41.

¹¹⁶ Např. BYDLINSKI, Peter. *Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis*. 5. vydání. Wien: Manz, 2002, s. 144.

¹¹⁷ KANDA, Antonín. K problematice zákazu zneužívání subjektivních práv. *Právník*. 1970, roč. CIX, s. 765.

rámec jeho obsahu. Ale stejně tak lze uvažovat, že se delinkvent dovolává právního pravidla, podle něhož vlastník může nakládat se svou věcí libovolně, aby vyloučil právní normu zakazující mu nad míru přiměřenou místním poměrům obtěžovat souseda. Mimo to ve skutečném životě nenarážíme toliko na učebnicové případy, ale setkáváme se také se situacemi hybridní povahy, jež se z jednoduchých pouček vymykají. Ať tak či onak, lze snad uzavřít, že v každém z těchto případů, ať již jej zařadíme pod jednu nebo druhou kategorii, najdeme společný znak: pomínutí obsahu právní normy formalistickým poukazem na její slova v úsilí popřít její smysl (účel) a vyloučit právní sankci stíhající protiprávnost. Řekl bych, že to je významnější než snaha minuciézně preparovat dílčí rozdíly, typická zvláště pro německou právovědu – snad lze tvrdit, že to je sice dobré cvičení teoretické a akademické, ale poněkud se vzdalující od praxe.

Praxe – a nejen zdejší – vychází ze široké koncepce zneužití práva, vůči němuž se obcházení zákona neutváří jako samostatná a rovnocenná právníká kategorie. Tichý poukazuje na větší počet rozhodnutí Soudního dvora EU, v nichž je obcházení zákona chápáno jako dílčí projev zneužití práva.¹¹⁸ Ostatně i české soudy uvažují obdobně,¹¹⁹ nehledě k tomu, že s podobnými přístupy se setkáváme i v odborné literatuře pokládající obcházení zákona za podmnožinu zneužití práva.¹²⁰ Že v daném ohledu nenajdeme jednotný, ba ani převažující názor, je pochopitelné vzhledem k různosti přístupů k zneužití práva nejen v jednotlivých jurisdikcích, ale v rámci příslušných právních řádů u jednotlivých autorů.¹²¹ Vzhledem k tomu soudím, že dává rozumný smysl přijmout širší pojetí zneužití práva,¹²²

¹¹⁸ TICHÝ, Luboš. In: TICHÝ, Luboš – MASLOWSKI, Solange – TROUP, Tomáš (eds). *Zneužití práva*. Praha: Univerzita Karlova, 2016, s. 30 an. Na některá z těchto rozhodnutí poukazuje Nejvyšší soud SR v rozsudku sp. zn. 5Sžo 57/2016 z 19. 10. 2017 a uzavírá „V tomto prípade možno zjednodušene vyvodit' ponímanie zneužitia práva jako ‚obchádzanie národných právnych poriadkov, resp. využívanie komunitárneho práva nehodným spôsobom.“

¹¹⁹ Srov. např. formulace v nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 17/09 z 1. 12. 2009: „případy, kdy se žadatel snaží obejít či zneužít azylového práva“ nebo v usnesení II. ÚS 1471/14 – 1 z 26. 6. 2014: „stěžovatel postup dle § 55 odst. 1 písm. b) zákoníku práce zneužil, aby obešel zákonná ustanovení o výpovědní době“ nebo v rozhodnutích Nejvyššího soudu sp. zn. 5 Tz 211/99 z 26. 1. 2000: „Jiný postup [...] by byl obcházením zákona a zneužitím institutu“, Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 AfS 3/2013 – 42 z 12. 9. 2014: „u těchto činností existuje zvýšené riziko zneužití či obcházení daňových předpisů“ nebo sp. zn. 9 As 241/2016 – 36 z 8. 12. 2016: „i v případě této právní normy přichází teoreticky v úvahu její zneužití, popř. obcházení“ aj.

¹²⁰ Z německé literární provenience např. KNÖDLER, Christoph. *Missbrauch von Rechten, selbswidersprüchliches Verhalten und Verwirkung im öffentlichen Recht*. Herbolzheim: Centaurus, 2000, s. 168 an.; MECKING, Christoph – SCHULE, Martin. *Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, s. 79; KÖRBER, Torsten. *Grundfreiheiten und Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 69 an. nebo FUNKE, Sabine B. *Minderheitenschutz im Aktienrecht beim „kalten“ Delisting*. Berlin: De Gruyter, 2005, s. 221 (a nejsou jediní) pokládají obcházení zákona za jeden z projevů zneužití práva.

¹²¹ Srov. MASLOWSKI, Solange. *Zneužití práva ve směrnici 2004/38/ES*. In: TICHÝ, Luboš – MASLOWSKI, Solange – TROUP, Tomáš (eds). *Zneužití práva*. Praha: Univerzita Karlova, 2016, s. 94, který poukazuje, že koncepci zneužití práva je tolik, kolik je členských států Rady Evropy, a že ani uvnitř těchto států neexistuje jednomyslná shoda. To je ostatně patrné, pokud jde o české prostředí, i z příspěvků jednotlivých domácích autorů v tomto sborníku, nehledě k výše citovaným pracím Knappových a Kandových nebo k českým monografiím na toto téma (HURDÍK, Jan. *Zneužití subjektivních občanských práv*. Brno: Univerzita J. E. Purkyně, 1987; PULKRÁBEK, Zdeněk. *Zákaz zneužití práva v rozporu s jeho účelem*. Praha: Eurolex Bohemia, 2007.)

¹²² Nizozemský *Burgerlijk Wetboek* postihuje v úvodu 3. knihy upravující obecné majetkové právo (*Vermogensrecht in het algemeen*) v čl. 13 odst. 2 zneužití práva demonstrativním výčtem tak, že jde mimo jiné o případy, kdy se právo nevykonává za jiným účelem než k poškození jiného, rovněž o situace, kdy se právo používá k jinému účelu, než k jakému bylo poskytnuto, a konečně o případy takové nepřiměřenosti zájmu sledovaného výkonem práva a zájmu, který tím bude poškozen, že nelze rozumně předpokládat přípustnost takového výkonu. („Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.“) Připomeňme, že k posledně uvedené skupině případů uvedl již Luby, že „nie je dovolený výkon práva, [...] ktorým sa inému spôsobuje ujma, ktorá je celkom neúmerná prospechu, ktorý výkonom práva možno dosiahnuť“; LUBY, Štefan. *Základy všeobecného súkromného práva*. 2. vydání. Bratislava: Ústav všeobecného súkromného práva Právnickej fakulty Slovenskej univerzity, 1947, s. 41.

tj. uvažovat tak, že obcházení zákona představuje jeden z disparátních způsobů, jimiž je právo zneužíváno.

5.3 Potřeba výslovné úpravy

Po přijetí občanského zákoníku v České republice bylo možné zaznamenat výhrady, že o. z. „mezi hlavní důvody neplatnosti nezařadil obcházení zákona“.¹²³ Je jistě legitimní položit si otázku, zda je výslovný zákaz obcházení zákona nezbytný. Zohledníme-li zkušenosti s aplikací příslušných ustanovení pěti občanských zákoníků, které od roku 1787 na našem území postupně platily, můžeme pozorovat, že ani absence explicitní záповědi *fraudis legi* nebránila soudní praxi, aby se touto otázkou zabývala a aby při zjištění, že k obcházení zákona došlo, přistoupila k uplatnění sankce. Totéž ostatně platí *mutatis mutandis* rovněž o zneužití práva. Fakt, že *abusus iuris* stejně jako *fraus legis* nejsou po právu, třebaže o jejich protiprávnosti zákon mlčí, lze vyjasnit tím, že dovolává-li se někdo svého práva, ač je zneužívá, popřípadě dovolává-li se zákona ten, kdo jej obchází, pak vůbec nejde o výkon práva, nýbrž o protiprávní činy.

Jinak vyjádřeno: nenormuje-li zákonodárce výslovně obecný zákaz zneužití práva (popřípadě obcházení zákona, šikany apod.) – a příkladů takových jurisdikcí nacházíme nemálo – neznamená to, že je aprobejuje. I v těchto případech se musí vyjít ze skutečnosti, že nastaly „konkrétní situace, v nichž je přítomna závadnost“¹²⁴ vylučující fakt oprávněnosti. A protože ani právo ani soud nemůže v právním státě sloužit jako nástroj krutosti a bezohlednosti,¹²⁵ je na soudu, aby při používání zákona závadnost rozpoznal a se zřetelem k ní také judikoval. A že se to děje, dokládají četné příklady z rozhodovací praxe i z literatury, která judikatorní výstupy v těchto jurisdikcích reflektuje.¹²⁶ Zákaz zneužití práva i zákaz obcházení zákona je tedy i bez výslovného ustanovení v zákoně součástí právního řádu, protože zákon tyto zákazy předvídá v rámci těch obecných kautel, které v tom kterém právním řádu nacházíme (dobré mravy, poctivost, slušnost apod.), ať už v psaných, anebo nepsaných¹²⁷ právních pravidlech. Takové právní nástroje otvírají dveře soudnímu uvážení, a to si cestu najde. Nejedna právní řád si s tím vystačí. Lze soudit, že z výslovné klauzule tohoto druhu, pokud se objevují v kodifikacích civilního práva, mají různé příčiny – kulturní, ideologické, politické, pragmatické nebo jiné. Riziko s tím spojené však spočívá v tom, že rozhodovací praxe bude právě s ohledem na taková ustanovení v zákoně, co do obsahu krajně neurčitá (abstraktní), postupovat při posuzování právních případů extenzivně. Praxe nejednou volí smluvní klauzule nebo i celé smlouvy, popřípadě i jiné postupy, které se sice obvykle nevyskytují, avšak zúčastněné osoby si je volí, protože podle jejich přesvědčení nejlépe odpovídají jejich zájmům, a které zákon neupravuje, ale ani nezakazuje. Nejednou zaznamenáváme, že taková „nestandardní“

¹²³ PLECITÝ, Vladimír. In: HURDÍK, Jan et al. *Občanské právo hmotné. Obecná část. Absolutní majetková práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 181.

¹²⁴ PULKRÁBEK, Zdeněk. *Zákaz zneužití práva v rozporu s jeho účelem*. Praha: Eurolex Bohemia, 2007, s. 49.

¹²⁵ Dnes výslovně § 2 odst. 3 o. z.; ostatně už západohaličský občanský zákoník (1797) stanovil v § 255 druhé části, že zákon nadržuje ani závistí ani škodolibosti („Das Gesetz begünstigt weder Neid noch Schadenfreude.“)

¹²⁶ Např. ROTH, Günther Hermann. In: HEINRICHS, Helmut (ed.) et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. 3. vydání. München: C. H. Beck, 1994, s. 177 an., nebo TISSERAND-MARTIN, Alice et al. *Code civil*. 107. vydání Paris: Dalloz, 2008, s. 731 an., 1511 an.; HEISS, Helmut. In: KLETEČKA, Andreas – SCHAUER, Martin (eds) et al. *ABGB-ON. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Wien: Manz, 2010, s. 2019 an.

¹²⁷ Nehledě k tomu, že na Slovensku nebylo občanské právo kodifikováno až do roku 1950 a v Maďarsku do roku 1959, nelze přehlížet, že i nepsané právní principy (popřípadě obecné zásady právní) jsou součástí každého právního řádu.

řešení vyvolají puzení k hledání důvodů pro jejich neplatnost. Nenajde-li se rozpor s textem zákona ani s dobrými mravy, hledá se argument v obcházení zákona a přistupuje se k němu s nedůvodnou extenzí. Příkladů tohoto druhu najdeme nemálo.¹²⁸ Patrně i v tom je důvod, že některé z těch států, jež do svých kodifikací obecný zákaz *abusus iuris* zakotvily, hledaly způsob, jak jeho nadužívání zabránit.

Takový příklad představují švýcarská a nizozemská. ZGB v čl. 2 al. 2 odpírá právní ochranu zjevnému zneužití práva.¹²⁹ BW v čl. 13 odst. 3 poukazuje poněkud pýthicky, že z povahy práva může vyplývat, že nemůže být zneužito.¹³⁰ Český o. z. se v § 8 inspiroval právě švýcarskou předlohou. Odnětí právní ochrany lze spojit jen s takovým případem, kdy je očividné, že k zneužití práva došlo. Jeho úprava se setkala s kritikou pramenící z neznalosti a nepochopení,¹³¹ i s poučenými přístupy.¹³² Podstatné je, že řešení přijala s pochopením rozhodovací praxe.¹³³ Švýcarský a český příklad ostatně inspiroval i slovenského zákonodárce, který, přikročiv nejprve k rekodifikaci procesního práva, zvolil obdobnou formulaci stíhající zneužití jeho ustanovení.¹³⁴

6. České a slovenské právo

České i slovenské soukromé právo měly až do přijetí českého občanského zákoníku z roku 2012 společný obecný kodifikační základ v občanském zákoníku z roku 1964. Zatímco v České republice došlo přijetím k oslabení partikularizace soukromého práva v důsledku zavedení subsidiarity obecného občanského práva i pro soukromé právo pracovní (srov. náleží Ústavního soudu č. 116/2008 Sb.) a derogace obchodního zákoníku, ve Slovenské republice trvá dualismus obecného práva občanského a práva obchodního. Slovenský

¹²⁸ Typický příklad z české rozhodovací praxe představuje rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 2992/2009 z 30. 8. 2011. Dlužnice získala v roce 1992 od banky úvěr na rekonstrukci a modernizaci, svůj dluh zajistila zřízením zástavního práva k lesním pozemkům a podle ujednání s bankou měla ještě doložit úvěrové životní pojištění, jímž se mělo vyloučit riziko, že pohledávku nebude moci vyrovnat. Pojištění se dlužnici nepodařilo uzavřít vzhledem k jejímu vyššímu věku. Pořídila však ve formě notářského zápisu závět: v ní povolala banku za svoji dědičku ve vztahu ke svým pozemkovým parcelám ve dvou katastrálních územích. Následně s ní banka uzavřela ještě v roce 1992 dodatek k úvěrové smlouvě, v němž byla zrušena podmínka úvěrového životního pojištění. Pořizovatelka závěti zemřela v roce 2000. K žalobě osoby, již by jinak – nebýt závěti – byla celá pozůstalost připadla, posoudil soud závět jako absolutně neplatnou pro obcházení zákona. Nejvyšší soud uzavřel, „že smysl a účel závěti, jako právního úkonu, jehož důsledky mají nastat až v době smrti zůstavitele, je zásadně jiný, než je tomu u zajišťovacích právních prostředků. Existence (platnost) závěti je zcela v rukou jejího pořizovatele (zůstavitele, zde dlužníka). Vyloučena je akcesorita závěti ve vztahu k hlavnímu závazku, neboť závět se realizuje po smrti zůstavitele bez ohledu na existenci hlavního závazkového vztahu (tj. bez ohledu na to, zda hlavní závazek byl splněn či nikoliv). V daném případě bylo v řízení prokázáno, že skutečnou vůli zůstavitelky při sepsu závěti ze dne 15. 7. 1992 bylo zajištění závazku ze smlouvy o úvěru. Protože sepsání závěti za účelem zajištění dluhu se přiči smyslu závěti jako institutu dědického práva, jde o právní úkon, který svým účelem obchází zákon.“ Pomineme-li, že ze zveřejněného rozhodnutí není vůbec patrné, jak byla skutečná vůle zůstavitelky prokázána (naopak je z něj zřejmé, že v textu závěti není o zajištění ani slovo), je pro věc samu zásadní, že v rozhodné době platilo (§ 461, 476, 477 obč. z.), že závět je právní titul, na jehož právním základu se dědí, tj. dědic nabývá vlastnického práva k tomu, co mu pořizovatel závěti zůstavil, přičemž tím mohly být podle tehdy platné úpravy i jednotlivé věci. Pokud se pořizovatelka rozhodla, jak uvedeno, je to její právně relevantní úmysl, výraz jejího práva nakládat s jejím vlastnictvím a projev testovací svobody. Z jaké pohnutky tak učinila, bylo právně irrelevantní.

¹²⁹ „Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.“

¹³⁰ „Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.“

¹³¹ Srov. komentářový výklad: PELIKÁNOVÁ, Irena – PELIKÁN, Robert. In: ŠVESTKA, Jiří – DVORÁK, Jan – FIALA, Josef et al. *Občanský zákoník. Komentář. I.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 43 s odsudky „nedomyšlenosti formulace“ apod.

¹³² PULKRÁBEK, Zdeněk. „Zjevný“ v občanském zákoníku. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 23, s. 1 an.

¹³³ Srov. např. z judikatury Nejvyššího soudu rozsudek sp. zn. 22 Cdo 5159/2014 z 9. 12. 2015, usnesení sp. zn. 22 Cdo 930/2016 z 29. 3. 2016, rozsudek sp. zn. 22 Cdo 5064/201522 ze 17. 1. 2017 nebo usnesení sp. zn. 22 Cdo 674/2018 z 27. 3. 2018.

¹³⁴ *Zák. č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok*, čl. 5: „Zjavné zneužitie práva nepožíva právnu ochranu. Súd môže v rozsahu ustanovenom v tomto zákone odmietnuť a sankcionovať procesné úkony, ktoré celkom zjavne slúžia na zneužitie práva alebo na svojoľné a bezúspešné uplatňovanie alebo bránenie práva, alebo vedú k nedôvodným prieťahom v konaní.“

Zákoník práce (zákon č. 311/2001 Z. z.; § 1 odst. 4) se sice přihlásil k subsidiaritě obecného práva v předstihu před českým, leč i tak si zachovává vysokou míru autonomie.

Ve slovenském soukromém právu najdeme výslovný zákaz obcházení zákona v § 39 O. z., nikoli však výslovný zákaz zneužití práva (ten je implicitně obsažen v § 3 odst. 1). Další dvě kodifikace obsahují také obecné klauzule, z nichž lze zákaz obcházení zákona dovodit: *Obchodný zákoník* má několik ustanovení (§ 41, 42, 56a) zakazující zneužití práva, zejména to však je § 265 Ob. z. chránící poctivý obchodní styk. *Zákoník práce* zakazuje zneužití práva v § 13 odst. 3.

Český občanský zákoník neuvádí výslovnou záповěd obcházení zákona. Přesto není pochyb, že je takový zákaz zahrnuje implicitně. Dovodit to lze z nejednoho ustanovení zákoníku, nejzřetelněji z jeho § 547 o. z., podle něhož právní jednání musí mj. odpovídat zákonu co do účelu.¹³⁵ Pokud jde o sankci za porušení tohoto právního pravidla, je nutné uvést, že následkem nemusí být vždy neplatnost (§ 580 o. z.) a už vůbec ne neplatnost absolutní (§ 588 o. z.). V tomto kontextu je nutné chápat posun ve zdejší úpravě obecného občanského práva oproti předchozí regulaci z roku 1964. Nelze však přehlížet ani význam § 8 o. z. v tom smyslu, že i *fraus legis* – jako jedna z metod zneužití práva – musí být zjevná.

Z příkladů, na nichž to je možné ilustrovat, lze uvést tyto:

Stavebník ohlásil stavebnímu úřadu stavební opravy domu (výměnu starých částí za nové u stěn, stromů a střech) a získal souhlas k provádění stavebních prací. Následně bylo zjištěno, že nešlo o opravu původní stavby, ale zřízení nového díla (s jiným půdorysem i architektonickým řešením) na místě domu zcela zničeného požárem. Vzhledem k tomu stavební úřad odmítl stavbu dodatečně povolit a nařídil odstranění stavby. Stavebník namítal, že činnost mu byla nejprve povolena, že se na tomto základě stal vlastníkem stavby a že mu náleží ochrana jeho vlastnického práva. Jeho ústavní stížnost nebyla úspěšná. Ústavní soud poukázal, že stěžovatel se pokusil obejít správní řízení a postavit stavební úřad před hotovou věc. Soud uzavřel, že dodatečné povolení neoprávněné stavby by mohlo „být návodem pro ostatní, jak obejít zákon“.¹³⁶

Již za účinnosti o. z. se navrhovatelka domáhala svěřeni nezletilé vnučky do pěstounské péče s odůvodněním, že matka nezletilé jako invalidní důchodkyně a svobodná matka není s to v plném rozsahu o dceru pečovat. Soud po zjištění, že účelem návrhu bylo domoci se dávek pěstounské péče za situace, kdy navrhovatelka i její manžel žijí s matkou nezletilé ve společné domácnosti, o dítě společně pečují, plníce svou zákonnou povinnost (§ 910 o. z.), navíc za situace, kdy sama navrhovatelka „odmítá a znemožňuje“, aby se otec nezletilé řádně podílel na její výživě, návrh zamítl, poukázav, že aktivita navrhovatelky sledující „řešení nepříznivé finanční situace budoucího pěstouna“ naplňuje znaky obcházení zákona.¹³⁷

Jako obcházení zákona vyžadujícího k provozování loterijních (sázkových) her u výherních hracích přístrojů veřejnoprávní povolení posoudil Nejvyšší soud součinnost společnosti s ručením omezeným, spolku a jejich činovníků, kteří potřebné oprávnění

¹³⁵ Literatura na toto ustanovení také standardně odkazuje. Mezi prvními ZUKLÍNOVÁ, Michaela. *Právní jednání podle občanského zákoníku č. 89/2012 Sb.* 2. vydání. Praha: Linde, 2013, s. 41 a 131; poté řada dalších.

¹³⁶ Usnesení sp. zn. III. ÚS 403/98 ze 4. 3. 1999.

¹³⁷ Okresní soud v Jičíně, rozsudek sp. zn. 30 P 141/2010 z 25. 9. 2014. Týž soud v obdobném právním případě se srovnatelným skutkovým stavem v rozsudku sp. zn. 30 P 107/2004 z 21. 8. 2014 dospěl k závěru, že „svěřeni nezletilých do pěstounské péče navrhovatelky v situaci, kdy existuje rodič, jehož schopnost samostatné péče o nezletilé nebyla zpochybněna, přičemž motivem podání návrhu je řešení finanční situace rodiny, by bylo zneužitím institutu“.

postrádali, ale v prostorech spolku výherní hrací přístroje umístili a jejich používání umožnili osobám s členstvím v klubu. Každému, kdo projevil zájem o hru na těchto přístrojích, byla vystavena členská kartička za 10 Kč; šlo o „zcela formální udělování členství jednotlivým hráčů, které mělo vzbudit dojem legality“.¹³⁸

Jsou-li pochybnosti, zdali někdo jedná po právu či protiprávně, uplatní se zásada *in dubio pro reo (mitius)*, nikoli *in dubio contra reum (turpius)*.

Např. ne vždy, když chybí povolení předepsané veřejným právem, musí jít o obcházení zákona. Instruktivní je rozhodnutí z meziválečné doby.¹³⁹ Stavitel prováděl pro svého zákazníka stavbu domku. Při provádění díla si stavebník smluvil se stavitelovým stavbyvedoucím (polírem), že ten vykoná na svůj účet a riziko ještě nějaké vícepráce. Odvolací soud zamítl žalobu o zaplacení ceny díla, dovodiv absolutní neplatnost smlouvy o dílo s odůvodněním, že polír konal na vlastní vrub bez vědomí stavitele a že neměl příslušné oprávnění podle živnostenského zákona, a že tedy šlo „o obcházení zákona o provádění staveb oprávněným živnostníkem“. Nejvyšší soud se odmítl blíže zabývat veřejnoprávními aspekty případu (tedy „zda žalobce byl oprávněn vykonati sporné práce proto, že šlo o nepatrné zednické práce, nespádající pod výhradné oprávnění koncesovaného stavitele nebo zednického mistra“), neboť usoudil, že „nevylučuje povahu objednaných prací jako víceprací, že je žalobce provedl jako tzv. melouch, tj. za zády stavitele, nýbrž zda žalovaný práce ty jako melouch objednal.“ Z téhož důvodu Nejvyšší soud zdůraznil, že „nesejde ani na tom, zda byly vícepráce stavebním úřadem schváleny, toho se k platnosti smlouvy o nich nevyhledává“. Ujednaly-li si strany, že polír vícepráce provede „na vlastní pěst ve srozumění s žalovaným“ a pokud ten slíbil, „že se se žalobcem vyrovná“, byla uzavřena platná smlouva a za dílo náleží odměna.

Z vývoje zdejší rozhodovací praxe po roce 1989 je dobře patrné, jak obtížně a pomalu se obdobný přístup prosazoval v novodobé judikatuře. Postupné změny v právním myšlení, do něhož jen krok za krokem pronikalo uvědomování si distinkce mezi soukromým a veřejným právem, i v zákonodárství¹⁴⁰ vedly k tomu, že se také v rozhodovací praxi pozvolna slábla formalistická tradice a myšlenkový vzorec někdejšího „jednotného socialistického práva“.

Ve vztahu k našemu tématu je pro tuto změnu paradigmatu dobrým příkladem rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 268/2016 z 28. 2. 2017. Pro rozhodnutí bylo podstatné posoudit platnost smlouvy z března 2002. Skutkově došlo k tomu, že finanční úřad vyměřil v roce 1999 akciové společnosti platebními výměry dodatečně daň z příjmů za léta 1993 až 1995 a následně penále za opožděnou úhradu daně. Akciová společnost následně uzavřela s auditorskou a daňovou kanceláří smlouvu o prověřce daňových řízení. Za služby této kanceláře byla odměna ujednána podílem z docíleného snížení daně nebo jejího příslušenství. Soudy nižšího stupně dospěly k závěru, že smlouva je absolutně neplatná pro obcházení zákona, konkrétně § 3 odst. 3 zákona č. 523/1992 Sb., o daňovém poradenství a Komoře daňových poradců České republiky, právě proto, že zákon zakazuje ujednat

¹³⁸ Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 5 Tdo 138/2017 z 29. 3. 2017.

¹³⁹ Váž. 9305, sp. zn. RV 1 171/29 z 25. 10. 1929. Právní věta: „Vícepráce, jež provedl polír oprávněného stavitele, za něž vedl stavbu, nejsou ještě obcházením zákona, třeba polír je provedl bez vědomí stavitelova na vlastní vrub. Smlouva o takovéhoto vícepracích není nicotnou. Byly-li práce ujednány u políra osobně, nemá význam, co za ně bylo placeno staviteli.“

¹⁴⁰ Poukázat lze jednak na změny obchodního zákoníku v ČR novelou č. 370/2000 Sb. (§ 3a) a v SR novelou č. 500/2001 Z. z. (§ 3), jimiž bylo vyloučeno dovozovat neplatnost právních úkonů jen z nedostatku oprávnění podnikat, jednak na český o. z. (zvláště jeho § 1 odst. 1 a § 5 odst. 2).

odměnu podílem na daňové úspoře.¹⁴¹ Nejvyšší soud si položil otázku po smyslu a účelu citovaného ustanovení a dovodil, že „zákonodárce chtěl zamezit tomu, aby byl daňový poradce [...] finančně motivován na snížení daňové povinnosti svého klienta, a to do vyměření daně. Naopak v situaci, kdy již byla daň vyměřena [...], činí daňový poradce pouze takové úkony, které směřují k odvrácení účinků chybně stanovené daňové povinnosti a k nápravě stavu, který nemá oporu v platných předpisech. [...] Za této situace [...] již nehrozí riziko, že by odměna sjednaná jako podíl na snížení daně [...], popř. ukazatelích výsledků činnosti, motivovala daňového poradce k nežádoucímu snižování daňové povinnosti klienta.“ Uzavřel tedy, že pokud byla podílová odměna ujednána za služby poskytnuté po vyměření daně, nemůže jít o obcházení zákona, „neboť takové ujednání není v rozporu s podstatou a smyslem ustanovení § 3 odst. 3 zákona o daňovém poradenství“.

Konkluze

V obcházení zákona spatřuji zvláštní případ zneužití práva spočívající v manipulativním dovolávání se formální stránky zákonného vyjádření se záměrem popřít smysl právní úpravy vyjádřený kogentní právní normou.

Díváme-li se na problematiku obcházení zákona se zaměřením na občanské právo hmotné a jeho zákonnou úpravu prizmatem vývoje a stavu kontinentálního práva v Evropě, pozorujeme sice rozličné přístupy zákonodárné moci v jednotlivých státech – od mlčení až po obecný výslovně formulovaný zákaz, ať již v lakonické či podrobněji formulované úpravě. Ať tak či onak, viděli jsme, že i za platnosti těch kodifikací občanského práva, kde o *fraudis legi* nenajdeme ani slovo, nic nezabránilo v závěru o její protiprávnosti, jakmile si nauka a praxe uvědomily teleologickou povahu práva a skutečnost, že jeho význam a hodnota „nespočívají v něm samém, nýbrž v jeho funkci“.¹⁴² Ptáme-li se, kde je *ratio legis*, smysl a účel zákona, a zjistíme-li je, pak snadno dospějeme k závěru, které úkony jsou po právu a které jsou protiprávní, zastírajíce formalismem funkci, či, jak se dnes říká, smysl a účel, i když o závadnosti obcházení zákona samotný zákon mlčí. V té souvislosti je ale podstatné respektovat, čeho chce dosáhnout zákon, v čem je smysl a účel zákona. Chceme-li argumentovat ve prospěch závěru o obcházení zákona, musíme se opřít o zákon, nikoli o vlastní představy, co je správné – neřkuli takzvané ‚standardní‘ – ekonomicky, politicky, sociálně apod.

Nelze dospět k závěru, že výslovná úprava zákonného zákazu obcházení zákona nebo zneužití práva musí být vždy nutně nadbytečná, zvláště jde-li o zákonodárcovu reakci na stav právní kultury a způsob interpretace a aplikace práva ve snaze působit na jeho funkcionalitu – přirozeně s efekty vyvolávajícími různá hodnocení se zřetelem ke konkrétnímu politickému systému, v jehož prostředí se tak děje.

Jiná otázka je, zdali samo zákonodárství negeneruje vlastní legislativní produkci neúměrné tendence k obcházení zákonů. Moderní doba se zhlédla v úsilí – před kterým už před víc než stoletím varoval Emil Svoboda – „kasuisticky vyčerpáti všechny možnosti a ucpati prameny volnosti“¹⁴³ a tyto tendence se desetiletí co desetiletí násobí. Den co den

¹⁴¹ Cit. ust. stanoví: „Daňové poradenství se poskytuje na základě smlouvy uzavřené mezi daňovým poradcem [...] a klientem. [...] Dohoda, kterou je odměna za poskytnutí daňového poradenství sjednána jako podíl na docíleném snížení daně, daňové úspoře nebo daňové úlevě, popřípadě jako podíl na ukazatelích výsledku činnosti, nebo je sjednána formou věcného plnění, je neplatná.“

¹⁴² SVOBODA, Emil. *Vůle vnitřní a vůle projevená právním činem*. Praha: nákladem vlastním, 1911, s. 32.

¹⁴³ *Ibidem*, s. 33.

pozorujeme, jak zákonodárné moci z různých příčin pod praporem ochrany všeobecného bezpečí nebo těch či oněch skupin obyvatelstva vytvářejí nové a nové regulace. V hypertrofii práva se jednotlivci ztrácí. Sociokulturní okruh, do něhož patří i naše země, stavěl a snad stále staví svůj rozvoj a prospěch na svobodné iniciativě jednotlivců.¹⁴⁴ Klade se otázka, zdali veřejná moc usilující chránit jednotlivce na každém kroku a vnucovat mu svoji vlastní představu o všeobecném štěstí nepřekračuje vlastní potencialitu. Právo má smysl, jsou-li právní pravidla vynutitelná silou veřejné moci. Leč čím početnější a podrobnější právní reglementace, tím víc se setkáváme s tendencemi k jejímu porušování a obcházení. „*Síla, která působí, se tím váže. Čím budete silnější, tím více svých sil na to spotřebujete; a jednou přijde chvíle*“ – řekl moudrý muž antického světa římskému setníkovi v Čapkově apokryfu o Archimédově smrti.

¹⁴⁴ TUOR, Peter – SCHNYDER, Bernhard. *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*. 9. vydání. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1975, s. 10 an.

Circumvention of the Law by Detour: Fraus Legis Facta in Civil Law

Karel Eliáš

Abstract: This paper approaches the problem of circumvention of the law in general civil law with respect to Czech and Slovak law by taking in the context of historical and regional comparison. The author points out that there are several thousands of decisions in the decision-making databases of the Czech and Slovak courts which deal with the issue of circumvention, whether significant or only marginal. On this basis, there are several conclusions in the paper. Circumvention of the law is a partial manifestation of the abuse of law. As such, it is explicitly forbidden in some civil codes of European countries. The formulation of such a ban has a variety of causes (cultural, political, ideological, etc.). But even in cases where an explicit prohibition is not regulated, it does not prevent the abuse of law and the circumvention of the law from penalizing it as an illegal act if we understand the law functionally and not formalistically. The author discusses in detail some of the cases and draws attention to the risk of confusing the meaning and purpose of the law with ethical, social or political opinions which are not supported by the law itself. Another question is whether the over-production of the legal regulation of modern times and the degree of restriction on individual freedom itself does not generate, among other things, the tendency to circumvent hypertrophic norms.

Key words: autonomy of will, ratio legis, circumvention of law, abuse of law, functionality of law, formalism