

DISKUSE

Metodologické přístupy k analogii zákona v kontextu právní úpravy započtení na dědický podíl

Ondřej Drachovský* – Kristián Fischer**

Abstrakt: Příspěvek zprvu pojednává o analogii zákona jako o metodě, která by měla být aplikována tehdy, nerefléktuje-li zákon výslovně určitou otázku a pokud zároveň takové nerefléktování není zákonodárcovým záměrem. Jejmu použití by tak měla předcházet důkladná metodologická analýza.

Taková analýza nicméně není vždy dostatečně patrná z rozhodnutí soudů, která užití analogii zvažují. Jedno z takových rozhodnutí je předmětem zvláštní části tohoto příspěvku. Analyzované rozhodnutí se týká výkladu § 1664 občanského zákoníku, který upravuje započtení na dědický podíl soudem. Nejvyšší soud v něm uzavřel, že zmíněné ustanovení neobsahuje komplexní a samostatně aplikovatelné pravidlo, a proto se musel uchýlit k analogii. Předkládaná stať podrobuje zmíněné rozhodnutí kritické reflexi. Hlavní cíl zvláštní části tohoto článku tkví v hledání argumentů pro závěr, že § 1664 samostatně aplikovatelné pravidlo obsahuje. Cesta k tomuto cíli se opírá především o teleologické úvahy, které byly dle mínění autorů tohoto příspěvku v dané věci ze strany Nejvyššího soudu podceněny.

Klíčová slova: analogie zákona, započtení na dědický podíl, započtení na povinný díl, právní metodologie, judikatura, dotváření práva

Úvodem

Realita společenských vztahů je odedávna natolik rozmanitá a komplexní, že zkrátka není možné, aby normotvůrce *ex ante* počítal s veškerými situacemi, jež mohou nastat.¹ Tato skutečnost je obzvláště patrná v právu soukromém, kde je pestrost sociálních vztahů determinována právními zásadami přiznávajícími subjektům širokou autonomii.² Možné problémy pramenící z absence výslovné regulace mnohých vztahů jsou však eliminovány diskrečními pravomocemi, které zákonodárce v současném občanském zákoníku vložil do ruky soudcům, a to v podstatně větší míře než zákonodárce socialistický.³

* JUDr. Ondřej Drachovský, interní doktorand Katedry občanského práva Právnické fakulty UK. Příspěvek vychází z vystoupení na konferenci *Naděje právní vědy 2020*, která se uskutečnila dne 27. 11. 2020.

** Kristián Fischer, student Právnické fakulty UK.

1 Třebaže o některých případech povšechně hovořit nelze, zákon povšechný být musí. Zákonodárce by ovšem měl pamatovat i na situace, kdy se „přihodí něco mimopovšechného, a tehdy je správné, aby tam, kde zákonodárce, poněvadž mluvil všeobecně, něco opominul a pochybil, opominutí opravit, jak by řekl i sám zákonodárce, kdyby byl přítomen a jak by ustanovil, kdyby byl o tom věděl.“ – ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: P. Rezek, 1996, s. 146.

2 Srov. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 214.

3 I hlavní autor předlohy zákona poukazuje na posílení úlohy soudce coby jedno z hlavních paradigmat, a to mj. skrze větší akcent na generální klauzule (jako jeden příklad za všechny lze uvést opuštění jednorázového odškodnění pozůstalých podle § 444 předchozího zákoníku) – ELIÁŠ, K. Nový občanský zákoník ve Sbírce zákonů. *Právní rozhledy*. 2012, č. 7, s. 233.

Diskreční pravomoci naleznou své uplatnění zejména v případech, kdy je ustanovení o. z. relativně neurčitě, a proto na partikulární právní případy jen s jistými obtížemi uplatnitelné (nebo dokonce relevantní ustanovení zcela absentuje).

Mezi takováto ustanovení lze bezpochyby zařadit i § 1664 kodexu, jenž přímo volá po soudní judikatuře. I proto se k jeho výkladu poměrně krátce poté, co nový zákon vstoupil v účinnost, začaly vyjadřovat soudy. I Nejvyšší soud nám již stihl poskytnout svůj náhled na něj, a to ve svém usnesení ze dne 28. 1. 2020, sp. zn. 24 Cdo 222/2019. Toto usnesení, jakož i zbylá dvě dosud publikovaná rozhodnutí k této problematice,⁴ dospívají k závěru, že *započtení na dědický podíl podle § 1664 o. z. lze provést v zásadě toliko ohledně těch (bezúplatných) plnění, k nimž došlo v posledních třech letech před smrtí zůstavitele*. Soudy k tomuto závěru dospěly na základě rozličných argumentů. Nás bude zajímat především rozhodnutí nejvyšší soudní stolice, které je založeno na využití *analogie legis* – podle dovolacího soudu lze § 1664 o. z. pro jeho neúplnost vykládat toliko s ohledem na § 1660 o. z. (a patrně též § 1661 o. z.).⁵ Závěry, a především metodologický postup dovolacího soudu podrobíme kritické reflexi. Ducha předkládaného pojednání nejlépe vystihuje následující citát: *„[V]ědecká theorie se nám zdá povolnou, pilně a neúnavně stopovati praxi, a kdykoliv tato půdu zákona opouští, vši mocí brániti zmáhání se takové praxe a tím způsobem zadosť učiniti úloze své: „býti takořka regulátorem praxe“.*⁶

Tato stať sestává ze dvou částí. Ambicí první z nich je poskytnout komplexní přehled relevantních názorů k problematice analogie zákona, druhá část je více analytická a zabývá se výkladem § 1664 o. z., k němuž využívá obecnější východiska získaná v rámci části předchozí. Zmíněné dvě části jsou i přes zmíněnou provázanost relativně samostatné, zájemci o obecnější otázky si tak mohou přečíst pouze první část, kdežto ti, které zajímá spíše problematika započtení na dědický podíl, si přijdou na své zejména v části druhé. Ta se zabývá rozborem shora specifikovaného usnesení Nejvyššího soudu, které k závěru o použitelnosti tříletého časové omezení i pro započtení na dědický podíl dle § 1664 o. z. dospívá za pomoci analogické aplikace § 1660 o. z., a to s následujícím odůvodněním:⁷ *„Ustanovení § 1664 o. z. neobsahuje vymezení toho, co podléhá započtení. Již z toho je zřejmé, že toto ustanovení samo o sobě aplikovat nelze a je třeba použít i ustanovení další. Posuzovanému případu jsou nejbližší další ustanovení oddílu 5 (dílu 5, hlavy III. občanského zákoníku) nadepsaného Započtení na povinný díl a na dědický podíl [...]. Ani tato ustanovení však nestačí k provedení zápočtu, když v nich předmět zápočtu také není uveden. Předmět zápočtu je vymezen až v následujících ustanoveních [...]. Skutečnost, že tato ustanovení, v nichž je uvedeno, co se započítává na povinný díl, jsou upravena v občanském zákoníku ve stejném oddíle jako ustanovení § 1664 umožňující soudu provést započtení na dědický podíl, i když to zůstavitel nepřikázal, dostatečně odůvodňuje analogické použití celého ustanovení § 1660 ve smyslu ustanovení § 10 odst. 1 o. z. Ostatně i požadavek dovolatele, aby na dědický podíl dcery zůstavitele bylo započteno darování zahrady zůstavitelem za jeho života, odpovídá v ustanovení § 1660 odst. 2 o. z. vymezenému předmětu započtení*

⁴ Usnesení Krajského soudu v Ostravě ze dne 12. 12. 2017, sp. zn. 10 Co 219/2017; usnesení Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 31. 5. 2017, sp. zn. 7 Co 509/2017.

⁵ Tento závěr byl výslovně vysloven v usnesení Krajského soudu v Ostravě ze dne 12. 12. 2017, sp. zn. 10 Co 219/2017.

⁶ MOSER, V. O správní záznamu práva zástavního. *Právník*. 1864, roč. 4, s. 109. Na existenci tohoto výroku nás upozornil P. Bezouška.

⁷ Ve snaze vyhnout se mystifikaci, zprostředkováváme nosnou část odůvodnění formou přímé citace se zvýrazněním argumentů, které pokládáme za nejvíce diskutabilní.

to, co nepominutelný dědic od zůstavitele bezplatně obdržel; není ničím odůvodnitelné, aby byla použita jen část věty tohoto ustanovení o tom, co se započítává, bez její integrální součásti bezplatné obdržení v posledních třech letech před smrtí zůstavitele. [...] Vycházejí z tohoto závěru, bylo bez jakéhokoli významu posuzování toho, zda uvedeným darováním byl dovolatel, jako nepominutelný dědic neodůvodněně znevýhodněn.“

Úvodem si všimněme, že dovolací soud používá k odůvodnění analogické aplikace systematické argumenty, což je postup, který by stěžlí hledal oporu v kterémkoli z relevantních pramenů zabývajících se analogií. Naopak teleologické argumenty zcela opomíjí. S otevřeně formulovaným § 1664 o. z. se – aniž by se ho snažil vyložit – vypořádal bezobsažným konstatováním, že „je zřejmé“, že toto ustanovení nemůže být samostatně aplikovatelné. Ve zvláštní části tohoto pojednání poskytujeme alternativní náhled na tuto problematiku, a především se zamýšlíme nad správností metodologického postupu Nejvyššího soudu v uvedené věci. Opravdu existuje v zákonné úpravě započtení na dědický podíl mezera, kterou je potřeba zaplnit? Používá racionální zákonodárce neurčité právní pojmy proto, aby je soudy mohly posléze jednou provždy zaplnit analogií, nebo spíše proto, aby soudům poskytl široký prostor pro zohlednění okolností konkrétního případu?

1. Obecná část

1.1 Vymezení analogie legis

Analogie představuje prostředek pro vypořádání se s nezáměrným mlčením zákona – lze rovněž hovořit o mlčení v podobě defektu.⁸ Její užití je namístě, dospějeme-li ke zjištění, že mlčení zákona je spíše nežli záměrem výsledkem nedokonalosti textu zákona coby lidského díla a nedostatečnosti slov či schopnosti se exaktně vyjádřit, přičemž klíčovým vodítkem na cestě k takovému zjištění je *ratio legis*.⁹

Hojně se vyskytující terminologická nesrovnalost, kterou považujeme spíše za nešvar, spočívá ve směšování argumentu *per analogiam legis* a argumentu *a simili*.¹⁰ K tomuto zmatení pojmů dochází především v právu civilním, kde je analogie zásadně přípustná, a kde proto nerozlišování těchto nuancí nemá praktické konsekvence.¹¹ Přesto bychom se (přínejmenším v teorii) měli snažit vyvarovat terminologické nedůslednosti, třebaže se tato nedůslednost prakticky projeví toliko v některém právním odvětví. Východisko lze spatřovat v rozlišování argumentu *a simili* jako nástroje aplikovatelného při výkladu demonstrativně formulovaných strukturálních elementů právních norem a analogie jakožto nástroje k překlenutí mezery v zákoně.¹² V případě, že určitá konkrétní skutková podstata v demonstrativním výčtu chybí, avšak na základě zmíněné relativně abstraktivní formulace a relevantní podobnosti s ostatními prvky enumerace ji pod příslušnou abstraktní právní podstatu pořadit lze, *nejedná se o mezeru v zákoně*, jež by představovala

⁸ ELIÁŠ, K. Obdoba (poznámky k analogii v právu). *Právník*. 2003, roč. 142, č. 2, s. 99–100.

⁹ *Ibidem*, s. 101.

¹⁰ Takového směšování se přitom dopouští i velikáni právní teorie – viz např. KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 172; 173; GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017, s. 145–146.

¹¹ O použití argumentu *a simili* hovoří i jinak velmi zdařilé usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 3. 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018, třebaže se zabývá se výkladem a aplikací § 10 o. z., tedy analogií.

¹² Někteří autoři o argumentaci podobností v případě příkladových výčtů hovoří jako o analogii *intra verba legis* – srov. SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR – Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 186; TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 101.

jednu z podmínek pro použití analogie, neboť daná skutková podstata spadá pod tuto právní normu již na základě jejího jazykového vyjádření.

1.2 Zařazení analogie mezi výkladové metody

Některá tradiční skripta uvádějí, že analogie náleží mezi argumenty logického výkladu,¹³ který bývá řazen mezi tzv. standardní metody výkladu.¹⁴ Z tohoto členění nevycházíme, neboť jej pokládáme za nevhodné mj. z toho důvodu, že překročení samotného textu by podle kritizovaného pojmání mělo být vždy spojeno až s nadstandardními metodami interpretace práva.¹⁵ Při analogii zákona ovšem k překročení textuálního výkladu dochází.¹⁶ U každého ustanovení, které by na základě podobnosti přicházelo v potaz, musí soud zohlednit i další elementy nacházející se mimo samotný text, které jej posléze dovedou ke kžýzenému závěru stran zmíněného obsahu a účelu. Zařazení analogie mezi standardní výkladové metody je nicméně problémem spíše teoretickým, který se zrcadlí v určité terminologické odlišnosti.¹⁷ V konečném důsledku lze totiž právě v tzv. logických argumentech spatřovat styčnou plochu mezi doktrinárními pojetími, jež *prima facie* stojí proti sobě.^{18, 19} Pojetí textualistické, které rozlišuje standardní a nestandardní metody, pokládá tyto argumenty za součást logického (tj. standardního) výkladu. Pojetí intencionalistické²⁰ je řadí mezi argumenty teleologické (přičemž objektivně teleologický výklad představuje podle tohoto pojetí klíčovou výkladovou metodu).²¹ Oba tábory se tak fakticky shodují na tom, že *argumenty a contrario, a fortiori, a simili, per eliminationem, jakož i per analogiam, hrají při nalézání práva (zvláště v případech tzv. hard cases) stěžejní roli.*

Analogii na druhou stranu nelze vnímat jako postup, při němž vůbec nedochází k využívání logických prvků. Lze se ztotožnit s vymezením podaným Hlouchem,²² jenž uvádí,

¹³ Srov. např. KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 171.

¹⁴ V posledních letech sílí názory, které tzv. logickou metodu vůbec nepovažují za samostatnou metodu výkladu, potažmo mají výhrady k jejímu označování přívlastkem logická. Srov. např. CVRČEK, F. Kritické poznámky k výuce interpretace právních textů. In: GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P. (eds). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi: sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva právnických fakult České republiky (Milovy 19.–20. 6. 2002)*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 51–53; WINTŔ, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 26; či SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR – Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 132–143.

¹⁵ GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 145.

¹⁶ Melzer proto odděluje výklad práva (jímž rozumí odstraňování sémantických nejasností) od jeho dotváření, přičemž analogii řadí do druhé ze zmíněných kategorií – MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 79.

¹⁷ Slovy Krčmářovými: „Seznáváme [...], že diskutující jsou [...] ve větším díle za jedno, pokud se týče objektů, které definovanému pojmu odpovídají, a že spor týká se jen formule rovnající se slovu zastupujícímu pojem.“ – KRČMÁŘ, J. *O funkci a významu definice v právní vědě*. Praha: vlastním nákladem, 1915, s. 4.

¹⁸ Zmíněné doktrinární tábory se přou zejména v otázce hierarchie výkladových metod. K tomu blíže srov. BERAN, K. Výklad právních jednání a interpretace soukromoprávních předpisů: co mají společného, čím se liší a jaký to má význam? *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2019, č. 2, s. 122–126.

¹⁹ Nejvyšší soud se k této otázce vyjádřil např. v rozsudku ze dne 27. 3. 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018, a to takto: „Občanský zákoník se k dotváření práva přihlásil jednak vyslovenou prioritou teleologických argumentů, a to i nad jazykovým výkladem v § 2 odst. 1 věť druhé a jednak v závěru druhého odstavce § 2, kde výslovně uvádí, že nikdo se však nesmí dovolávat slova právního předpisu proti jeho smyslu.“

²⁰ Srov. např. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 199.

²¹ Srov. ELIÁŠ, K. *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, s. 98, podle něhož se analogie použije pouze „tam, kde běžné právně logické argumenty nestačí“.

²² HLOUCH, L. In: HARVÁNEK, J. a kol. *Právní teorie*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 341.

že analogie je „zvláštním typem induktivního úsudku, nebo spíše kombinací deduktivně induktivní metody“. Zároveň je však potřeba stále počítat s tím, že analogie je imanentně spojena se smyslem a účelem.²³ Vzhledem k nastíněným fundamentům analogie *legis* by patrně nepřiléhavěji působilo označení analogie za metodu *sui generis*²⁴ čerpající ze zásad logiky, která je ovšem neoddělitelně spjata s překročením interpretace pouhých slov samotného normativního právního textu.²⁵ Ve vztahu k logickým argumentům je možné doplnit ještě obecnější závěr, že v případě použití analogie nelze současně použít argument *a contrario*.²⁶ Argument *a contrario* představuje pendant analogie – zatímco analogie předpokládá podobnost, předpokladem použití argumentu *a contrario* je rozdílnost. Oběma těmito argumentům je společné, že je pro jejich užití nezbytné zohlednit teleologické aspekty dané věci.²⁷

1.3 Předpoklady analogie legis

Pojďme nyní skloubit poznatky právní teorie s požadavky současného civilního kodexu a podívejme se, za jakých okolností je použití analogie zákona přípustné. Při existenci dokonalého normativního systému by potřeba sahat po analogii vůbec nevystávala, proto lze – snad vyjma zmínky o dokonalosti práva SSSR – souhlasit s poznatkem socialistické jurisprudence, že „v podmínkách dokonalého, rozvinutého normativně zákonodárného systému (takové, jakým je sovětské právo) se některé postupy zaplňování mezer v právu, např. analogie práva, používá v praxi jen velmi zřídka“.²⁸ V recentních podmínkách a patrně ani nikdy v budoucnu ovšem takto bezvadný systém existovat nebude, a proto je výskyt právními normami výslovně neupravených situací, jež ovšem musí být rozsouzeny, na denním pořádku. I z hlediska zvláštní části tohoto pojednání je relevantní zabývat se problematikou mezer v zákoně a vztahem analogie a neurčitých právních pojmů (a generálních klauzulí). Podívejme se proto na tyto dvě otázky blíže.

1.3.1 Mezery v zákoně, respektive mezery v právu

Knapp²⁹ uvádí, že existují pouze mezery v zákoně, avšak nikoliv mezery v právu, což demonstrovuje na zásadě zákazu *denegationis iustitiae* uplatňující se již v napoleonském *Code Civil*,³⁰ ba dokonce ještě o trochu dříve.³¹ Podle této zásady platí, že soudce je povinen

²³ Teleologie je pro správné použití těchto argumentů dokonce důležitější než (formální) logika, jak správně podotýká SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*, s. 132–145.

²⁴ Specifičnost analogie evokuje i zmíněné Hlouchovo označení za zvláštní typ induktivního úsudku, z čehož lze dovodit diskrepanci v porovnání s běžnými (tj. standardními) induktivními úsudky.

²⁵ Ke vztahu teleologie a jazykového výkladu se sluší připomenout právní větu stanoviska Pl. ÚS-st. 1/96 ze dne 21. 5. 1996: „V případě aplikace právního ustanovení nutno prvotně vycházet z jeho doslovného znění. Pouze za podmínky jeho nejasnosti a nesrozumitelnosti (umožňující např. více interpretací), jakož i rozporu doslovného znění daného ustanovení s jeho smyslem a účelem, o jejichž jednoznačnosti a výlučnosti není jakákoliv pochybnost, lze upřednostnit výklad *e ratione legis* před výkladem jazykovým.“

²⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 240. Srov. též § 3 vládního návrhu zákona z roku 1937: „Není-li o některém případě ustanoveno, je-li však právní ustanovení o případě příbuzném, je rozhodnouti po podrobném prozkoumání, zdali onomu právnímu ustanovení spíše odpovídá úsudek podle obdoby či z opaku.“

²⁷ CANARIS, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, s. 44–45; či náleží Ústavního soudu ze dne 27. 3. 2014, sp. zn. III. ÚS 2264/13.

²⁸ ALEKSEJEV, S. S. – FABIAN, K. *Obecná teorie práva*. Praha: Panorama, 1986, s. 320.

²⁹ KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 65.

rozhodnout, byť mu zákon z důvodu existence oné mezery neukazuje, jak přesně. Stále však platí, že je povinen rozhodnout podle práva. Konečné rozhodnutí, k němuž soudce dospěje (a to i za pomoci analogie natolik extenzivní, že jde již o dotváření práva),³² tedy bude podle práva, v důsledku čehož nemůžeme hovořit o existenci mezery v právu.³³ Předpokladem pro použití analogie *legis* tedy v tomto duchu nemohou být mezery v právu, nýbrž toliko mezery v zákoně.³⁴

Mezeru v zákoně vymezujeme jako „*protiplánovou neúplnost zákona, resp. zákonodárství*“, přičemž zákonodárstvím rozumíme soubor všech právních předpisů.³⁵ Melzer³⁶ hovoří o mezeře v zákoně jako o „*důsledku domýšlení právního řádu do všech důsledků*“, slovy Tichého³⁷ narážíme na mezeru tehdy, pakliže zákon „*postrádá určité ustanovení, které by s přihlédnutím k účelu [...] úpravy obsahovat měl*“. Typologie mezer rozlišuje několikero kategorií, přičemž tato kategorizace je užitečná pro správné pochopení rozebírané problematiky.

Pro účely tohoto příspěvku je určující v prvé řadě členění na mezery pravé a nepravé. Zatímco pravá mezerka znamená absenci jakékoli výslovné právní úpravy, v případě mezery nepravé jde o absenci normativní reflexe určitého účelu.³⁸ Pravá mezerka je zřejmá na první pohled a znamená neaplikovatelnost určitého ustanovení bez patřičného doplnění – proto bývá nazývána též jako mezerka logická či technická.³⁹ Nepravá (teleologická) mezerka je složitějším fenoménem, neboť její odhalení předpokládá teleologickou úvahu.⁴⁰

³⁰ Srov. čl. 4 *Code Civil*. Srov. však též MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 217–218; či TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*, s. 101–102, podle nichž zákaz *denegationis iustitiae* není argumentem pro dotváření práva, neboť absence spravedlivého řešení nevede k tomu, že soud nevydá žádné rozhodnutí, nýbrž k tomu, že žalobcův nárok bude zamítnut (a že vydané rozhodnutí bude nespravedlivé).

³¹ Eliáš upozorňuje na to, že se zákazem odepření spravedlnosti se (svérázným způsobem) vypořádával již rakouský josefínský kodex. Soudce tehdy vůbec nemohl užít analogii *iuris* – připadala-li tato v úvahu, musel se obrátit na zeměpána pro poučení, jak má postupovat. Chtěl-li se soudce uchýlit k analogii *legis*, mohl tak učinit toliko poté, co tento svůj záměr zeměpánovi oznámil – Blíže srov. ELIÁŠ, K. *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, s. 105–106.

³² KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 66, podle něj neexistují ani mezery v právu *de lege ferenda*, neboť ty jsou pouze subjektivními názory. Mezery *de lege ferenda* představují právně-politickou kritiku *legis lata* a nemohou být důvodem pro užití analogie. Srov. též PULKRÁBEK, Z. *K problému otevřenosti psaného práva a možnostem jeho dotváření*. *Právník*. 2000, roč. 139, č. 11, s. 1036; 1041–1044, podle něj je možné i mezery *de lege ferenda* zaplnit analogií. Tento autor ovšem vychází z odlišné terminologie – to, co nazývá mezerou *de lege ferenda*, bychom označili za nepravou otevřenou mezeru.

³³ Na nepřesnost pojmu „mezery v právu“ poukazyval již KRČMÁŘ, J. In: KRČMÁŘ, J. – ANDRES, B. *Právo občanské, I: Výklady úvodní a část všeobecná*. Praha: Spolek československých právníků Všeheid, 1936, s. 73–74. Vycházel přitom ze zásady vyloučeného třetího – podobně jako autoři uvedení shora v pozn. č. 30.

³⁴ Srov. též KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*, s. 227. Zajímavé jsou též Pulkrábkovy úvahy – PULKRÁBEK, Z. *K problému otevřenosti psaného práva a možnostem jeho dotváření*, s. 1031–1037 – zda bude ten který autor hovořit o mezerách v právu, či v zákoně, zaleží na vícero faktorech, mj. též na jeho filozofickém vnímání pojmu právo.

³⁵ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 221, s odkazem na CANARIS, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 16, 30.

³⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 227.

³⁷ TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*, s. 100.

³⁸ HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace: ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 18.

³⁹ MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek 1*. Praha: Leges, 2013, s. 195. O pravou mezeru se jedná v případech, kdy právní úprava nezbytně vyžaduje další provedení, které ovšem chybí. Např. podle právní úpravy v předchozím zákoníku práce neexistoval nikdo, kdo by v případě úmrtí zaměstnavatele – fyzické osoby, vystavil zaměstnancům potvrzení o zaměstnání. Podle nynější úpravy (§ 342 odst. 2 zák. práce) toto potvrzení vystavuje krajská pobočka Úřadu práce.

⁴⁰ Slovy rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 27. 3. 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018: „*Nepravá otevřená teleologická mezerka pak je taková, kdy zákonný text vyjadřuje méně, než by odpovídalo smyslu jeho regulace. Právní norma dopadá pouze*

Nedostatečnost právní úpravy se podává z rozporu mezi jazykovým významem zákonné úpravy na straně jedné, a jejím smyslem a účelem na straně druhé.⁴¹ Jde o neúplnost psaného práva v podobě určité absence, kterou zjišťujeme ze srovnání s výslovnou úpravou obdobných případů posuzovanou prizmatem principu rovnosti, jakož i dalších obecných právních principů.⁴² Označení tohoto typu mezery přívlastkem teleologická je tudíž přiléhavé a evokuje, že na její existenci nelze usuzovat (toliko) za pomoci argumentů jazykového výkladu.⁴³

Nepravé mezery se dále člení na otevřené a zakryté.⁴⁴ O otevřenou mezeru jde v situaci, kdy v právních předpisech nenalezneme žádné výslovné pozitivní ustanovení (byť se tato ustanovení pokoušíme vyložit až na okraj jejich nejširšího možného jazykového významu).⁴⁵ Oproti tomu podstata zakryté mezery tkví v tom, že dikce jistého ustanovení je širší, než vyžaduje smysl a účel právní úpravy – dané ustanovení je tak zapotřebí tzv. teleologicky redukovat, tj. za pomoci analogie (v širším slova smyslu) dotvořit výjimku z předmětného ustanovení.⁴⁶ *Mezeru, kterou Nejvyšší soud spatřoval v zákonné úpravě započtení na dědický podíl, bychom dle této typologie zařadili do kategorie mezer nepravých (teleologických) a otevřených.*

Předpokladem pro použití analogie ovšem není jakákoliv ze shora uvedených mezer v zákoně – Lavický⁴⁷ zmiňuje, že musí jít o mezeru nepravou a otevřenou.⁴⁸ O té hovoříme, jak jsme již uvedli shora, je-li text zákona psán příliš úzce, důsledkem čehož by pouze na základě tohoto výslovného znění nebylo možné pod danou právní normu podřadit určité skutkové podstaty, k jejichž nepodřazení však neexistují rozumné důvody.⁴⁹ Meze-
ra v zákoně může být též logickým vyústěním změny společenských podmínek, kterou nemohl historický zákonodárce předvídat, což se jeví jako aktuální obzvláště nyní, v době bryskního technologického rozpuku a v době (přínejmenším v moderní historii) bezprecedentní epidemie.⁵⁰ Nové společenské vztahy, jež v důsledku chybějícího výslovného ustanovení nebude možno subsumovat pod žádné z existujících zákonných ustanovení, pak bude muset řešit soudce za pomoci analogie.⁵¹

na určitou skutkovou podstatu, a nikoliv na skutkovou podstatu jinou, a neexistuje přitom rozumný důvod, proč by se na tuto obdobnou skutkovou podstatu neměla použít.“

⁴¹ MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek 1.*, s. 195.

⁴² HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace: ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*, s. 18. Melzer vedle principu rovnosti uvádí rovněž vnitřní bezrozpornost právního řádu – MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 227.

⁴³ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 185.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 228. S pojmem *zakryté mezery* operuje též náleží Ústavního soudu, ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 318/06, bod 21.

⁴⁵ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 228.

⁴⁶ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. Bern: Stämpfli Verlag, 1998, s. 143; MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 228–229.

⁴⁷ LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 102–103.

⁴⁸ Shodně míní Nejvyšší soud ve svém rozsudku ze dne 1. 6. 2017 32 Cdo 2422/2015.

⁴⁹ LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 102.

⁵⁰ Melzer v takových situacích hovoří o mezeře následné, jejímž protikladem je mezeře počáteční – MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 231. Holländer označuje následně vzniklou mezeru jako sekundární – HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace: ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*, s. 18.

⁵¹ Srov. TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*, s. 105, který uvádí, že pokud by došlo k překonání východisek spojených s rozhodnutím historického zákonodárce a soud by následováním tohoto zákonodárcova rozhodnutí musil dospět k *hrubě nespravedlivému závěru*, je přípustné soudcovské dotváření práva, kterým soudce koriguje rozhodnutí zákonodárce směrem ke změněným společenským podmínkám.

Podle posledního relevantního dělení „mezer“,⁵² jehož význam se projevuje i v rozboru obsaženém ve zvláštní části našeho pojednání, rozlišujeme mezery vědomé⁵³ a nevědomé. Závěr o tom, že konkrétní otázka postrádá výslovnou zákonnou úpravu, sama o sobě nepředstavuje dostatečný podklad pro konečné zjištění mezery v zákoně, kterou je nutno zaplnit.⁵⁴ Vedle absence právní úpravy je totiž předpokladem přípustnosti analogie rovněž *nezáměrnost (protiplánovost) takové absence*. Relevantní záměry (plány) musíme hledat v zákoně, neboť právě jím je soudce vázán – proto tyto záměry nelze odůvodňovat pouhým citem pro spravedlnost, svědomím, kulturním povědomím, většinovým přesvědčením obecnosti o právu či o obecném blahu.⁵⁵ V rámci úvah nad ne/záměrností absence výslovné úpravy dále posuzujeme, zda existuje důvod pro rozlišování mezi posuzovanou situací (pro niž chybí výslovná úprava) a údajně analogickým ustanovením s tím, že výsledek tohoto posouzení nesmí vést k vnitřním rozporům v právním řádu.⁵⁶

1.3.2 Neurčité právní pojmy

Staré úsloví praví: „*Ubi ius incertum, ibi ius nullum*“, čímž naráží na to, že neurčitost práva by měla mít *de facto* ekvivalentní účinky jako chybějící normativní ustanovení. Na první pohled by se tedy mohlo zdát, že zákonodárce je v zájmu zvýšení právní jistoty povolán k preferování relativně konkrétních formulací a k explikaci případných formulací relativně abstraktních. Takovýto apriorní závěr však učinit nelze.⁵⁷ To nejlépe podtrhuje citace Knappa s Gerlochem:⁵⁸ „*Z hlediska právní jistoty a zákonnosti je třeba, aby většina právních pojmů byly pojmy jednoznačné, aby nepřipouštěly zcela volné uvážení soudcovů [...]. Někdy ovšem takovéto vymezení pojmu není možné a nebylo by ani vhodné, poněvadž by, provedeno do důsledku, vyloučilo tvořivý prvek z rozhodování soudů (a kteréhokoliv jiného orgánu) a redukovalo by, jak kdysi říkali pozitivisté, postavení soudcovů na „stroj na aplikaci zákonů“.*“⁵⁹

Neurčité právní pojmy jsou taková slova či slovní spojení, jejichž jádro má úzký rozsah.⁶⁰ Takové pojmy ponechávají na soudní praxi, aby určila jejich konkrétní význam; jinými

⁵² Uvozovky používáme proto, že tzv. vědomá mezeza nenaplnuje shora uvedenou definici mezery v zákoně. Srov. též KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 140, 141, jenž vědomou „mezeru“ označuje přívlastkem delegační.

⁵³ Podstatu vědomé „mezery“ vystihuje staré rozhodnutí c. k. Nejvyššího soudu (Gl. U. N. F. 1483 – převzaté z ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Svazek I*. Praha: V. Linhart, 1935, s. 146): „§ 7 lze užití jen v případě mezery zákona, nikoli, když zákon úmyslně mlčí“.

⁵⁴ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 225.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 226; CANARIS, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 31, 32.

⁵⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 227.

⁵⁷ Blíže srov. PULKRÁBEK, Z. *K problému otevřenosti psaného práva a možnostem jeho dotváření*, s. 1028–1031.

⁵⁸ KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 42.

⁵⁹ Sedláček hovořil o tom, že soudy by neměly být snižovány na „*pouhé mechanické opisovače zákonů*“ – SEDLÁČEK, J. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Svazek I*, s. 129. Lze se setkat i s trefným pojmenováním „*soudce jako subsumpčního automatu*“ – SYLVEŠTROVÁ, T. *Politizace justice, aneb jak ze soudce opět učinit subsumpční automat*. In: VEČEŘA, M. – HAPLA, M. (eds). *Weyrový dny právní teorie 2017, sborník z konference*. Brno: Masarykova univerzita, 2017, s. 123–131.

⁶⁰ KÜHN Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*, s. 37. Srov. též TILSCH, E. *Občanské právo rakouské. Část všeobecná*. Praha: Unie, 1910, s. 47, podle něhož neurčité pojmy vnášejí do zákona „*elementy měnlivého obsahu*“, které vyplňuje doba.

slovy, aby zůstala kontury právního řádu.⁶¹ Ustanovení, které takové pojmy obsahuje, oplývá nadčasovostí, neboť tyto pojmy se mohou v čase vyvíjet a přizpůsobovat se společenskému vývoji.⁶² Že historický zákonodárce s přijetím o. z. rozhodně nespojoval snahu o zamezení konstruktivní činnosti soudců, lze dokládat mj. důvodovou zprávou, v níž se zdůrazňuje jeho záměrná a kategorická averze k maximě odmítající soudní tvorbu práva.⁶³ Není tedy možné vynášet generalizovaný závěr o nevhodnosti neurčitých právních pojmů a ani není možné ve vztahu k o. z. – s ohledem na zmíněný záměr zákonodárce – prohlásit, že by měl být formulován konkrétněji.

Kdy je právní pojem možno považovat za neurčitý? V prvé řadě je nutné si uvědomit, že pro interpretaci a aplikaci práva nemají účinky neurčitých pojmů takové výrazy, které sice jsou formulovány relativně abstraktně, avšak jejichž jednoznačné vymezení poskytla legální definice, popřípadě rozhodovací praxe.⁶⁴ Jako kritérium pro distinkci mezi pojmy relativně konkrétními a relativně abstraktními lze použít mj. proslulý model tří oblastí pojmu z pera Phillipa Hecka,⁶⁵ neboť relativně určité a relativně neurčité pojmy se liší mj. právě mírou shody na tom, co spadá pod jádro, respektive pod neurčitou oblast pojmu. V souvislosti s analogií je pak nutno mít na paměti, že dokud soudce objasňuje, co spadá do jádra nebo do neurčité oblasti pojmu, nejde o analogii. O ní totiž můžeme hovořit až v okamžiku, kdy soudce pod daný neurčitý pojem zařazuje jevy z oblasti mimo rozsah pojmu.⁶⁶

Jak vidno, samotná existence nejasného (neurčitého) jazykového vyjádření není předpokladem použití analogie.⁶⁷ Nezbývá než souhlasit s Eliášovým⁶⁸ shrnutím, že se o analogie nejedná „tam, kde jde o pouhé zjištění obsahu existující normy její normativní interpretaci“ a se závěrem Gerlocha s Knappem,⁶⁹ podle nichž se v důsledku interpretace nakonec i z nejasného pojmu stává pojem jednoznačně vymezený, leč tato jednoznačná vymezenost existuje toliko v relaci k partikulární věci. Na druhou stranu lze souhlasit rovněž s tvrzením, že užití neurčitého právního pojmu analogii bez dalšího nevylučuje.⁷⁰ Pokud ovšem zákonodárce určitou otázku neřeší výslovně, přičemž zároveň záměrně nechává prostor pro soudcovskou úvahu, a to skrze použití neurčitého právního pojmu,

⁶¹ HANUŠ, L. K. „zdanlivému“ přesahu soudní moci v relaci k moci zákonodárné (aneb do jaké míry lze teleologickým výkladem korigovat interpretační výsledek plynoucí ze slovního vyjádření právní normy). *Právník*, 2006, roč. 145, č. 9, s. 986.

⁶² Srov. SVOBODA, E. *Ethické a sociální základy práva občanského*. Praha: Melantrich, 1922, s. 22, 23. Tilsch v této souvislosti hovořil o arbitrárních pravidlech, jež dávají soudcům větší či menší volnost – TILSCH, E. *Občanské právo rakouské. Část všeobecná*, s. 49–50.

⁶³ ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 70.

⁶⁴ Příkladem budiž slovo *mladistvý*, které by v případě, nebyla-li by součástí právního řádu jeho legální definice, dozajista působilo značné problémy. Každý jedinec totiž tento pojem spojuje s jiným věkem a ani v oblasti mimoprávních věd nepanuje shoda.

⁶⁵ Blíže viz např. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 96–98.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 103.

⁶⁷ Srov. SEDLÁČEK, J. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Svazek I*, s. 142, kde je nedostatečně formulovaná právní norma, jejíž následná rekonstrukce je proto problematická, označena jako „mezera ve slovesném podání normového úsudku“.

⁶⁸ ELIÁŠ, K. *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, s. 99.

⁶⁹ KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 42.

⁷⁰ Ke vztahu neurčitých právních pojmů (generálních klauzulí) a mezer v zákoně srov. též CANARIS, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 26–29, který dospívá k závěru, že v případě, že zákonodárce používá neurčité právní pojmy, nelze hovořit o mezeře v zákoně, a to jednak z důvodů subjektivně historických, jednak z důvodů teleologických.

nelze dle našeho mínění sahat po analogii, a to proto, že se v takovém případě jedná o vědomou „mezeru“.⁷¹

1.3.3 Hledání podobné úpravy

Proces hledání podobné úpravy můžeme charakterizovat jako pátrání po tom, jak by danou situaci řešil racionální normotvůrce, pakliže by s ní byl konfrontován.⁷² K nalezení tohoto řešení nám dopomůže pozorování toho, jak normotvůrce reguloval situace s podobnými rysy – tj. jaká jednoznačná hodnotová rozhodnutí učinil na jiných místech.⁷³ Toto hledání pomyslného normotvůrce postojem budiž aktuální zvláště v případě mezery v zákoně vzniklé v důsledku podstatné proměny společenských poměrů, o které byla řeč výše. V případě zaplňování takto vzniklé mezery budou i v současnosti (alespoň do jisté míry) přílehlavé tyto závěry meziválečné doktríny: „*Soudce tedy jest oprávněn vlíti nové právní myšlenky do staré formy zákona, a otázkati se přitom, co by bylo úmyslem zákonodárcovým, kdyby tento znal přeměnu sociálních poměrů životních a správně uváživ přítomné sociální zájmy vydával zákon.*“⁷⁴

Toto pozorování je pak nutné provádět podle pravidel obsažených ve druhé a třetí větě souvětí zaznamenaného v § 10 odst. 1 o. z.: „[...] *posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího*“. Použití superlativního slova *nejbližšího* implikuje, že musíme hledat ustanovení, pod něž lze subsumovat situaci s největší mírou blízkosti k situaci, jež má být rozřešena. Vzhledem k rubrice *Analogie* je pak onu blízkost možno chápat ve smyslu *podobnosti*. Požadavku zákona tedy bude odporovat použití ustanovení, které upravuje situaci výslovně neupravenému případu velmi podobnou, existuje-li současně ustanovení řešící situaci ještě podobnější.

Co přesně si máme dosadit pod onu podobnost? Při zjišťování míry podobnosti se jako vhodné jeví uplatnění zmíněného modelu tří oblastí pojmu – dovodíme, jak dalece se výslovně neupravený právní případ nachází od hranice nejširšího možného jazykového významu ustanovení, které se jeví, že se týká právního případu nejbližšího. Míra podobnosti je pak nepřímou úměrná vzdálenosti výslovně neupraveného případu od oné pomyslné hranice.⁷⁵

Nemůžeme přitom opomenout zmínku zákona o *obsahu a účelu*, přičemž použití konjunkce bez pochyb značí, že se soud musí zabývat oběma jmenovanými kategoriemi.

⁷¹ Zřejmě shodně míní TVRDÍKOVÁ, L. Teorie mezer a nejednotný přístup k nim v soudní praxi. *Jurisprudence*, 2019, č. 6, s. 35, která píše o tom, že užitím neurčitých pojmů zákonodárce nezakrytě přenáší část pravomoci na soudy – srov. též CANARIS, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 27 (28), a to zejména jeho odkaz na autory uvedené v pozn. č. 46.

⁷² PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník: Komentář. Svazek I, (§§ 1–654)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 48. Tito autoři používají přílehlavého pojmenování, a sice že „hledáme nevyřešenou vůli zákonodárce“.

⁷³ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 226–227.

⁷⁴ DNISTRJANSKÝ, S. *Základy moderního práva soukromého*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1928, s. 332. Zde je zapotřebí podotknout, že podle dnešní dogmatiky bychom zákonodárcem v tomto smyslu měli rozumět zákonodárce racionálního (tj. fiktivního), nikoli zákonodárce historického.

⁷⁵ To platí nejen o jazykové, nýbrž i o teleologické podobnosti – srov. HANUŠ, L. K. „*zdánlivému*“ *přesahu soudní moci v relaci k moci zákonodárné (aneb do jaké míry lze teleologickým výkladem korigovat interpretační výsledek plynoucí ze slovního vyjádření právní normy)*, s. 1001: „Čím větší odchýlení se od slovního znění právní normy je upřednostněno, tím větší jsou tudíž i nároky kladené na přesvědčivost důvodů ve prospěch teleologického výkladu svědčící.“

První kategorie, s níž si nejeden právník zajisté spojí samotné slovo *účel*, je teleologická úvaha.⁷⁶ Sobek,⁷⁷ Remeš⁷⁸ či Lavický⁷⁹ staví teleologickou, respektive axiologickou úvahu do pozice řešení celého problému hledání podobného ustanovení. Právě taková úvaha totiž umožní posouzení míry podobnosti mezi zkoumaným (výslovně neupraveným) a upraveným případem. Jak poznáme účel zákona? Podle Eliáše⁸⁰ k němu dospíváme skrze logickou strukturu zákona, jeho celkovou stavbu a jeho sociální účel, kterým je zajištění rovnovážného společenského uspořádání. Při tom předpokládáme, že úmyslem (racionálního) zákonodárce je vždy spravedlnost.⁸¹

Co se účelu týče, zmiňme ještě Gerlochovu⁸² diferenciaci účelů (neboli cílů) bezprostředních a perspektivních. Zatímco bezprostřední (konkrétní) účely jsou právě ty, k jejichž dosažení bylo dané ustanovení přijato, účely perspektivní (abstraktní) lze vymezit jako účely směřující k naplňování hodnot v právu a související s těmito hodnotami.⁸³ Nejobecnějšími účely práva jsou pak stěžejní hodnoty jako svoboda, rovnost, jistota a spravedlnost.⁸⁴ Při řešení otázky podobnosti účelu by měly být zohledněny obě kategorie účelů. Zjištění konkrétního účelu spojeného s ustanovením, nad jehož analogickou aplikací uvažujeme, je především záležitostí výkladu teleologického a částečně též historického.⁸⁵ Jakmile soudce smysl a účel takového ustanovení nalezne, je namístě, aby si položil tuto otázku: *Lze tento konkrétní smysl a účel vztáhnout i na mnou posuzovaný výslovně neupravený právní případ?*⁸⁶

Ovšem musíme mít stále na paměti též účely perspektivní – o. z. ostatně sám v § 2 odst. 1 stanoví, že kromě ústavní konformity jakéhokoliv výkladu a aplikace o. z. je podstatný i jejich soulad se zásadami, na nichž o. z. spočívá a dále rovněž trvalý zřetel k chráněným hodnotám. Tyto hodnoty pak vycházejí z určité hodnotové soustavy, slovy důvodové zprávy „*vyjádřené ve shodě s naším ústavním pořádkem právě a především zásadami práva přirozeného*“.⁸⁷ V literatuře lze nalézt názor, že existence výslovného ustanovení upravujícího přípustnost analogie má až druhotný význam; prim hrají principy, na nichž stojí ústavní pořádek státu a ve kterých je nutné hledat vodítko pro posouzení a rozřešení právních případů.⁸⁸ Rovněž ve věci abstraktních účelů je tedy relevantní položit si stejnou otázku jako u účelů konkrétních: *Dojde při (ne)použití tohoto ustanovení na daný neupravený případ k dotčení (zvl. ústavním) právem chráněných hodnot?*

⁷⁶ Uplatní se mudroslovní: „*Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.*“

⁷⁷ SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*, s. 185, jenž označuje *ratio legis* za *tertium comparationis* relevantní podobnosti regulovaného a údajně analogického případu.

⁷⁸ REMEŠ, J. In: PETROV, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha, C. H. Beck, 2019, s. 52.

⁷⁹ LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 102–103.

⁸⁰ ELIÁŠ, K. *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, s. 101.

⁸¹ Ibidem; či HOBBS, T. *Leviathan*. Praha: Melantrich, 1941, s. 300.

⁸² GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 286.

⁸³ Srov. též MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 242, který podobnost případů, která je klíčem k uplatnění analogie, vnímá jako podobnost upraveného a neupraveného právního případu v podstatných bodech teleologického základu.

⁸⁴ GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 287.

⁸⁵ TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*, s. 98.

⁸⁶ Srov. SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*, s. 138, včetně tam uvedeného judikatorního příkladu (*Adams v. New Jersey Steamboat Co.*).

⁸⁷ ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*, s. 62–63.

⁸⁸ ELIÁŠ, K. *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, s. 113–114.

Sumarizujme tedy shora uvedené. Při hledání podobné úpravy je třeba řešit otázku podobnosti obsahů upraveného a neupraveného společenského vztahu. Dále je potřeba popasovat se s otázkou, zda konkrétní cíle spojené s výslovným ustanovením, které se jeví jako analogické, dopadají též na regulaci neupraveného případu. V neposlední řadě je důležité zohlednit též hodnoty, a to jak ty, které jsou spojeny s výslovným ustanovením, jehož analogická aplikace je zvažována, tak ty, které právo chrání v obecné rovině.

Tato úvaha nicméně pochopitelně nemusí končit kladným stanoviskem ve smyslu, že podobná úprava splňující shora zmíněné atributy existuje. V takovém případě zůstávají otevřená zadní vrátka pro analogii *iuris*, upravenou v § 10 odst. 2 o. z.

1.3.4 Meze analogie (a dotváření práva)

K analogii se nelze uchýlovat v případech, pro které je její užití zapovězeno. Typickým příkladem zákonného zákazu analogie je nepřipustnost analogie v neprospěch pachatele v trestním právu hmotném.⁸⁹ Ani v obecném právu soukromém však není využití analogie na výslovně neupravené právní případy bezbřehé. Zvláště je potřeba mít na paměti výkladová ustanovení a základní zásady uvedené v obecné části o. z. – zejména v ustanoveních § 2 a 3. Např. v duchu § 2 odst. 3 o. z. není možné použít na výslovně neupravený právní případ takové ustanovení, jehož použití by v daném kontextu znamenalo rozpor s dobrými mravy, případně směřovalo ke krutosti a bezohlednosti urážející obvyčejné lidské citění. Zákaz použití analogie je zde vyjádřen *implicitě*.

V této souvislosti dále nelze opomenout ani tzv. meze dotváření práva.⁹⁰ Analogická aplikace je nepřipustná též tehdy, pokud by její užití odporovalo jednoznačné dikci ustanovení spolu se zřetelným úmyslem historického zákonodárce.⁹¹ To platí toliko s výhradou podstatné změny okolností.⁹² Meze dotváření práva vystihují následující slova tuzemského strážce ústavnosti: „*Hranicí mezi tvorbou práva a (ještě) dotvářením práva je kritérium, zda bezdůvodná diferenciacie mezi komparovanými skutkovými podstatami je vědomým rozhodnutím zákonodárce, či nikoli. Soudce zásadně není oprávněn vyplnit vědomou mezeru v zákoně. Pokud je hodnotově nekoherentní úprava zákonodárcem skutečně chtěná (je si vědom rozporu s teleologickým pozadím právního řádu, a přesto takovou úpravu přijme), je tím posílen demokratický princip a princip dělby moci, když tvorba práva přísluší primárně demokraticky zvolenému zákonodárci, nikoli soudci. To, zda šlo o vědomé či nevědomé rozhodnutí zákonodárce (mezeru vědomou či nevědomou), lze zjistit především jasně průkazným úmyslem zákonodárce; jde o skutečnou vůli zákonodárce (subjektivní historický výklad), nikoli o vůli, která se bude jen předpokládat (platí totiž*

⁸⁹ K analogii v právu veřejném srov. blíže např. PULKRÁBEK, Z. *K problému otevřenosti psaného práva a možností jeho dotváření*, s. 1044–1047.

⁹⁰ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 232–234, který v této souvislosti hovoří o hranicích *legis lata*, jejichž překročení je možné toliko skrze novelizaci, potažmo kasační nález Ústavního soudu. Srov. též KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 152, jenž v tomto kontextu hovoří o kvalifikovaném mlčení zákona.

⁹¹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 232–233; REMEŠ, J. In: PETROV, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, s. 52; KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*, s. 207–208. Poněkud zdrženlivější je PULKRÁBEK, Z. In: *K problému otevřenosti psaného práva a možností jeho dotváření*, s. 1041.

⁹² MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 233, 234.

*presumpce opačná, předpoklad racionálního zákonodárce). [...] Dojde-li však k následné změně faktického stavu či právního řádu, která teprve způsobí či značně zesílí rozpornost zkoumaného ustanovení s teleologickým pozadím právního řádu, obecně nelze již hovořit o tom, že tento stav byl zákonodárcem chtěný, když se rozhodoval za zcela jiných podmínek; pak dotváření práva obecně přípustné je, přičemž lze hovořit o tzv. následné mezeře v zákoně.*⁹³

1.4 Resumé

Jak jsme se pokusili dokázat, řešení právních případů, které nejsou upraveny výslovným zákonným ustanovením, vyžaduje posouzení celé řady otázek. Rozhodně neplatí, že použití analogie, ať už *legis*, nebo *iuris*, je namístě v každé situaci, kdy se někdo domáhá právní ochrany, ale jeho případ (zdánlivě) nelze bezvýhradně rozřešit na základě výslovného ustanovení. Existují totiž „mezery“ v zákoně, které nejsou právně relevantní nebo které nejsou mezerami v pravém slova smyslu.⁹⁴

Třebaže je daná mezeura právně relevantní, není přípustné bezbřehé uplatňování analogie. Jinými slovy, diskreční pravomoc soudců se nachází v prostoru ohraničeném mírou podobnosti výslovně neupraveného případu s případem upraveným, a to z hlediska obsahu a účelu. Není bez zajímavosti, že právě účel při hledání analogického ustanovení hraje dle převládajících zdrojů primární úlohu. I vzhledem k dikci § 10 o. z. je na místě posouzení podobnosti mezi podstatnými rysy upraveného a neupraveného společenského vztahu, přičemž touto podobností se rozumí podobnost teleologická (nazíraná prizmatem racionálního zákonodárce).⁹⁵

Úloha soudce, jenž musí, vycházející ze všech shora přiblížených faktorů, dospět k jasnému verdiktu, je však poměrně trudná. Situaci navíc komplikuje jev výstižně zachycený Sobkem,⁹⁶ totiž že soudci mnohdy nejprve dospějí k rozhodnutí (závěru), jež považují za nevhodnější, a teprve posléze hledají odůvodnění, které k takovému závěru vede. V případě takového postupu se pochopitelně shora nastíněný postup pro uplatňování analogie jeví zbytným. I přes zmíněná úskalí se domníváme, že soudcovská diskrece představuje element s pozitivními účinky. Musíme ovšem stále počítat s tím, co ohledně diskrece pravil Dworkin:⁹⁷ „*To, že nějaký funkcionář má diskreci, neznamená, že může rozhodovat, jak chce, aniž by se ohlížel na standardy rozumnosti a slušnosti, ale znamená jen to, že při jeho rozhodování nerozhoduje standard daný nějakou autoritou, který máme na mysli, když otázku diskrece nastolujeme.*“

⁹³ Nález Ústavního soudu ze dne 27. 3. 2014, sp. zn. III. ÚS 2264/13; přílehavě též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 4. 2014, čj. 6 Ads 99/2013-18.

⁹⁴ V takovém případě vyvstává otázka, je-li na místě používat vůbec v této souvislosti slova *mezeura* – Srov. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*, s. 201. Někteří v této souvislosti hovoří též o mezerách vědomých či zamýšlených – srov. MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek 1.*, s. 196.

⁹⁵ Srov. též PULKRÁBEK, Z. *K problému otevřenosti psaného práva a možností jeho dotváření*, s. 1038.

⁹⁶ SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*, s. 132. Srov. též HANUŠ, L. *Glosy k právní argumentaci*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 32, jenž správně podotýká, že odůvodnění předem zaujatého interpretačního výsledku není postupem *lege artis*. Na stranu druhou uzejme, že kritizovaný postup lze považovat za do jisté míry přirozený z hlediska fungování lidské mysli.

⁹⁷ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 56–57.

2. Rozbor konkrétního soudního rozhodnutí

2.1 Přehled dosud publikovaných názorů

V doktríně panuje vzácná jednota v tom, že tříleté časové omezení normované v § 1660 o. z., které omezuje rozsah započitatelných plnění (tzv. konferenda),⁹⁸ se má použít též v případech započtení na dědický podíl soudem. Jinými slovy, započíst lze zásadně⁹⁹ toliko to, co dědic od zůstavitele bezúplatně obdržel v posledních třech letech před zůstavitelovou smrtí. K tomuto závěru dospívají různí autoři na základě rozličných argumentů.¹⁰⁰ Jak již bylo předznamenáno v úvodu, soudy s tímto právním názorem souzní a judikují v jeho duchu. Vzhledem k diskurzivní závaznosti judikatury i k tomu, že závěry Nejvyššího soudu jsou zobecnitelné, lze očekávat, že je praxe přijme za své. Náš alternativní pohled tak musí být silně odůvodněn, aby se mohl – byť třeba s odstupem mnoha let – prosadit i přes naše postavení osamělých vojáků stojících proti nebyvale sešikované armádě soudců a právních vědců. Cílem zvláštní části tohoto příspěvku je se o to pokusit – argumenty se snažíme vrstvit od nejméně závažných po ty nejzávažnější s tím, že je z propeudeutických důvodů členíme do skupin odpovídajících jednotlivým výkladovým metodám. Některé z argumentů mají smíšenou povahu, nelze proto vyloučit, že se některým čtenářům bude zdát, že měly být zařazeny do jiné přihrádky.

2.2 Metodologický rozbor předmětného rozhodnutí

2.2.1 Formálně systematické argumenty

Formálně systematické argumenty jsou zřetelné na první pohled a jejich existenci si uvědomoval i Nejvyšší soud, koneckonců právě proto se uchýlil k analogii. Přesto zde uvádíme závěry systematického výkladu, neboť i ony svědčí v neprospěch správnosti závěrů rozebraného rozhodnutí. Systematický výklad hraje nepřehlédnutelnou roli především proto, že je zaměřen na tzv. primární objekt interpretace, jímž je text právního předpisu.¹⁰¹

Zákonná systematika zřetelně a přehledně rozlišuje mezi úpravou započtení na povinný díl, úpravou započtení na dědický podíl a společnými ustanoveními aplikovatelnými na obě zmíněné alternativy. Činí tak zejména prostřednictvím označení rubrik. Tato označení svědčí závěru, že ustanovení § 1664 o. z. je samostatně aplikovatelné.¹⁰²

⁹⁸ K tomuto pojmu viz ROUČEK, F. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému občanskému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Svazek III.* Praha: V. Linhart, 1936, s. 480–481.

⁹⁹ Pomineme-li plnění vyjmenovaná v § 1661 o. z.

¹⁰⁰ Srov. ŠEŠINA, M. – WAWERKA, K. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek IV.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 404; SVOBODA, J. In: FIALA, R. – Drápal, L. a kol. *Občanský zákoník IV. Dědické právo (§ 1475–1720).* Praha: C. H. Beck, 2015, s. 456; ŠEŠINA, M. – MUZIKÁŘ, L. – DOBIÁŠ, P. *Dědické právo: kompletní pohled na dědění z hlediska hmotněprávního, procesního a mezinárodního.* Praha: Leges, 2019, s. 258; KITTEL, D. In: PETROV, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář.* s. 1702.

¹⁰¹ Srov. BERAN, K. *Výklad právních jednání a interpretace soukromoprávních předpisů: co mají společného, čím se liší a jaký to má význam?*, s. 126, který z této skutečnosti usuzuje na přednostní úlohu tzv. standardních výkladových metod a který zastává stanovisko, že k nadstandardním metodám lze přistupovat pouze v případě tzv. *hard cases*, a to ze strany soudů vyšších instancí.

¹⁰² Ztotožňujeme se s názorem, že rubriky jsou integrální součástí předpisu, a mají proto být předmětem výkladu, který hájí např. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 69; či velmi přesvědčivě MELZER, F. *Methodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 136–138.

Ustanovení § 1662 o. z., které někteří¹⁰³ používají pro zdůvodnění stanoviska o aplikovatelnosti § 1660 a 1661 o. z. na obě kategorie započtení, by snad bylo možno – na samé hranici jeho představitelného jazykového významu – extenzivně vyložit v tom smyslu, že se *stejným výpočtem* rozumí i stejný předmět započtení. Nicméně my tento názor nesdílíme, neboť v neprospěch extenzivního výkladu dle našeho mínění hovoří zejména teleologické argumenty rozvedené níže. Výpočtem se rozumí toliko mechanismus, který vychází z konstrukce tzv. kolační podstaty a je upraven především v § 1655 o. z. Koneckonců ani výklad *a rubrica* by nespověděl ve prospěch tohoto stanoviska, neboť rubrika „*Výpočet povinného dílu*“ zahrnuje toliko ustanovení § 1654–1657 o. z. (tedy nikoli § 1660 a 1661). Oslím můstkem k další skupině argumentů budiž citace obecné části důvodové zprávy: „*Nadpisům částí, hlav, dílů a pododdílů, jakož i rubrikám označujícím skupiny paragrafů nebo jednotlivé paragrafy věnovala přípravná komise zvláštní péči, ježto jsou míněny jako názvy dílčích oddělení zákona.*“¹⁰⁴

2.2.2 Subjektivně historické argumenty

Význam subjektivně historického výkladu bývá někdy bagatelizován,¹⁰⁵ přesto nelze zpochybnit roli historických argumentů přinejmenším v případech, kdy teleologická analýza vyznívá rozporuplně, potažmo jako potvrzení výsledků získaných na jejím základě.¹⁰⁶ Vývoj předlohy kodexu podle nás příliš jasných vodítek nedává. Výsledná úprava je zřetelným kompromisem, přičemž z přípravných materiálů lze stěží usuzovat na příklon tím či oním směrem – tj. spíše k širší, či spíše k užší ochraně nepominutelných dědiců. Nelze tak například argumentovat nepřijetím úpravy obsažené ve verzi návrhu z roku 2005, dle níž mělo být rozdílně započítáváno v případě dědění dle testamentární a intestátní posloupnosti.¹⁰⁷ Nepřijetí této koncepce by sice samo o sobě bylo subjektivně-historickým argumentem hovořícím spíše ve prospěch restriktivního přístupu k § 1664 o. z., avšak tatáž verze návrhu zároveň obsahovala ustanovení § 1405,¹⁰⁸ jehož vypuštění v pozdějších verzích návrhu by svědčilo spíše přístupu opačnému.

Z historického pohledu je tak podle našeho mínění relevantní toliko již naznačený příklon k větší volnosti svěřené historickým zákonodárcem do rukou soudců. Nelze přitom

¹⁰³ ŠEŠINA, M. – WAWERKA, K. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek IV.*, s. 456; SVOBODA, J. In: FIALA, R. – DRÁPAL, L. a kol. *Občanský zákoník IV. Dědické právo (§ 1475–1720)*, s. 456–457; či usnesení Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 31. 5. 2017, sp. zn. 7 Co 509/2017.

¹⁰⁴ ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*, s. 51; srov. též SEDLÁČEK, J. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému občanskému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Svazek I*, s. 127. „*Jsou pro nás cenné také nadpisy jednotlivých oddílů i celá systematika zákona, která je nám výrazem určitého úsudku zákonodávce, třeba není stylisticky vyjádřen v nějaké gramatické větě.*“

¹⁰⁵ Srov. KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 201: „*Nejméně spolehlivý a teoreticky pochybný je výklad historický [...] [P]rávní normu nelze vykládat podle doby, kdy byla vydána, ale podle doby, kdy je aplikována.*“

¹⁰⁶ Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva: úvod do právní argumentace*, s. 201; TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*, s. 98; LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 44. Význam historického výkladu dokládá klasický příklad týkající se výkladu pojmu „*zbožné odkazy*“, do jehož rozsahu byly v duchu jeho historického významu řazeny i odkazy chudým, třebaže v obecné mluvě se tento rozsah postupem času zúžil – srov. TILSCH, E. *Občanské právo rakouské. Část všeobecná*, s. 59.

¹⁰⁷ Srov. § 1404 odst. 2 a 3 návrhu občanského zákoníku z roku 2005 [online]. [cit. 2021-02-05]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/OZ_verze_2005.pdf>.

¹⁰⁸ § 1405 návrhu z roku 2005: „*Co dal rodič dítěti a nevytkl výslovně, že to bylo dáno na účet jeho dědického podílu, nezapočte se. [...]*“

předpokládat, že by historický (a jak bude popsáno níže, patrně ani racionální) zákonodárce chtěl, aby soudy tuto volnost alibisticky odmítly. To však Nejvyšší soud svým rozhodnutím *de facto* učinil. Proč by zákonodárce používal v § 1664 o. z. abstraktní formulace, kdyby nechtěl svěřit soudům možnost zvážit okolnosti konkrétní věci?¹⁰⁹ Domníváme se, že důsledky, k nimž analogická aplikace § 1660 o. z. může vést, nemohly být zákonodárcovým záměrem. Proč bychom měli jinak totožné skutkové okolnosti posoudit odchylně jen v závislosti na tom, zda zůstavitel zemřel 2 roky a 364 dní po poskytnutí plnění, či zda mezi živými vydržel o 2 dny déle, tj. 3 roky a 1 den od inkriminovaného dne?¹¹⁰ Pravda, tytéž důsledky hrozí i v případě započtení na povinný díl, tam ovšem toto rozhodnutí učinil historický zákonodárce výslovně a zcela jednoznačně, a tudíž narážíme na hranice *legis lata*.¹¹¹

Obecný příklon historického zákonodárce k posílení role soudů dokumentuje jednak důvodová zpráva,¹¹² jednak již zmíněný článek hlavního autora zákonné předlohy,¹¹³ a konečně rovněž zákon sám.¹¹⁴ Podle Eliášovy stati je občanský zákoník „*vědomě vystavěn jako otevřená textura vybízející soudce k tvorbě [sic!] a dotváření práva*“. Ano, Nejvyšší soud tato slova vyslyšel, když vyhověl jejich dikci a právo dotvořil. Učinil tak ovšem způsobem, který se přičí smyslu citovaného sdělení a *který sice možná obstál v poměrech konkrétní věci, avšak jehož obecné prosazení pokládáme za problematické*. Je nicméně potřeba dodat, že ve vztahu k úpravě započtení na dědický podíl nemáme jiný konkrétní hmatatelný důkaz o tom, že historický zákonodárce hodlal zanechat prostor pro soudcovo uvážení, nežli otevřený text ustanovení § 1664 o. z. a v něm použité neurčité právní pojmy.¹¹⁵ To se může některým kritikům jevit jako důkaz nedostačující, proto přikročme k poslední skupině argumentů.

2.2.3 Teleologické argumenty

Jak již bylo v tomto pojednání nejménou poznamenáno, dotváření práva se musí opírat o teleologické argumenty (což plyne z § 2 ve spojení s § 10 o. z.).¹¹⁶ „*Mechanická aplikace [...] neuvědomující si [...] smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcizení a absurd-*

¹⁰⁹ Uznáváme, že použití neurčitého právního pojmu v určitém ustanovení bez dalšího nevyklučuje možnost dotvořit určité pravidlo za pomoci analogie. Takové dotvoření však nesmí vést ke „zmrazení“ obsahu právní normy, tj. k tomu, že soudce učiní z neurčitého pojmu obsaženého v daném ustanovení pouhopouhý přebytečný ornament.

¹¹⁰ Nelze argumentovat v tom smyslu, že např. promlčení lze také s úspěchem namítat bez ohledu na to, zda promlčecí lhůta uplynula před dvěma lety či předevčírem. V ustanoveních upravujících promlčecí lhůty upravil tyto důsledky zákonodárce, a to jednoznačně a cíleně, kdežto o úpravě v § 1664 o. z. totéž konstatovat nelze.

¹¹¹ Případně nespravedlivé důsledky tvrdosti zákonného textu by se daly řešit dle § 2 odst. 2 a 3 o. z.

¹¹² Srov. ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*, zejména s. 72, (73), kde je deklarována tendence koncipovat zákon tak, aby bylo možné jeho výklad přizpůsobovat vývoji společenské a ekonomické reality, což může být vhodné též ve vztahu k § 1664 o. z. – srov. též níže v pozn. pod čarou č. 121.

¹¹³ ELIÁŠ, K. *Nový občanský zákoník ve Sbírce zákonů*, s. 232–233.

¹¹⁴ Srov. časté používání formulací *přiměřeným způsobem, podle zásad slušnosti, bez zbytečného odkladu, hrubý nepoměr, zájem hodný právní ochrany, neodůvodněně* apod.; dále zakotvení § 2, 3, či 10; opuštění výtčových metod a jejich nahrazení obecnými kritérii (§ 1 odst. 2; § 588); či explicitní zdůraznění samostatné aplikovatelnosti generální klauzule bezdůvodného obohacení.

¹¹⁵ Srov. TVRDÍKOVÁ, L. *Teorie mezer a nejednotný přístup k nim v soudní praxi*, s. 35, která jako příklad vědomé „mezery“ v zákoně, kterou soudy zaplnit nesmí, uvádí otevřeně formulovanou první větu § 140 odst. 2 o. z., jež svou konstrukcí připomíná § 1664 o. z.

¹¹⁶ MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek 1*, s. 194.

dity.¹¹⁷ Při teleologických úvahách se obecně ptáme takto: *Proč by racionální zákonodárce přijímal takovou úpravu?*¹¹⁸ Přeneseno do konkrétnější roviny – proč by racionální zákonodárce přijímal úpravu obsaženou v § 1664 o. z.? Je to jen proto, aby svěřil soudům pravomoc provést započtení na dědický podíl, nebo chtěl rovněž autonomně stanovit podmínky, za nichž tak mohou učinit?

Nejprve předpokládejme, že smyslem onoho ustanovení je též autonomní stanovení podmínek, za nichž může soud provést započtení. Tyto podmínky jsou předmětným ustanovením stanoveny značně abstraktně. Opět se nabízí otázka, jež se tímto příspěvkem line jako červená nit: *Jaký je smysl a účel používání neurčitých právních pojmů?* Odpověď je nasnadě – takové pojmy umožňují zohlednění okolností konkrétního případu, a jsou tudíž prostředkem k uplatnění (distributivní) spravedlnosti.¹¹⁹ Ustanovení § 1664 o. z. by mohlo sloužit jako učebnicový příklad k demonstraci *otevřených rozhodovacích procesů*,¹²⁰ neboť obsahuje jak neurčitý právní pojem („*neodůvodněně*“), tak výraz „*může*“, který autorizuje soudce k neprovedení započtení, přestože shledá, že *in concreto* byla naplněna hypotéza předmětného ustanovení.¹²¹ O to absurdněji vyznívá, když i přes jeho existenci dovodil Nejvyšší soud v úpravě započtení na dědický podíl mezeru (srov. shora uvedený výklad ke vztahu analogie a neurčitých právních pojmů).

Knapp¹²² popisuje schéma analogie *legis* takto: „*platí-li něco pro A₁, platí totéž – není-li specifické úpravy – pro A₂*“. Z toho plyne, že analogii nelze použít, řešíme-li otázku, ohledně níž zákon řešení nabízí.¹²³ *Úprava § 1664 o. z. dle našeho mínění obsahuje komplexní úpravu započtení na dědický podíl soudem, a není tudíž namístě sahat po analogii, neboť zákonná úprava nevykazuje mezeru proprio sensu*. Nanejvýše by bylo možné říci, že svou abstraktní formulací zakládá § 1664 o. z. existenci „*mezery*“ *intra verba legis*.¹²⁴

Abychom verifikovali závěr o komplexnosti úpravy obsažené v § 1664 o. z., měli bychom zohlednit též opačnou stránku věci, tedy problematické aspekty používání abstraktních formulací v právních předpisech, které spočívají v možném narušení právní jistoty. Je rovněž zapotřebí uznat, že racionální zákonodárce by mohl zakotvením určitých časových úseků sledovat též pragmatické cíle, především snahu minimalizovat potřebu

¹¹⁷ Nález pléna Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

¹¹⁸ Obecně ve vztahu k teleologickému výkladu MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek 1.*, s. 75.

¹¹⁹ Srov. CANARIS, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 28; BOGUSZAK, J. In: BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. *Teorie práva*. Praha: Codex, 1997, s. 231.

¹²⁰ Blíže k otevřeným rozhodovacím procesům srov. BOGUSZAK, J. In: BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. *Teorie práva*, s. 228 an.

¹²¹ *Ibidem*, s. 231; srov. též PULKRÁBEK, Z. *K problému otevřenosti psaného práva a možnostem jeho dotváření*, s. 1029–1031. Použití slova „*může*“ bychom snad mohli vnímat též jako zmocnění soudce k tomu, aby při zvažování aplikace § 1664 o. z. zohlednil též okolnosti mimoprávní, jež jsou v procesu nalézání práva zásadně irelevantní (např. celospolečenskou náladu ohledně rozsahu ochrany nepominutelných dědiců a tradiční rodiny, jakož i vývoj zahraničních právních řádů). Oporu lze nalézt v Tilschově pojmání tzv. *elementů měnlivého obsahu*, podle něhož obsah takových elementů (např. dobré mravy, slovo přiměřeně) podléhá nenáhlým změnám, a to v závislosti na názorech obecnstva – TILSCH, E. *Občanské právo rakouské. Část všeobecná*, s. 47–48; srov. též CANARIS, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 28–29.

¹²² KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 172.

¹²³ HANDLAR, J. In: ŠVESTKA, J. – SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník I, II*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 2410.

¹²⁴ Takovou „*mezeru*“ pak „*zaplníme*“ výkladem v rámci odstraňování sémantických nejasností uvnitř možného jazykového významu zákona. K tomu srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 222; 231–231; CANARIS, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, s. 29 (včetně dalších autorů, na něž je odkazováno v pozn. pod čarou č. 46), s. 130.

nesystémových řešení. Případný spor ohledně započtení (třebaže skutkové povahy) totiž musí v prvním stupni rozseknout soudní komisař,¹²⁵ což vede k nesystémovým důsledkům vzhledem k povaze pozůstalostního řízení jako řízení nesporného. Mohla by mezera v zákoně plynout z nutnosti upřednostnit v tomto kontextu právní jistotu před spravedlností? Domníváme se, že nikoli, neboť takovýto hodnotový příklon by musel učinit zákonodárce, a to alespoň tím, že by otázku konfliktu hodnot ponechal otevřenou. Použitím neurčitých právních pojmů však dle našeho soudu došlo k hodnotovému příklonu směrem ke spravedlnosti.

Právní závěr upřednostňující právní jistotu by v tomto případě znamenal nalézání práva *contra verba legis*, pro nějž v daném případě není místo. Takové nalézání práva je výjimečně možné, a to v případě zaplňování zakrytých mezer za pomoci nástroje nazývaného teleologická redukce.¹²⁶ Zvažujeme-li užití tohoto nástroje, musíme mít na vědomí s ním spojené narušení právní jistoty.¹²⁷ Chceme-li užít teleologickou redukci, musíme poměřovat narušení právní jistoty s ní spojené, na straně jedné, a princip bezrozpornosti a rovnosti, na straně druhé.¹²⁸ Narušení později jmenovaných principů přitom musí být natolik zřejmé, že samo redukované ustanovení musí svým širokým rozsahem vyvolávat reakce typu: „*To snad ten zákonodárce ani nemohl myslet vážně.*“¹²⁹ Takové reakce však § 1664 o. z. nevyvolává. Úvaha o teleologické redukci ustanovení, které obsahuje neurčité právní pojmy, je sama o sobě podivná.

Dále můžeme zohlednit rovněž historické souvislosti (*occasio legis*). V době přijetí platného občanského zákoníku již ohledně výkladu druhé a třetí věty § 484 zákona č. 40/1964 Sb.¹³⁰ existovala ustálená a obecně přijímaná judikatura,¹³¹ která v nich použité neurčité pojmy konkretizovala, čímž eventuální právní nejistotu do značné míry korigovala.¹³² Nelze proto dovozovat, že by (historický a patrně ani racionální) zákonodárce měl důvod reagovat na neúnosnou právní nejistotu panující ohledně výkladu a aplikace institutu započtení zakotvením daného časového omezení.

¹²⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 6. 2003, sp. zn. 30 Cdo 889/2002; ŠEŠINA, M. – MUZIKÁŘ, L. – DOBIÁŠ, P. *Dědické právo: kompletní pohled na dědění z hlediska hmotněprávního, procesního a mezinárodního*, s. 256.

Povšimneme si však rovněž toho, jak funguje *law in action*. Soudní komisaři § 1664 o. z. aplikují – v případě posuzovaném Nejvyšším soudem, provedl soudní komisař započtení na dědický podíl, třebaže k němu došlo dříve než v období tří let před zůstavitelovou smrtí.

¹²⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 105, 211, 248–249. Pojem teleologické redukce v tomto smyslu používá též zahraniční nauka – srov. např. BYDLINSKY, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. Vídeň: FOWI–Arbeitspapiere Nr. 95, Brünner Vorträge Nr. 1., 2003, s. 66–68, [online]. [cit. 2021-02-06]. Dostupné z: <<https://epub.wu.ac.at/3325/1/ap095.pdf>>.

¹²⁷ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 249–250. Výklad podaný Nejvyšším soudem nás tak dostává do absurdního kruhu, kdy k posílení právní jistoty máme dospět za současného užití mechanismu, který *per definitionem* právní jistotu narušuje.

¹²⁸ *Ibidem*, s. 249.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 249–250. Na s. 250 dospívá autor k závěru, že v pochybnostech musíme teleologickou redukci odmítnout jako nepřípustnou.

¹³⁰ Toto ustanovení požadovalo „*neodůvodněné zvýhodnění*“, což je přinejmenším z hlediska míry (ne)určitosti totéž jako dnešní „*neodůvodněné znevýhodnění*“. Tato judikatura by proto měla být nadále použitelná.

¹³¹ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 2. 2009, sp. zn. 21 Cdo 4159/2007; usnesení Nejvyššího soudu ze dne 13. 3. 2015, sp. zn. 21 Cdo 1939/2013; či SVOBODA, J. In: FIALA, R. – DRÁPAL, L. a kol. *Občanský zákoník IV. Dědické právo (§ 1475–1720)*, s. 456–457; ŠEŠINA, M. – MUZIKÁŘ, L. – DOBIÁŠ, P. *Dědické právo: kompletní pohled na dědění z hlediska hmotněprávního, procesního a mezinárodního*, s. 259–260.

¹³² Srov. BOGUSZAK, J. In: BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. *Teorie práva*, s. 232.

Smysl započtení tkví v ochraně zájmu na spravedlivém uspořádání majetkových poměrů mezi nejbližšími příbuznými.^{133, 134} S ohledem na to lze § 1664 o. z. vnímat jako prototyp ustanovení ekvinitní povahy. Jak již bylo předznamenáno, řešíme zde axiologický konflikt mezi spravedlností a právní jistotou – právě zvýšení právní jistoty představuje *raison d'être* časového omezení zakotveného v § 1660 o. z. Při řešení tohoto konfliktu musíme nalézt odpověď na následující otázku: *Najdeme v právní úpravě hodnotové rozhodnutí zákonodárce, které by za shodných podstatných okolností jednoznačně řešilo konflikt mezi spravedlností a právní jistotou?*¹³⁵ Podstata této otázky záleží v požadavku hodnotové bezrozpornosti právního řádu. Učiní-li zákonodárce na jednom místě určité hodnotové rozhodnutí, lze předpokládat, že ho – jelikož je racionální entitou – v podobném případě zopakuje. Takový hodnotový příklon se přitom může nacházet i v relativně vzdálené právní úpravě.¹³⁶

V našem případě ovšem příliš daleko zacházet nemusíme, relevantní řešení srovnatelného konfliktu hodnot totiž spatřujeme v úpravě vydědění. I tam se vedle spravedlnosti a právní jistoty střetává též ochrana zájmů nepominutelného dědice a zůstavitelova testovací autonomie. Konkrétně se jedná o důvod vydědění spočívající v pravomocném odsouzení za trestný čin [§ 1646 odst. 1 písm. b) o. z.]. Zde se zákonodárce jednoznačně přiklonil k preferenci spravedlnosti a ochrany nepominutelných dědiců, když opustil kazuistické řešení předchozí právní úpravy (trest odnětí svobody za úmyslný trestný čin v trvání nejméně jednoho roku) a nahradil jej abstraktní otevřenou formulací (trestný čin spáchaný za okolností, jež svědčí o zvrhlé povaze nepominutelného dědice).¹³⁷ *Tento zřejmý hodnotový příklon je podle našeho mínění dalším teleologickým důvodem dokládajícím správnost námi proponovaného přístupu k právní úpravě započtení na dědický podíl.*¹³⁸ Zmíněné hodnotové rozhodnutí je relevantní rovněž proto, že spočívá na stejném mechanismu jako náš výklad § 1664 o. z. – i zde určitá pevně stanovená časová hranice ustupuje mravnosti a individuální spravedlnosti.

I přes shora uvedené se jako přijatelný stále může jevit výklad, podle něž je smyslem ustanovení § 1664 o. z. pouhé stanovení pravomoci soudu s tím, že podmínky v něm stanovené vyjadřují komplementárně aplikovatelné pravidlo, které nezbytně vyžaduje bližší konkretizaci. Je totiž pravdou, že § 1664 o. z. *explicite* nehovoří o tom, že by se mělo započíst to, co dědic *bezúplatně obdržel*. Dílčí závěr Nejvyššího soudu o tom, že zákon opomíjí upravit předmět započtení, tak může mít něco do sebe. Zdá se tak, že je splněna první podmínka existence relevantní mezery v zákoně, pročež zbývá posoudit naplněnost podmínky druhé, kterou je *protiplánovost*. K té se dovolací soud nikterak nevyjadřuje, učiníme tak tedy za něj. V tomto kontextu je významné zejména dělení „mezer“

¹³³ Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 6. 2003, sp. zn. 30 Cdo 889/2002; BÍLÝ, M. Ke způsobu ocenění věci pro účely započtení na dědický podíl. *Právní rozhledy*. 2013, č. 11, s. 398; ŠEŠINA, M. – MUZIKÁŘ, L. – DOBIÁŠ, P. *Dědické právo: kompletní pohled na dědění z hlediska hmotněprávního, procesního a mezinárodního*, s. 254.

¹³⁴ Srov. kouzelná Krčmářova slova (třebaže jimi vyjadřoval myšlenkové pochody jiného autora, dr. Theodora Sternberga): „*Normy o kollaci dány jsou proto, že zákon praesumuje stejnou lásku k dětem všem.*“ – KRČMÁŘ, J. Povinný díl a darování. *Právník*. 1901, roč. 40, s. 827.

¹³⁵ Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 167.

¹³⁶ *Ibidem*, s. 168.

¹³⁷ Srov. též důvodovou zprávu, která dokládá, že historický zákonodárce učinil tuto změnu po důkladné a zralé úvaze – ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*, s. 671–672.

¹³⁸ Třebaže lze pochybovat o právně-politické správnosti změny právní úpravy tohoto důvodu vydědění, nelze tuto úpravu změnit jinak než novelizací. Srov. shora nastíněný výklad o tzv. hranicích *legis lata*.

na vědomé a nevědomé. Pakliže absenci právní úpravy posoudíme jako vědomou mezeru, nemůžeme se zabývat jejím zaplněním, ledaže od přijetí zákona dojde k podstatné změně okolností, která způsobí, že důvody, které zákonodárce k přijetí příslušné právní úpravy vedly, pozbydou relevanci.¹³⁹ Zatímco při našich předchozích úvahách jsme na věc nahlíželi prizmatem § 1664 o. z., nyní musíme svou pozornost zaměřit primárně na § 1660 odst. 2 o. z. Toto ustanovení se svou dikcí dotýká toliko započtení na povinný díl. Můžeme jeho smysl a účel vztáhnout též na započtení na dědický podíl?

Jedním z důvodů legitimizujících použití analogie, je princip hodnotové bezrozpornosti právního řádu, jenž je úzce spjat s principem rovnosti.¹⁴⁰ Z toho plyne, že se stejnými případy je nutno nakládat stejně a s rozdílnými rozdílně¹⁴¹ – existuje mezi započtením na povinný díl a započtením na dědický podíl relevantní podobnost, nebo nalezneme racionální důvod odchylného přístupu k nim? Nalezneme-li takový důvod, dokážeme předmět započtení dovést jinak než za pomoci analogie? Rozdíly mezi oběma kategoriemi započtení, které uvádí literatura, jsou v našem kontextu v zásadě irelevantní.¹⁴² Přesto lze nalézt ještě další a klíčový rozdíl, který ospravedlňuje odůvodněnost odchylného předmětu obou kategorií započtení. *Tímto rozdílem je vztah k pořízení pro případ smrti, tj. k výslovnému projevu zůstavitelovy vůle.*¹⁴³ V případě započtení na dědický podíl totiž takové pořízení existovat může i nemusí, kdežto uvažujeme-li nad provedením započtení na povinný díl, musí zde pojmově existovat nějaké zůstavitelovo pořízení, které tento povinný díl zkracuje. Uvažujeme-li o započtení na povinný díl a bude-li zároveň existovat zůstavitelovo pořízení pro případ smrti, vstupuje do axiologické rovnice další důležitá proměnná, a sice zůstavitelova testovací svoboda. V takovém případě dovedíme neodůvodněné znevýhodnění nepominutelného dědice toliko zcela výjimečně, neboť i zůstavitelův projev vůle může (a pravidelně i bude) zakládat důvodnost znevýhodnění.¹⁴⁴

Právě zůstavitelův výslovný projev vůle, jenž je pro současné dědické právo stěžejní, tak podle nás představuje pomyslný jazýček na vahách, jenž legitimizuje odchylný předmět obou kategorií započtení. Zvažujeme-li, zda provedeme započtení na povinný díl, máme zároveň jistotu, že existuje explicitní zůstavitelův projev vůle směřující ke snížení nároku nepominutelného dědice na nejnižší možnou úroveň. Pokud by zůstavitel chtěl, aby se započtení provedlo jinak než podle zákonných pravidel, mohl tak učinit v tomto pořízení.

¹³⁹ MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek 1*, s. 196.

¹⁴⁰ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 149; MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek 1*, s. 193.

¹⁴¹ Srov. např. SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*, s. 184; TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*, s. 103.

¹⁴² Srov. např. SVOBODA, J. – KLIČKA, O. *Dědické právo v praxi*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 41. Lze vyjádřit pochybnost nad jedním z „rozdílů“, který bývá uváděn, a sice, že k započtení na povinný díl – na rozdíl od započtení na dědický podíl – může soud přistoupit i bez výslovného nařízení zůstavitele. Třebaže se podmínky přípustnosti každé z kategorií započtení částečně liší, je tato odlišnost zaprvé zanedbatelná a zadruhé spíše pouhým důsledkem jejich dalších odlišností.

¹⁴³ Odchylný přístup k započtení v závislosti na tom, zda se dědí podle testamentární či zákonné dědické posloupnosti, uplatňuje též ROUČEK, F. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Svazek III*, s. 479–480. Jedním dechem však musíme podotknout, že takový přístup se více opíral o tehdejší dikci zákona, zejména o § 790 obecného zákoníku občanského.

¹⁴⁴ Srov. ŠEŠINA, M. – WAWERKA, K. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek IV*, s. 406.

V případě úvah nad provedením započtení na dědický podíl takové pořízení zpravidla chybí, a lze tak uvažovat toliko nad zůstavitelovým konkludentním, respektive spíše tatictním projevem vůle, jehož směřování na tu či onu stranu (ve prospěch / v neprospěch započtení) je velmi nejisté. Jakékoli dovozování zůstavitelovy vůle v těchto případech pokulháva mj. proto, že bychom tuto hypotetickou vůli interpretovali odlišně jen v závislosti na tom, zda již od poskytnutí plnění uplynuly tři roky, či nikoli.

K čemu by vedlo, pokud bychom důsledně uplatňovali závěry rozebíraného rozhodnutí? Úprava započtení na povinný díl, kde zůstavitel výslovně projevil vůli v tom duchu, že chce, aby nepominutelný dědic obdržel co nejméně, by byla vůči tomuto nepominutelnému dědici příznivější než úprava započtení na dědický podíl. Tato úprava totiž dle závěrů Nejvyššího soudu vyžaduje vedle splnění podmínek stanovených § 1660 a 1661 o. z. navíc ještě kumulativní splnění podmínky normované v § 1664 o. z. Takový výklad by následně vedl k tomu, že tam, kde lze předpokládat stejnou lásku ke všem (započtení na dědický podíl), se určitá plnění nezapočítávají, zatímco v případech, kde stejné lásky evidentně není, neboť to zůstavitel výslovně deklaroval ve své poslední vůli (započtení na povinný díl), by se tatáž plnění započítávala.¹⁴⁵ *Smyslu započtení se tak lépe přiblížíme, ponecháme-li (ne)provedení započtení na dědický podíl v konkrétním případě na uvážení soudu.*¹⁴⁶

Tento závěr přitom nutně neznamená zhoršení pozice toho dědice, který obdržel určité bezúplatné plnění za zůstavitelova života. Samostatná aplikovatelnost § 1664 o. z. totiž vede nejen k tomu, že mohou být započítána i plnění, k nimž došlo dříve než tři roky před zůstavitelovou smrtí, nýbrž i k tomu, že soud naopak nemusí provést započtení určitého plnění, třebaže k němu došlo např. v posledním roce zůstavitelova života, dospěje-li k závěru, že takové plnění nezaložilo neodůvodněné znevýhodnění.

2.3 Co tvoří předmět započtení podle § 1664 o. z.?

Dostáváme se na závěr této části, jejímž cílem bylo najít dostatečné důvody svědčící závěru, že § 1664 o. z. je samostatně aplikovatelný. Zbývá zodpovědět poslední otázku – jak určíme předmět započtení dle naposledy zmíněného ustanovení? Domníváme se, že závěr o tom, že předmět započtení tvoří zásadně bezúplatná plnění, nemusíme atrahovat z § 1660 o. z., neboť tento závěr vyplývá již ze samotného § 1664 o. z. Úplatným plněním lze totiž jen stěží někoho neodůvodněně zvýhodnit.¹⁴⁷ Navíc lze zmínit též argument jazykového výkladu – § 1664 o. z. předmět započtení implicitně upravuje, respektive předpokládá, že se bude jednat typicky o darování, když *in fine* stanoví, že „*k obvyklým darováním se však nepřihlíží*“.

Právní úprava, která explicitně nehovoří o bezúplatném plnění, se nám jeví dokonce jako žádoucí, jelikož nás zbavuje potřeby vypořádat se s důsledky jiných problematických rozhodnutí dovolacího soudu.¹⁴⁸ Konečně díky takto konstruované úpravě nemusíme

¹⁴⁵ Srov. přiměřeně KRČMÁŘ, J. *Povinný díl a darování*, s. 828.

¹⁴⁶ Podpurný argument vyvěrá z odpovědnosti za vlastní sféru vlivu – zůstavitel mohl předmět či rozsah započtení ovlivnit pořízením pro případ smrti, znevýhodněný dědic tak učinit nemohl. K odpovědnosti za vlastní sféru vlivu srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 200.

¹⁴⁷ Pokládáme-li *negotium mixtum cum donatione* za samostatnou kategorii.

¹⁴⁸ Máme na mysli především rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 11. 2018, sp. zn. 26 Cdo 1809/2018, kde soudy posoudily smlouvu, jejímž předmětem bylo užívání bytu za symbolickou 1,- Kč měsíčně, jako úplatnou (nájemní).

složité hloubat nad tím, zda můžeme na dědický podíl započítat plnění spočívající ve slevě na nájemném, či na kupní ceně.¹⁴⁹ To, že podmínka bezúplatnosti započítávaného plnění nepředstavuje rozhodující kritérium a nepřekonatelné dogma, dokladují též další rozhodnutí Nejvyššího soudu, jejichž vývody výstižně sumarizuje následující právní souvětí: „*Přestože předmětem zápočtu bude zpravidla plnění z darovací smlouvy, nelze vyloučit případy, kdy lze započíst také plnění z kupní nebo jiné úplatné smlouvy (např. smlouvy o nájmu či podnájmu, smlouvy o zřízení věcného břemene), jestliže bude prokázáno, že se jednalo o právní úkon jen předstíraný (učinný naoko), kterým byl zastírán jiný dissimulovaný právní úkon (typicky darovací smlouva), kdy zůstavitel ve skutečnosti od nabyvatele (dědice) žádné plnění neobdržel, případně obdržel plnění podstatně nižší, než jaké bylo ujednáno ve smlouvě nebo jaké by mu jinak (obvykle) náleželo, eventuelně, že zůstavitel zaplacení původně sjednané úplaty (kupní ceny, nájemného apod.) dědici zcela nebo z podstatné části prominul.*“¹⁵⁰

K analogii lze přistoupit až tehdy, nelze-li ze zákonné úpravy dovodit určité řešení (ani nejširším možným jazykovým výkladem určitého ustanovení), popřípadě vede-li takové řešení k vnitřní hodnotové rozpornosti.¹⁵¹ Na základě uvedených argumentů soudíme, že ve zkoumaném případě ani jedna z těchto podmínek splněna nebyla, neboť výkladem § 1664 o. z. lze dovodit, co tvoří předmět započtení na dědický podíl. Užití analogie proto pokládáme za metodologický přešlap.

Abychom však tuto část textu nekončili v pesimistickém duchu, zmiňme na tomto místě vybraná rozhodnutí naší nejvyšší soudní instance, jež svědčí o tom, že důkladné posouzení předpokladů přípustnosti analogie je možné i při relativně vysoké vytíženosti civilních soudů. Pochvalu zaslouží v první řadě 22. senát za rozsudek ze dne 27. 3. 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018, v němž po důkladné (především teleologické úvaze) přiznal aktivní legitimaci ke zrušení věcného břemene též osobě z takového břemene oprávněné, a to na základě analogické aplikace § 1299 odst. 2 o. z. Metodologicky dobře zvládnutý je rovněž rozsudek Nejvyššího soudu z 1. 7. 2015, sp. zn. 32 Cdo 2422/2015, jenž výstižně akcentuje teleologické aspekty úvah nad přípustností analogie: „*Stav, kdy pro jeden případ, znaky jehož skutkové podstaty jsou popsány v hypotéze právní normy, tu z jejího jazykového výkladu vyplývá určitý následek stanovený v dispozici, pro jiný případ však nikoliv, ačkoliv se teleologie tohoto ustanovení (vzhledem k hodnotám a principům, na nichž je založen právní řád) vztahuje stejně na oba případy, se neslučuje s principem hodnotové bezrozpornosti právního řádu a opodstatňuje závěr o neúplnosti zákona, který je možno a nutno dotvořit prostřednictvím judikatury.*“ Své místo na pomyslných stupních vítězů si zaslouží i usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 3. 2018, sp. zn. 29 Cdo 3225/2016, které

¹⁴⁹ V praxi se vyskytují případy, kdy rodiče převádí (obvykle nemovitý) majetek svým dětem nikoli bezúplatně, či za zcela symbolickou cenu, ale přesto stále výrazně pod tržní cenou, a to především z motivačních důvodů. V takových případech platí, že předmětem započtení je rozdíl mezi uhrazenou cenou a skutečnou hodnotou (obvyklou cenou) plnění – srov. např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 4. 2015, sp. zn. 21 Cdo 2860/2013.

¹⁵⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 8. 2017, sp. zn. 21 Cdo 1531/2016. Srov. též usnesení Městského soudu v Praze ze dne 30. 12. 1997, sp. zn. 24 Co 315/97; či rozhodnutí Městského soudu v Praze ze září 1955, č. j. Ec 1/55–33, převzaté z: HOLUB, R. *Komentář k občanskému zákoníku: právo dědické*. Praha: Orbis, 1957, s. 132–133: „*Ze započtení [...] nelze vylučovat případy převodů z části úplatných a z části bezúplatných. Na povaze smlouvy, již bylo za postoupenou nemovitost poskytnuto proti plnění v právu poživacím a výměnku, jako smlouvy úplatné, nemůže nic změnit to, že zůstavitelka brzy zemřela.*“

¹⁵¹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 216; REMEŠ, J. In: PETROV, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, s. 51.

skýtá vše, co chybí shora kritizovanému rozhodnutí. Dovolací soud zde dospívá k závěru o přípustnosti (a nezbytnosti) analogické aplikace některých ustanovení úpravy nadací na nadační fondy, a to po důkladné analýze teleologických aspektů věci,¹⁵² se zohledněním typologie mezer, s odkazy na prejudikaturu a publikované doktrinní názory.

Rekapitulace

Analogie představuje dílčí projev adaptace zákona na aktuální společenskou realitu a jako taková je nepostradatelná pro funkčnost práva jakožto (v konečném důsledku) bezmeze-rovitého systému.¹⁵³ Její užití je podmíněno volností soudce při aplikaci práva, která je rovněž podmíněna, a to schopností samotného soudce „*správně myslet a pochopit svůj úkol i tam, kde se obvyklých vodítek nedostává*“.¹⁵⁴ Jak pravil Radbruch:¹⁵⁵ „*Interpret může rozumět zákonu lépe, než mu rozuměl jeho tvůrce, zákon může být moudřejší než jeho autor – on právě musí být moudřejší jako jeho autor.*“ Na druhou stranu se soudce musí vyvarovat subjektivismu a libovůle¹⁵⁶ s tím, že k dotváření práva může přistoupit pouze a jedině tam, kde je takový postup nutný, a především řádně metodologicky odůvodněný.¹⁵⁷ Je-li analogie podložena, a to především teleologickými argumenty, je její uplatnění ze strany soudců rozhodně na místě. Analogie je nicméně těžkou hádankou a soudce nesmí být toliko amatérským hádankářem.

Je notorií, že analogie představuje instrument, který slouží k zaplňování mezer v zákoně. Větší oříšek představuje vymezení, co je a co není právně relevantní mezerou. O právně relevantní mezeře hovoříme až tehdy, není-li žádný z jazykově možných významů zákonného textu (získaný za pomoci metod teleologického, systematického a historického výkladu) slučitelný s hodnotovým pozadím právního řádu.¹⁵⁸ Ve zvláštní části tohoto příspěvku přinášíme plejádu argumentů, jejichž společným cílem je přesvědčit čtenáře o tom, že § 1664 o. z. obsahuje samostatně aplikovatelnou úpravu započtení na povinný díl soudem (tedy včetně jeho předmětu, čímž jdeme proti zřejmě všem doposud publikovaným názorům na toto téma). K tomu podotýkáme, že při interpretaci § 1664 o. z. doktrína opakuje ještě minimálně jeden právní názor, jenž je podle nás mylný, a sice, že soud může k aplikaci tohoto ustanovení přistoupit toliko k návrhu nepominutelného

¹⁵² „Vedle tzv. otevřených mezer v zákoně je dalším předpokladem pro užití analogie podobnost s jiným právem výslovně upraveným případem. Ze shora nastíněného výkladu přitom vyplývá, že nadace i nadační fondy (tj. fundace) mají stejný teleologický základ [...] Možnost změny zakládací listiny (včetně účelu) a statutu, ale ani možnost jmenovat a odvolávat členy správní rady a revizora přitom samy o sobě nejsou atributy, které by od sebe navzájem odlišovaly jednotlivé druhy fundací; proto se použití analogie ani z tohoto hlediska nepřiči smyslu a účelu právní úpravy nadačních fondů.“

¹⁵³ ELIÁŠ, K. *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, s. 114.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 6. Auflage. Stuttgart: Koehler, 1963, s. 211.

¹⁵⁶ KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*, s. 226–227. Slovy nálezu Ústavního soudu ze dne 27. 3. 2014, sp. zn. III. ÚS 2264/13: „[D]otváření práva je třeba odlišit od představy soudce rozporné s platným právem, jejíž realizace by byla možná pouze cestou změny zákona.“

¹⁵⁷ ELIÁŠ, K. *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, s. 114–115; HANUŠ, L. K. „zdánlivému“ přesahu soudní moci v relaci k moci zákonodárné (aneb do jaké míry lze teleologickým výkladem korigovat interpretační výsledek plynoucí ze slovního vyjádření právní normy), s. 983. Srov. též SEDLÁČEK, J. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Svazek I., s. 129.

¹⁵⁸ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 222.

dědice, který by jinak byl neodůvodněně znevýhodněn.¹⁵⁹ Tomuto závěru si dovolíme opakovat. Mínilme, že k započtení by za splnění podmínek mělo docházet *ex offio*, a to v první řadě z důvodu zásad, na nichž je postaveno pozůstalostní řízení.¹⁶⁰

Rekodifikovaná úprava kolace, podobně jako úprava ochrany nepominutelných dědiců, představuje jednu z nejzajímavějších oblastí pro právní vědu, neboť vyvolává celou řadu otazníků. Zároveň jde o oblast, kde se střetávají hodnoty, respektive jejich reflexe v právu, tedy právní principy. Na tomto poli tedy není nouze o tvrdé bitvy – chcete-li *hard cases*, přičemž judikatura čas od času v konfrontaci s těmito případy neobstojí. Domníváme se, že zkoumané usnesení Nejvyššího soudu demonstruje pravdivost předchozí věty. Toto usnesení neoperuje s odbornou literaturou, zcela zamlčuje hodnotové úvahy, které jsou pro tyto typy nalézání práva zcela klíčové, předstírá zdánlivou dedukci a opomíjí možné opačné závěry. V něm obsažené použití analogie se nám proto jeví jako arbitrární, a tudíž (metodologicky) nesprávné. Možná je to proto, že do doby jeho vydání v odborném tisku žádná opačná stanoviska nezazněla. K věci se tak vyjadřujeme *ex post*, skeptik by řekl, že přicházíme pozdě. Nicméně skončeme v optimistickém duchu, a to poukazem na to, že naše vysoké soudy umí metodologicky korektně dotvářet civilní právo, o čemž nás přesvědčují rozhodnutí citovaná v posledním odstavci zvláštní části tohoto příspěvku.

¹⁵⁹ SVOBODA, J. – KLIČKA, O. *Dědické právo v praxi*, s. 42; KITTEL, D. In: PETROV, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, s. 1704.

¹⁶⁰ Za předchozí úpravy ke shodnému (dle našeho mínění stále použitelnému) závěru dospívají např. MIKEŠ, J. – MUZIKÁŘ, L. *Dědické právo: Praktická příručka*. 2. vydání. Praha: Linde, 2005, s. 77, 79. Srov. též *obiter dictum* usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 4. 2015, sp. zn. 21 Cdo 2860/2013: „Při dědění ze zákona se započtení na dědický podíl provádí vždy a u všech dědiců bez rozdílu (*ex offio*).“

Methodological Attitudes to the analogia legis in the Context of Legal Regulation of Collation with Respect to an Inheritance Share

Ondřej Drachovský – Kristián Fischer

Abstract: Analogia legis shall be applied only if a juridical act does not explicitly regulate certain issue and if the gap in legislation is not intended for by the rational legislator. Its usage should be preceded by a precise and in-depth methodological analysis. Nevertheless, such an analysis is not always apparent in judicial decisions that take the application of the analogy into account. An example of such a decision is analysed in the second part of this paper. The analysed decision deals with the interpretation of Section 1664 of the Czech Civil Code that governs collation with respect to an inheritance share made by a court (without an order by the decedent). The Supreme Court concluded that the above-mentioned legal provision does not contain complex and self-executing rule. Thus, the Court had to use analogy. This paper criticises the argumentation of the Court, its authors find the argumentation quite poor and lay down the hypothesis that it does not correspond to any yet published opinions on the analogy. The main target of the paper is to find arguments for the conclusion that Section 1664 shall be construed as self-applicable. It focuses on this issue mainly from the teleological point of view which – in the eyes of authors – might have been underestimated by the Supreme Court.

Key words: analogia legis, collation with respect to an inheritance share, collation with respect to a forced share, legal methodology, case law