

K DOTVÁŘENÍ PRÁVA CESTOU ANALOGIE ANEB JAK ZVÝŠIT LEGITIMITU A PROSYSTÉMOVOST ANALOGICKÉ ARGUMENTACE V PRÁVU*

KATARZYNA ŽÁK KRZYŽANKOVÁ

Abstract: **On the Filling of Statutory Gaps Using Analogy, or How to Increase the Legitimacy and Pro-systemicity of Analogical Argumentation in Law**

The article presents the current state of knowledge regarding the use of analogy in domestic jurisprudence, with the aim of outlining its place and role in the process of finding the law. The performed analysis makes it possible to identify two main functions that the analogy performs, namely the heuristic function and, under certain circumstances, the legitimization function. If the analogy is to constitute a legitimate and retrospectively verifiable instrument of filling statutory gaps, the reasoning behind its use in a case under consideration must be presented in a logical form, which means the premises lying behind the argumentation by analogy must be reconstructed. Therefore, a deciding authority should, in particular, deal with a question of why the given case was a so-called analogous situation in law, justify the choice of the source of analogy (a particular legally regulated case or legal principle), and the way to resolve discrepancies between the case under consideration and the analogous one. The article concludes with an overview of the main problems that deciding authorities should pay attention to in situations where they fill statutory gaps using analogy, in which case their resolutions can be expected to increase the pro-systemic approach to law in the processes of law finding.

Keywords: analogy; analogical reasoning; similarity; pro-systemic approach

Klíčová slova: analogie; analogické usuzování; podobnost; prosystémovost

DOI: 10.14712/23366478.2021.3

* Tento příspěvek vznikl v rámci plnění projektu Grantové agentury ČR reg. č. 19-10723S Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu současné právní teorie a soudní praxe?.

1. ÚVODEM ANEB K AKTUÁLNÍMU STAVU POZNÁNÍ O ANALOGII V TUZEMSKÉ PRÁVNÍ VĚDĚ

Problematika analogie patří k tradičním tématům¹ nejenom právní vědy.² V posledních dvou dekádách lze přitom v českém i slovenském právním prostředí pozorovat zvýšený zájem o toto téma, jenž vyústil v částečné přehodnocení role a místa, jakou analogie plní v procesech nalézání práva.

Přesněji řečeno, významnost a přesvědčivost argumentace *per analogiam* a takto získaných závěrů – obdobně jako závěrů získaných při použití dalších tzv. zvláštních argumentů právní logiky – bývá relativizována. Je zejména ukazováno, že v pozadí těchto argumentů nestojí čistě formálně-logické operace,³ nýbrž je to úvaha interpreta, autorita soudů (resp. orgánů veřejné moci) či tradice, které určují, kdy bude aplikován ten který argument.⁴

¹ S termínem *analogia* (αναλογία), odvozeným od řeckých slov *ana* – podle a *logos* – rozum, se prvně setkáváme ve starověkém Řecku u Epikurovců, kdy označoval srovnávání vztahů či proporcí, tj. vyjadřoval situace, kdy „*A se má k B, tak jako C se má k D*“. Pro ilustraci tohoto pojetí analogie lze použít známý Aristotelův příklad ze *Zoologie*, dle kterého „*pera k ptákům se mají jako šupiny k hadům*“. Je však třeba zdůraznit, že pro to, co dnes označujeme jako analogické usuzování, resp. analogické argumentace, používali Řekové zcela jiný termín. Jmenovitě *homoiotes* neboli argument z podobnosti, jehož podstatu Aristoteles v *Topikách* vysvětluje následovně: „*ptej se oponenta na podobnosti, neboť je to víc hodnověrné a obecný závěr je víc ukrytý. Například, jestli vědění i nevědění o protikladech je stejné, tak samotné zjištění protikladů je stejné; anebo opačně, jestliže pozorování je stejné, tak i vědění (znalosti) je stejné. Tento argument je podobný indukci, ale není totožný; neboť při indukci se celek získává z jednotlivých faktů, kdežto u příkladu z podobnosti, to, co získáváme, není obecný závěr, pod který by spadaly všechny podobné skutečnosti*“ (ARYSTOTELES. *Topiki*. 156b 10–17. In: ARYSTOTELES. *Hermeneutika: topiki: o dowodach sofistycznych*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2013, s. 159). K etymologii slova *analogia* srov. HAAPARANTA, L. *The Analogy Theory of Thinking. Dialectica*. 1992, Vol. 46, No. 2, s. 171. K sémantickému uchopení analogie v antice a zajímavé středověké terminologické „rošádě“ pak srov. HOCHSCHILD, J. P. *The Semantics of Analogy: Rereading Cajetan's 'De Nominum Analogia'*. Notre Dame: Notre Dame University Press, 2010, s. 4 a násl.

² Neznamená to však, že různé vědní obory pojímají analogii identicky. Jednotlivá vymezení sice vždy zmiňují v souvislosti s analogií „podobnost“, „obdobu“, „shodu“ či „částečnou shodu“, tj. vykazují určité společné znaky, které reflektují obvyklé – z přirozeného jazyka pramenící intuice (analytická část pojetí), nicméně odráží i kontextová specifika příslušných vědních oborů, kdy intuitivní význam bývá zůžen či dílem modifikován (syntetická, resp. normativní rovina pojetí). V některých oborech tak analogie slouží k pojmenování existujících mechanismů či fenoménů (biologie, jazykověda), jindy k vytváření nových hypotéz či teorií na základě (tvrzené či domnělé) podobnosti. Jak upozorňuje J. D. Norton, ve společenských vědách je přitom analogie obvykle pojímána jako způsob či forma usuzování, kdežto v přírodních vědách je analogie chápána jako „faktická“ záležitost, jejíž existenci lze zpětně empiricky ověřovat či zkoumat, a může být spojena s různými druhy (formami) úsudků (dedukci nevylučuje). Srov. NORTON, J. D. *Analogy*. In: NORTON, J. D. *The Material Theory of Induction. Philosophy of Science* [online]. 2003, Vol. 70, No. 4 [cit. 2020-05-05]. Dostupné na: <https://philpapers.org/rec/NORAMT>. V této stati bude pozornost primárně věnována analogii v právu.

³ V tuzemském právním prostředí jako jeden z prvních proti (formálně)-logickému charakteru těchto operací vystoupil J. Čapek, jenž proto považoval za příhodnější hovořit o „*zvláštních postupech právního myšlení v procesech interpretace*“ [ČAPEK, J. *Interpretace socialistického práva (základní teoretické otázky)*. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 1983, Monographia XL, s. 47]. Expresivněji se proti specifické právní logice, potažmo tedy i tzv. zvláštním argumentům této logiky, o dvě dekády později vyslovil F. Cvrček, který mj. dovozuje „*absurdnost*“ těchto termínů a vyzývá k opuštění „*mýtu(o) o logické podstatě... těchto argumentů*“ (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*. Praha: EurolexBohemia, 2003, s. 53). Na něj pak navázali L. Hlouch, F. Melzer, T. Sobek či J. Wintr.

⁴ CVRČEK, c. d., s. 53.

Z téhož důvodu je za problematické stále častěji vnímáno i rozlišování tzv. logické metody výkladu, do jejíhož instrumentaria by analogie měla patřit,⁵ natož její řazení k základním či k tzv. standardním metodám výkladu, které by měl exeget přednostně využívat v rámci interpretačních procesů.⁶ Jde spíše – jak je upozorňováno – o součást teleologické metody výkladu,⁷ popř. způsob dotváření práva.⁸

V kontinentální právní vědě o analogii *sensu stricto*⁹ totiž obvykle hovoříme v situacích, kdy projednáváný právní případ nelze úspěšně podřadit pod **žádnou** zákonnou hypotézu, tj. kdy máme co do činění s mezerou (*lacuna*) – zejména pravou, nevědomou a počáteční – v zákoně.¹⁰ Zaznívají sice názory, že o analogii, a to konkrétně *intra legem*, lze hovořit i v případech, kdy normotvůrce v hypotéze určitého ustanovení výslovně vybízí k užití normy i na „obdobné“ případy,¹¹ nicméně je nasnadě, že v těchto

⁵ Srov. například závěry J. Wintra, opřené o komparaci zahraničních přístupů, ale i recentní pohledy dalších představitelů české doktríny, které jej vedly k zamítnutí vyčleňování tzv. logické metody výkladu in: WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vyd. Praha: Auditorium, 2019, s. 19 a násl. Na druhou stranu i přes tuto kritiku některé reprezentativní učebnice teorie práva z nedávné doby i nadále zmiňují logickou metodu výkladu, a v rámci ní pojednávají o tzv. zvláštních argumentech právní logiky, byť neopomíjejí upozornit na problematičnost tohoto přístupu (srov. PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. 2. vyd. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s. 244).

⁶ K těm stále analogii, a přesněji argument *per analogiam legis*, řadí základní učebnicová pomůcka používaná na pražské právnické fakultě, tedy publikace: GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2017, s. 146. Analogie *iuris* je však tímto autorem řazena k teleologické metodě výkladu (tamtéž).

⁷ Činí tak například: WINTR, *Metody a zásady interpretace práva*, s. 27 et passim. Ne všechny tzv. zvláštní argumenty však řadí k teleologické metodě výkladu. Argumentům *a contrario* a *per eliminationem* připadlo v jeho metodologii místo v rámci systematického výkladu, byť je upozorňováno, že „pro konečné rozhodnutí, zda argument *a contrario* má být použit, jsou podstatné teleologické úvahy“ (s. 114).

⁸ Srov. kupříkladu MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 243 a násl. et passim. Melzer ale rozlišuje mezi analogií (*legis*) a argumentací *a simili*, kdy s analogií máme co do činění v rámci dotváření práva při zaplňování otevřených mezer v zákoně, kdežto *argumentum a simili* je součástí interpretačních procesů a primárně slouží k výběru takové interpretační varianty, která nenarušuje hodnotovou koherenci právního řádu. Rovněž H. Schlosser pojímá analogii jako „metodu a prostředek vyplňování mezer v právu“ (VEČEŘA, M. – GERLOCH, A. – SCHLOSSER, H. – BERAN, K. – RUDENKO, S. *Teória práva*. 5. rozš. a dopl. vyd. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 204), kdy již nelze hovořit o výkladu, ale dotváření práva. Analogii však bez dalšího spojuje s argumentem *a simili*, *a pari* (tamtéž).

⁹ Recentně je stále častěji upozorňováno, že analogické myšlení a usuzování plní v procesech (nejenom právního) poznávání a komunikace mnohem fundamentálnější roli, než se mu tradičně přisuzuje. Z tuzemských autorů na tento fenomén jako jeden z prvních upozornil T. Sobek in: SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 185; v nedávné době pak – jak sám píše – o „obhajobu analogie“ – usiluje M. Káčer, a to zejména ve své monografii *Na okraji krajnej núdze: o prepisovaní zákonov počas ich aplikácie*. Tomuto pohledu na analogii však nebude v rámci tohoto příspěvku věnována větší pozornost. K analogii *sensu largo* proto srov. WINTER, S. L. *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*. Chicago – London: The University of Chicago Press, 2001, s. 223–258; či WOJTCZAK, S. *The Metaphorical Engine of Legal Reasoning and Legal Interpretation*. Warszawa: C. H. Beck, 2017, s. 113 a násl.

¹⁰ Z bohaté literatury k mezerám v právu srov. HLOUCH, L. *Teorie mezer a současné právní myšlení. Časopis pro právní vědu a právní praxi*. 2013, č. 2, s. 129–136; VEČEŘA, M. *Soudcovské dotváření práva*. In: GERLOCH, A. – TRYŽNA, J. – WINTR, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2012, s. 227–232 či třeba WINTR, *Metody a zásady interpretace práva*, s. 109 a násl.

¹¹ Typicky u demonstračních výčtů, kdy se používají výrazy jako „zejména“, „například“, „a podobně“, a tedy kdy normotvůrce jasně dává najevo, že rozsah právní normy je širší než v textu explicitně vyjádřené vzorové příklady. Obdobně lze ale pojímat i odkazy na „obdobné“ či „přiměřené“ použití jiných ustanovení. V těchto případech „se vlastně obdoby užívá jako legislativní zkratky“ (HARVÁNEK, J. in: HARVÁ-

případech se nejedná o „vyplňování (protiplánové) mezery zákona, ale o rozvinutí možnosti, kterou zákonodárce výslovně předpokládal“.¹²

Schematicky můžeme popis i navrhovaná řešení mezer v zákoně cestou analogie znázornit, a to na základě doporučení, jež se nejčastěji objevují v tuzemských publikacích, následovně:¹³

- (1) pro v právní praxi řešený případ neexistuje v pozitivním právu (či přesněji relevantním právním předpisu) normativní řešení;
- (2) řešený právní případ je však podobný či srovnatelný s případem, pro který existuje v platném právu normativní konsekvent;
- (3) tudíž – majíc na zřeteli zejména zásadu *de similibus idem est iudicandum* (tj. podobné případy posuzovat podobně), jež tvoří jeden z fundamentů formálního pojetí spravedlnosti,¹⁴ a úzce související požadavek hodnotové bezrozpornosti právního řádu¹⁵ – se na řešený případ použije normativní konsekvent, se kterým normotvůrce počítal pro podobný/srovnatelný případ.

Výše popsané schéma odpovídá tzv. analogii *legis*, což je jedna ze dvou základních forem *arg. per analogiam*, které jsou v právní vědě obvykle rozlišovány.¹⁶ Použití analogie – avšak s přívlastkem „právní“ (*iuris*) – přichází v úvahu rovněž v situacích, kdy v platném právu nenalezneme „žádný pevný bod, od kterého bychom se mohli odrazit“.¹⁷ V těchto případech bychom dle převládajícího názoru měli postupovat následovně:

- (1) pro v právní praxi řešený případ neexistuje v pozitivním právu (či přesněji relevantním právním předpisu) normativní řešení;
- (2) daný právní případ spadá svou povahou do právního odvětví, pro nějž jsou typické určité principy a hodnoty;

NEK, J. a kol. *Právní teorie*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2013, s. 299), přičemž slovo „obdobně“ má vést k vyvození stejných právních následků a při „přiměřeném“ použití „mají být vyvozeny jen některé následky“ (s. 297). Antecedent „obdobně“ či „přiměřeně“ aplikovaného ustanovení tak bude ve svém důsledku širší, než vyplývá z jeho jazykového znění.

¹² SOBEK, *Právní myšlení: kritika moralismu*, s. 186. Za analogii *intra legem*, resp. i argumentem *a simili* (pokud je tedy odlišován od *arg. per analogiam*) přitom stojí podobné kognitivní mechanismy, což svědčí o širším využití analogického myšlení v právu (viz poznámka pod čarou č. 9, 82).

¹³ V tuzemských pramenech se lze setkat s nejrůznějšími schémata znázorňujícími analogii či jejími slovními uchopeními. Kupříkladu J. Harvánek – bez jakékoliv legendy či vysvětlení proměnných – uvádí toto schéma: „ $A+B:n = A+C:x$ “ (HARVÁNEK, c. d., s. 297). V téže publikaci L. Hlouch analogii vysvětluje rovněž následovně: „platí-li určitá vlastnost pro X, platí tato vlastnost i pro Y za předpokladu, že platí, že X je podobně Y“ (s. 31). T. Sobek pak třeba rozebírá dílčí logické operace, které ve svém souhrnu tvoří analogický úsudek (SOBEK, *Právní myšlení: kritika moralismu*, s. 187).

¹⁴ PERELMAN, Ch. *The Idea of Justice and the Problem of Argument*. London: Routledge and Kegan Paul Limited, 1963, s. 16, 38, 40.

¹⁵ MELZER, c. d., s. 166; či obdobně WINTR, *Metody a zásady interpretace práva*, s. 164: „použití analogie je... založeno na teleologických úvahách o představě a hodnotové koherenci právního řádu“.

¹⁶ Analogie *legis* si všímá i tuzemský normotvůrce, který pro oblast soukromého práva vybízí k tomuto postupu: „Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího“ (§ 10 odst. 1 obč. zákoníku).

¹⁷ MELZER, c. d., s. 247.

(3) tudíž pro řešený případ nalezneme právní konsekvent tak, že bude reflektovat právní principy a hodnoty, jež jsou příznačné pro danou výše práva, není-li jich, pak bude zrcadlit obecné právní zásady, které jsou typické pro celý právní řád.¹⁸

Jako problematické je přitom obvykle vnímáno, kdy vlastně – v případech tzv. mezer v zákoně – přistoupit k analogickému usuzování, a kdy naopak je třeba preferovat argument *a contrario* či *arg. per eliminationem*.¹⁹ Je upozorňováno na riziko nahodilosti či dokonce arbitrárnosti volby jednotlivých argumentačních postupů ze strany orgánů aplikujících právo, což ve svém důsledku může vést k nepředvídatelnosti přijímaných rozhodnutí.²⁰

Jedna z možností, jak minimalizovat toto riziko, spočívá dle mého soudu v kladení zvýšeného důrazu na náležitou argumentaci a zejména její přezkoumatelnost.²¹ Jinak řečeno, pouhé uvedení v odůvodnění rozhodnutí, že bylo argumentováno *per analogiam*, bez dalšího neospravedlňuje takto přijatý závěr, resp. může jej činit nepřezkoumatelným, což je v demokratickém právním státě nežádoucí.

Za legitimní proto považují primárně taková rozhodnutí, která umožňují rekonstruovat a zpětně tak i přezkoumat celý postup, jenž vedl k určitému závěru přijatému cestou analogie. Mělo by být tedy vysvětleno, proč byla zvolena daná normativní konsekvence, resp. proč a v čem spočívá podobnost řešené věci a normativní hypotézy, která tento postup umožnila. V případě existence několika podobných normovaných skutkových podstat (neboť i tyto případy nelze v praxi vyloučit), by mělo být vysvětleno, z jakých důvodů bylo upřednostněno některé z v úvahu přicházejících řešení. V neposlední řadě by mělo být rovněž vysvětleno, co vlastně *ad hoc* rozhodlo o přistoupení k analogickému řešení případu.

V následujícím příspěvku bude těmto otázkám věnována bližší pozornost a bude též představen podrobnější model analogického usuzování, než tomu bylo ve dříve představených schématech. Konkrétně řečeno, bude prezentován model analogického usuzování/argumentace,²² jenž by mohl přispět – bude-li v praxi zohledněn – k lepší strukturaci, potažmo tedy ke zvýšení přesvědčivosti přijímaných rozhodnutí v řízeních,

¹⁸ Rovněž analogie *iuris* se dočkala svého zákonného vyjádření pro oblast občanského práva: „Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon, tak, aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností“ (§ 10 odst. 2 obč. zákoníku).

¹⁹ Zmíněné argumenty se totiž tradičně kladou do opozice (SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 138). Jak si všimají R. Procházka a M. Káčer, analogie, resp. i další tzv. logické argumenty, „dokážou s jistotou vyvodit určité závěry z předem daných premis. Vůbec ale [samy o sobě – pozn. aut.] nepomáhají s určením, které premisy máme postavit na začátek úsudku, resp. který z palety logických argumentů máme v konkrétním případě použít“ (PROCHÁZKA – KÁČER, c. d., s. 245). Slovy T. Sobka, „není těžké udělat A a není těžké udělat non-A, těžké je najít přesvědčivé důvody k rozhodnutí, jestli udělat A, anebo udělat non-A. To je ten okamžik, kdy se láme chléb“ (SOBEK, *Argumenty teorie práva*, s. 139).

²⁰ J. Harvánek kupříkladu varuje, že v případě analogie legis „se jedná o velmi kluzký nástroj..., který se může poměrně snadno vymknout (vědomě či nevědomě) svému účelu“ (HARVÁNEK, c. d., s. 298).

²¹ Obdobně: KNAPP, V. *Vědecká propedeutika pro právníky*. Praha: EurolexBohemia, 2003, s. 21.

²² Po vzoru P. Barthy analogickým usuzováním zde rozumím specifický druh inference, který se opírá o analogii. Analogickou argumentací pak výslovnou reprezentaci formy analogického usuzování. Blíže: BARTHA, P. Analogy and Analogical Reasoning. In: ZALTA, E. N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. 25. 1. 2019 [cit. 2020-05-05]. Dostupné na: <https://plato.stanford.edu/entries/reasoning-analogy/>.

kdy dochází k dotváření práva cestou analogie (a to zejména analogie *legis*). Lze si od toho rovněž slibovat přijetí *ad hoc* racionálnějšího řešení, jemuž bude předcházet efektivnější nalézání argumentů ve prospěch i neprospěch, a to jak ve fázi nalézání práva, tak i *ex post facto* při kritickém rozboru určitého případu, ať už ve fázi přezkumu ze strany odvolacího orgánu, či v rámci vědecké práce.²³

2. K ANALOGICKÉ SITUACI V PRÁVU

Jak bylo naznačeno, analogie může plnit dvě základní role, jednak heuristickou, jednak – při splnění určitých podmínek – i legitimizační.²⁴

Co se týče první z jmenovaných funkcí, heuristické, tak pomocí analogie získáváme „nové premisy ohledně určité kauzy, kde chybí (zákonná) pravidla“.²⁵ Otevírá tedy nové možnosti, jak uchopovat daný problém.²⁶

K relevanci závěrů získanému/ým cestou analogie můžeme přitom přistupovat dvojím způsobem, buď „probabilisticky“, tj. subjektivně je/j vnímat jako tím pravděpodobnější, čím větší míru podobnosti shledáváme mezi srovnávanými případy, a přiklonit se – je-li zdrojových případů více – k tomu závěru, který pramení z případu nejpo-

²³ K zastávané tezi, že formální reprezentace „významně přispívá k vyhodnocení cnosti a negativ takto strukturovaných argumentů, včetně jejich silných a slabých míst“ (BREWER, S. From Enthymeme to Argument: Logocratic Method and the Virtues and Vices of Arguments. In: WEINSTEIN, J. B. – ABRAMS, N. – BREWER, S. – MEDWED, D. S. *Evidence: Cases and Materials*. 10th ed. Foundation Press, 2017, s. 121) srov. zejména práce zde citovaného autora věnované tzv. logokratické metodě. V tuzemském právním prostředí obdobný závěr zastává L. Hlouch, dle kterého „rozpoznání charakteru právního úsudku, který vede k výkladovému závěru, je ... velmi prospěšné k pochopení důvodů, na nichž právní výklad [sic!], v rámci pojednání o analogii – pozn. aut.] spočívá, a může sloužit k odhalení slabiny či logické chyby v právní interpretaci, které mohou vést k nesprávnosti výkladového závěru“ (HLOUCH, L. in: HARVÁNEK, c. d., s. 341). Připomíná však, že v právní praxi zpravidla právníci nesignalizují, jaké inference stojí za jejich argumentací (tamtéž).

²⁴ Budeme-li po vzoru H. Reichenbacha rozlišovat mezi „kontextem objevu“ a „kontextem ospravedlnění“, tak s analogií můžeme mít co do činění v obou těchto souvislostech. Tato teze však není obecně akceptována. K přehledu rozdílných názorů na tuto otázku srov. BREWER, S. Infeasible analogical argument. In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 36 a násl.

²⁵ PRAKKEN, H. *Logical Tools for Modelling Legal Argument: a Study of Defeasible Reasoning in Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, s. 28. Samotný Prakken ale nepovažuje analogii za formu usuzování, ale jen „heuristickou zásadu“ (s. 29), a tudíž se nemůže dle jeho soudu objevit v rámci „kontextu ospravedlnění“. Většinový názor je však takový, že analogie představuje zvláštní typ induktivního úsudku. Od klasické indukce se však liší hlavně v tom, že od konkrétní premisy (příkladu) docházíme ke konkrétnímu závěru (u indukce je to obecný závěr), a to jak již upozorňoval Aristoteles (viz výše – poznámka pod čarou č. 1). Další významný rozdíl spočívá v podmínkách, kdy jsme nuceni odmítnout závěr. Máme-li co do činění s indukcí, stačí, že jedna premisa týkající se vlastností určitého objektu se liší od ostatních premis, což vede k odmítnutí celého úsudku. U analogie – dalo by se říct „definičně“ – se ale počítá s tím, že určité vlastnosti porovnávaných objektů jsou odlišné. Naznačené rozdíly jsou dle některých autorů (např. S. Brewer) natolik zásadní, že vyčleňují analogii jako samostatný druh – vedle dedukce, indukce a abdukce – usuzování. K rozdílům mezi indukcí a analogií srov. blíže: MALINOWSKI, A. (ed.). *Logika dla prawników*. Warszawa: LexisNexis, 2010, s. 198–199. K důvodům, proč „metoda analogická“ bývá řazena k „metodě induktivní“, pak srov. TVRDÝ, J. *Logika*. Praha: Melantrich, 1937, s. 121, 178 a násl.

²⁶ Po vzoru J. Tvrdeho lze dodat, že „analogie jest také základem, na němž vznikají vyšší a širší hypotheses“ (TVRDÝ, c. d., s. 167), což v oblasti práva mj. znamená, že přispívá k identifikaci obecných zásad stojících za určitou třídou případů (srov. dále).

dobnějšího námi posuzované věci; anebo „modálně“, tj. jako dostatečný závěr, jenž je způsobilý k tomu, aby byl podroben dalšímu testování, resp. půjde o konkluzi, kterou lze považovat jako adekvátnější než jiná v úvahu přicházející řešení dané věci, což ale je ověřováno.²⁷

Aby analogie plnila legitimizační funkci, tj. obstála i v kontextu justifikace, je nezbytné ukázat strukturu a vlastnosti analogické argumentace. Jinak řečeno, mám za to, že je třeba v rámci odůvodnění představit její „logickou formu“, kterou po vzoru S. Brewera lze chápat jako „*průkazný vztah mezi premisami argumentu a jeho závěrem*“.²⁸ Nestačí tedy cestou analogie získaný závěr bez dalšího a *de facto* nepřezkoumatelně přijímat (a to třeba i s poukazem na blíže nevysvětlenou podobnost dvou případů), nýbrž je třeba k němu zaujmout „modální“ postoj a vysvětlit, proč lze přijaté řešení považovat za nejvhodnější, a tedy i ukázat, proč obstálo v rámci následného ověřování (např. v testu teleologické legitimacy – viz níže).

Pozornost orgánů aplikujících právo by přitom měla být vždy věnována v prvé řadě tomu, zda vůbec máme co do činění se situací, kdy je na místě přistoupit k analogickému usuzování. Jak jsme uvedli výše, „*analogie má vyplňovat* [pouze – pozn. aut.] *určité mezery v právu*“.²⁹

Narážíme zde na netriviální problém, zda, resp. při jakém pojetí práva, lze vůbec o „mezerách v právu“ hovořit.³⁰ Přijmeme-li dnes rozšířený názor, že právo sestává jednak z pravidel (právních norem), jednak z principů, které i přes vysokou míru abstrakce mají regulativní charakter³¹ a „*uplatní se ..., pokud jiný právní standard v dané situaci neváže více*“,³² je otázkou, zda lze vůbec hovořit o mezerách v právu, resp. zda vůbec existuje prostor pro dotváření práva cestou analogie.³³ Také z tohoto důvodu v právní

²⁷ K danému členění srov. BARTHA, c. d.

²⁸ BREWER, Indefeasible analogical argument, s. 34, poznámka pod čarou č. 2. Nutno však dodat, že sousloví „logická forma argumentace“ lze interpretovat různě. V nejužším slova smyslu jde o formálně-logické schéma vyjádřené ve formalizovaném jazyku (např. predikátové logiky), jež zachovává pravdivost či platnost úsudků v rámci daného logického systému. Ve volnějších významech jde o schematizaci argumentace (od premis k závěrům), jejíž platnost se odvíjí od způsobu vyjádření argumentů a v rámci nich založených vztahů. Konečně – nejvolněji – můžeme za logickou formu označit i schéma, ve kterém jsou užívány symboly (proměnné, konstanty) místo běžného jazyka. S. Brewer vychází přitom z druhého možného pojetí. K „logické formě“, resp. k různému pojetí „formálních způsobů úsudků“ srov. BROŽEK, B. Is Analogy a form of legal reasoning? In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 54.

²⁹ GERLOCH, c. d., s. 145. Jak k tomu výstižně dodává F. Melzer, „*existence této mezery v zákoně* [sic! – pozn. aut.] je *zásadně též mezi analogické aplikace*“ (MELZER, c. d., s. 152).

³⁰ K názorům popírajícím existenci mezer v právu srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce: úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 172 a násl.; či třeba VEČEŘA, c. d., s. 228 a násl.

³¹ „*Každý princip musí být schopen sdělit, co podle něj má být (dispozice) a na jaké faktické situace se vztahuje (hypotéza)*“ (WINTR, J. *Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006, s. 103).

³² Tamtéž, s. 101. Jak totiž dále připomíná J. Wint, „*každý právní princip má... na rozdíl od právní normy... otevřený antecedent*“ (s. 101).

³³ I kdybychom akceptovali názor, že právní normy tvoří otevřený normativní systémem, tak právní principy doplní právní řád do logicky uzavřeného systému. Otázka otevřenosti či uzavřenosti práva je zde posuzována z hlediska jeho aplikace. Stranou úvahy jde tedy hodnocení práva z pohledu jeho tvorby, a to například prizmatem Luhmannovy koncepce práva jako autopoietického systému.

teorii zaznívají názory, že „vždy, kdy principy upravují případy, bezprostředně vylučují analogii a neponechávají pro ni prostor...“.³⁴

Pokud bychom akceptovali tento pohled, je nasnadě, že k využití analogie by docházelo jen ve zcela výjimečných a spíše nepravděpodobných případech.³⁵ Nicméně tento postoj lze dle mého soudu úspěšně verifikovat, a to pokud zohledníme, že samotný zákonodárce často sám vybízí k použití analogie, a to jsou-li pro to splněny stanovené podmínky.

V tuzemském právu tak například normotvůrce vybízí k analogickému dotváření práva v oblasti občanského práva v situacích, kdy „nelze() právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení...“, tj. existuje-li mezera v zákoně, a ne v právu.³⁶ V těchto případech má pak dotváření práva cestou analogie přednost před aplikací právních principů.

Zákonná normativní ustanovení jsou totiž vždy výsledkem předchozího vážení principů, které v rámci normotvorby realizoval zákonodárce, a to sice ne ve vztahu k *ad hoc* soudem posuzovanému případu, nýbrž k danému rodu případů.³⁷ Jinak řečeno, v rámci tvorby práva je potenciaální „bezbfřehost“ použitelných právních principů na určitý typ situací zuřovává jen na některý/ě z nich.

Smyslem analogie je tedy zaručit, aby – slovy řůvodové zprávy k občanskému zákoníku – „v zákoně [byl nalezen – pozn. aut.] i jeho latentní obsah“, jinak – budou-li bez řálšího používány obecné zásady právní – „to může vést k nepředvídatelným závěrům a arbitrární libovůli“.³⁸ Dotvoření práva dle analogie *legis* má zajistit, že když se „přihodí něco mimo povšechného, a tehdy je správné, aby tam, kde zákonodárce, poněvadž mluvil všeobecně, něco opominul a pochybil, opomenutí opravit, jak by řekl i sám zákonodárce, kdyby byl přítomen a jak by ustanovil, kdyby o tom věřel“.³⁹

Teprve nenalezneme-li v platném právu vhodné ustanovení k analogickému uplatnění, pak je namířtě zohlednění posuzované věci prizmatem právních principů (zejména spravedlnosti) a „zásad, na nichž spočívá tento zákon“ (§ 10 odst. 2 obč. zákoníku). Nicméně i v případě postupu dle analogie *iuris* soudce nemůže zcela svobodně volit ze všech v ůvalu přicházejících principů, neboť normotvůrce mu ukládá zohlednit „zvyklosti soukromého řivota, stav právní nauky, ustálenou rozhodovací praxi“ (§ 10 odst. 2 obč. zákoníku), aby výsledkem bylo dobré uspořádaní práv a povinností.⁴⁰

³⁴ DUARTE, D. Analogy and Balancing: the Partial Reducibility Thesis and Its Problems. In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 99.

³⁵ Dle Duarteho tomu bude za těchto okolností: (i) neexistuje ani pravidlo, ani princip, dle kterého by bylo možné případ posoudit; (ii) pravidlo obsahuje řůsledek, který nebyl upřesněn pro kategorii, která rovněž spadá do její působnosti (DUARTE, c. d., s. 98).

³⁶ Již ze samotné textace hlavy I, řílu I občanského zákoníku přitom evidentně plyne, že zákonodárce nezuřuje právo pouze na právo pozitivní.

³⁷ BROŹEK, B. Analogy and Balancing: a Reply to David Duarte. In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 99.

³⁸ řůvodová zpráva k § 10 (nového) občanského zákoníku [online], s. 41. [cit. 2020-05-05]. Dostupné na: http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova_zprava_leden_2011_.pdf.

³⁹ ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: Petr Rezek, 1996, s. 146.

⁴⁰ Tyto subsidiární prameny, jeř mají být zohledněny při výběru normativního konsekventu, brání soudu, aby bez řálšího rozhodl dle libovolného právního principu ři svého pocitu spravedlnosti. Lze proto souhlasit

Uvedené legitimizuje závěr, že analogie *legis* je ve vztahu speciality k analogii *iuris*. Dotváření práva cestou analogie *iuris* se pak liší od rozhodování na základě principu spravedlnosti či předem neidentifikovaných právních principů a zásad. Obecněji analogii můžeme chápat jako nástroj, jenž má zajišťovat přiměřenost soudcovského dotváření práva a současně bránit aplikační libovůli. Jde tedy o způsob generování „nových premis“, jejichž podoba je ale *a priori* jistým způsobem předurčena.

Mlčení zákonodárce (a nikoliv tedy práva jako takového) ohledně určité situace však může pramenit z řady důvodů (např. to bylo jeho záměrem, neboť nebylo možné v legislativním procesu dosáhnout konsensu ohledně způsobu řešení určité otázky). Namísto je proto vždy důkladné prozkoumání příčin mlčení zákonodárce, a to například na základě interpretace přípravných materiálů z doby vzniku relevantního normativního textu (např. stenografických zápisů z projednávání ve Sněmovně, důvodových zpráv). Lze proto rovněž přisvědčit názoru I. Pelikánové, že je třeba vždy posoudit, „*zda zákonodárce mlčel, protože situaci upravit nechtěl (chování mělo být dovoleno, povinnost neměla být uložena), nebo protože na ni nepomyslel. Ve druhém případě půjde o mezeru v zákoně, již bude nutno zaplnit.*“⁴¹

Je třeba ale mít na paměti, že možnosti dotváření práva cestou analogie nejsou ve všech subsystémech právního řádu totožné. Přesněji řečeno, normotvůrce pro některá právní odvětví může výslovně či nepřímo vyloučit použití právní analogie (typicky v trestním právu hmotném nelze v neprospěch osob rozšiřovat skutkové podstaty trestných činů či druhy trestů;⁴² či v daňovém právu nelze rozšiřovat okruh případů, kdy lze vybírat daň nebo ukládat sankce⁴³). Je nasnadě, že nebude možné dopad trestněprávních či daňových předpisů rozšiřovat ani cestou aplikace právních principů, a to mj. vzhledem k významnosti zásad *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* a *Nullum tributum sine lege*.⁴⁴ Z téhož důvodu nelze ani uvažovat o teleologické extenzi.⁴⁵

s J. Tryznou, že „*kritérium spravedlnosti má mít zcela subsidiární úlohu a lze jej využít až v případě, kdy není žádný jiný pramen pravidel pro rozhodnutí určitého případu*“ (TRYZNA, J. Garance právní jistoty z hlediska metodologie interpretace práva předvídané novým občanským zákoníkem. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2012, s. 204).

⁴¹ PELIKÁNOVÁ, I. Komentář k § 10 NOZ. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář*. Sv. 1. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 47. Normotvůrce obvykle reguluje standardní, typizované případy, a tak určitá atypická situace může uniknout jeho pozornosti. Další z důvodů vzniku proti-plánových mezer může pramenit z toho, že „*prudký rozvoj postmoderní společnosti ... přináší nové situace a předkládá před právo nové – jím dosud vůbec nepředvídané – problémy k řešení. Je proto namístě [zejména cestou analogie iuris – pozn. aut.] pootevřít prostor k řešení takových případů, na něž aktuální úprava nepamatuje a pamatovat nemůže*“ (Důvodová zpráva k § 10 obč. zákoníku, s. 41).

⁴² Srov. čl. 39 Listiny základních práv a svobod: „*Jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit.*“, jakož i ustanovení § 12 odst. 1 tr. zákoníku: „*Jen trestní zákon vymezuje trestné činy a stanoví trestní sankce, které lze za jejich spáchání uložit.*“

⁴³ Čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod: „*Daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona.*“

⁴⁴ Srov. též: MORAWSKI, L. *Zasady wykładni prawa*. Toruń: Dom Organizatora, 2010, s. 228.

⁴⁵ V úvahu nanejvýš přichází použití extenzivního jazykového výkladu. Pomyslnou nepřekročitelnou mezí tak bude hranice nejširšího možného jazykového významu daného ustanovení. K vzájemnému vztahu analogie na straně jedné a extenzivního výkladu na straně druhé srov. CANALE, D. – TUZET, G. *Analogical Reasoning and Extensive Interpretation*. In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 65–84.

Ukáže-li se však, že vstupní podmínka pro analogickou argumentaci je splněna, a tedy že tento způsob usuzování je aprobovaný v daném právním odvětví (či jeho výšeči)⁴⁶ a že máme co do činění s relevantní (tj. proti-plánovou) mezerou v zákoně, lze přistoupit k vlastnímu analogickému úsudku. Jako nanejvýš žádoucí se přitom jeví, aby normotvůrce zaujal jasný postoj k přípustnosti analogie v daném subsystému práva, čímž může předejít případným aplikačním problémům.⁴⁷ Taktéž zkvalitněním jazykového znění přijímané právní regulace lze snížit výskyt těchto obtíží.

Správné vyhodnocení popsané vstupní fáze analogického úsudku je přitom o to zásadnější, že rozhodnutí o přípustnosti „užití analogie... vylučuje argumentum a contrario a vice versa. Tento argument (a contrario) ... není samostatným argumentem, nýbrž je závislým na přípustnosti analogie. Jeho užití tak vlastně implicitně vypovídá, že analogie v konkrétním případě není přípustná.“⁴⁸

Použití *arg. a contrario* bude tak přicházet v úvahu v situacích, kdy posuzovaný případ nelze úspěšně podřadit pod žádný normativní antecedent (je za hranicí jazykového významu), což ale i odpovídalo záměru autora, a současně to nezakládá bezdůvodnou rozdílnost v právním postavení osob ocitajících se v obdobném postavení. Pokud normotvůrce o určité situaci nemohl vědět, popř. ji bezdůvodně opomínil či upravil hodnotově nekonzistentně,⁴⁹ a současně je třeba – vzhledem k zákazu *denegatio iustitiae* – ve věci rozhodnout, je namíste postup *per analogiam* (a to za předpokladu, že tomu nebrání obecný zákaz analogie v daném subsystému práva či jeho výšeči).

3. K MODELŮM ANALOGIE

V rámci právní teorie i logiky byla navržena celá řada schémat analogického usuzování. Nicméně doposud nebyla navržena taková striktně formálně-logická reprezentace, která by byla s to – skrze objektivní a obecná formální pravidla – strukturovat všechny kroky (včetně prováděných voleb) tohoto úsudku, tj. „*aniž by tedy bylo nutné se v nějaké fázi dovolávat intuice*“.⁵⁰ Ve svém důsledku to vede k tomu, že jsou

⁴⁶ I v rámci občanského práva můžeme najít oblasti, ve kterých analogie není namíste. Důvodová zpráva k obč. zákoníku kupříkladu výslovně zmiňuje „statusové otázky“, byť současně nevylučuje, že i zde dotváření práva cestou analogie *iuris* bude myslitelné, pokud budoucí vývoj společnosti přinese problémy, které nebylo možné v době normotvorby předjímat. Blíže: Důvodová zpráva k § 10 obč. zákoníku, s. 41.

⁴⁷ Nezaujme-li normotvůrce jasné stanovisko k přípustnosti analogie v daném právním odvětví či dílčí oblasti práva, je namíste vycházet z názorů představitelů právní doktríny a vyšších soudů. Doktrína se přitom obvykle kloní k tomu, že dotváření práva cestou analogie je vyloučeno – kromě výše uvedených příkladů – i v oblasti správního trestání, pravomocí a kompetencí státních orgánů (VEČEŘA, c. d., s. 232–233), dále například co se týká rozsahu povinností ukládaných normotvůrcem soukromým subjektům, a to na rozdíl od jejich subjektivních práv a svobod (MORAWSKI, c. d., s. 223–228).

⁴⁸ MELZER, c. d., s. 244.

⁴⁹ I výskyt tzv. hodnotové (teleologické, axiologické) mezery v zákoně může legitimizovat potřebu aktivního zásahu soudce v aplikačním procesu. Půjde o případy, kdy výklad opírající se např. o *arg. a contrario* nevede k uspokojivému výsledku, neboť narušuje hodnotovou koherenci právního řádu. Blíže např. VEČEŘA, c. d., s. 230–231; MELZER, c. d., s. 225 et passim. Ukazuje se přitom, že v aplikačních procesech je namíste se vždy dívat za normativní text, tj. zohlednit i účel úpravy, hodnoty, které odráží, základní právní principy (srov. dále).

⁵⁰ NORTON, c. d., s. 2.

navrhovány buď stále propracovanější modely a pravidla ovládající analogické usuzování a argumentaci, anebo nová pojetí analogie, která by se vyhnula nutnosti formulovat obecná kritéria ovládající výběr jednotlivých premis analogického úsudku, a to nezávisle na jejich konkrétním obsahu.⁵¹

Uvedené lze ilustrovat na vývoji názorů na formální schematizaci tohoto typu úsudku: Až do 20. století se lze setkat s poměrně jednoduchými schématy, která jsou inspirována strukturou sylogismů. Například G. H. Joyce, autor populárního kompendia věnovaného tradiční logice ze začátku 20. století, navrhoval toto schéma:

S1 je P
S2 připomíná S1 v tom, že je M.
(Tudíž) S2 je P.⁵²

Současně k tomu dodal, že relevance této inference se bude odvíjet od toho, zda existuje mezi M a P kauzální vztah. Pokud skutečně existuje, pak jde o platný úsudek, jinak není vůbec namístě (byť S2 je M) dovozovat, že je také P.⁵³

Takové pojetí analogie naráží na řadu problémů: V době činění analogického úsudku mnohdy nejsme s to zjistit, zda existuje tento kauzální vztah, a to do doby, než bude tato spojitost empiricky prokázána.⁵⁴ Navíc správnost závěru, jenž byl přijat na základě „plané“ analogie, není automaticky zpochybněna tím, že se *ex post facto* vyvrátilo kauzální spojení (anebo že toto neexistuje).⁵⁵ V oblasti práva a jeho aplikace je pak třeba zejména upozornit na skutečnost, že v rámci argumentace *per analogiam* není namístě hovořit o kauzální spojitosti mezi sdílenou vlastností či strukturou daného případu a zdrojem analogie (např. zákonnou hypotézou) na straně jedné a normativním konsekvencem na straně druhé. (Relevantní) podobnost srovnávaných objektů tedy bez dalšího nepředstavuje objektivní kauzální důvod pro dotvoření práva cestou analogie. Je sice „vysvětlujícím a zároveň ospravedlňujícím důvodem“⁵⁶ pro tento postup (tedy dotvoření práva cestou analogie), ale jeho obecná vhodnost a přesvědčivost se bude odvíjet jednak od toho, zda byla adekvátně vyhodnocena a odůvodněna otázka přípustnosti analogie, jednak od odůvodnění stojícího za volbou a výkladem určitého zdroje analogie (viz níže).

⁵¹ Nemožnost nalezení zcela objektivních kritérií dle některých ospravedlňuje názor, že analogie nemá skutečně formálně-logickou povahu, což vede k umenšování relevance takto získaných výsledků.

⁵² JOYCE, G. H. *Principles of Logic*. 3rd ed. London: Longmans, Green and Co, 1936, s. 260. Obdobně – byť pomocí slov – pojímal analogii J. S. Mill, dle kterého „dvě věci jsou si podobné v jednom nebo více ohledech; jisté tvrzení je pravdivé o jedné z nich, tudíž je i pravdivé pro druhou (věc)“ (MILL, J. S. *A System of Logic: Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation*. 8th ed. New York: Harper and Bros, 1882, s. 684). K analogii v díle Milla srov. TVRDÝ, c. d., s. 120.

⁵³ JOYCE, c. d., s. 260. Tímto dovětkem tak doplňuje svoje původní schéma o stěžejní podmínku – kauzální spojení mezi M a P.

⁵⁴ K „planým“ analogiím v dějinách přírodních věd, jež vedly k nutnosti korigovat původní schéma, srov. NORTON, c. d., s. 5 a násl.

⁵⁵ U analogií, jež se neopírají o kauzální souvislost, a to alespoň co se přírodních věd týká, lze však předpokládat jejich nižší pravděpodobnost než u analogií, kde tento vztah existuje. Bližší: NORTON, c. d., s. 5.

⁵⁶ SOBEK, *Právní myšlení: kritika moralismu*, s. 188.

Objevily se proto požadavky, aby v rámci analogických schémat byly zohledňovány další aspekty, které umožní odlišit životaschopné analogie od těch „zdánlivých“. Nelze přitom ale zapomínat, že dle většinového názoru lze cestou analogie přijmout vždy jen vyvratitelné (*defeasible*) závěry, které nikdy nebudou garantovat jistotu dedukčních úsudků.⁵⁷ Nicméně i v tomto ohledu platí pro právní analogie dílčí odchylka: Je-li určitá analogie (výsledek analogické argumentace) respektována danou právní komunitou, stává se skutečností. Na rozdíl tedy od přírodních věd, konsenzus ohledně závěrů přijatých cestou analogie ze strany relevantní právní komunity vede k tomu, že takto přijatý závěr může postupně v právním prostředí sedimentovat.⁵⁸ Jinými slovy, „*analogie tu není pracovní hypotézou, kterou podrobujeme experimentální kontrole, jak je tomu ve vědě, ale její přijetí ústí do [právních – doplněno aut.] ... koncepcí skutečnosti strukturovaných cestou analogie*“.⁵⁹

Klíčová otázka, která se tak vynořuje, zní, jak zvýšit relevantnost analogických úsudků. Nejde přitom o žádnou novou otázku, zohledníme-li fakt, že hlavním cílem, ke kterému se již od dob Aristotela upíná snažení různých myslitelů zkoumajících analogii, je „*nalézt formální kritéria, která by umožňovala odlišit dobré od špatných analogií*“.⁶⁰

Odpovědi jdou dvojím směrem: *zprvé*, velká pozornost musí být věnována výběru opravdu podobných případů, *zadruhé*, se objevují volání, že spolu s hledáním obdobných případů by měly být hledány obecnější zásady (pravidla, zásady či hodnoty) stojící za rozhodováním případem.

4. K (NE)PODOBNOSTI PŘÍPADŮ

Jeden z nejdiskutovanějších momentů analogických úsudků je určení, kdy vlastně máme co do činění s podobností určitých dvou či více objektů/situací/jevů apod. V oblasti práva se tedy budeme ptát, zda dva (či více) „případy“ jsou si navzájem podobné. Srovnávané objekty (normativní hypotéza a *ad hoc* skutková podstata) však nesmí být totožné (identické),⁶¹ jelikož pak by byla namísto subsumpce daného případu pod danou právní normu, tj. aplikace normativního konsekventu cestou dedukce. Pro analogii by zde nezůstával již žádný prostor.⁶²

V závislosti na typu právní kultury se přitom bude částečně lišit to, co vlastně je předmětem srovnávání a jakou variabilitu těchto objektů budeme mít k dispozici.

⁵⁷ Zaznívají však i opačné názory, dle kterých v určitých a spíše nečetných případech může mít analogie (analogický argument) sílu deduktivního úsudku. Srov. blíže: BREWER, Indefeasible analogical argument, s. 35–48.

⁵⁸ Jak tedy výstižně upozorňuje T. Sobek, „[p]lauzibilita právního myšlení není testována objektivní realitou, jak je tomu u přírodovědního myšlení, ale právní autoritou“ (SOBEK, *Právní myšlení: kritika moralismu*, s. 188).

⁵⁹ PERELMAN, CH. *Právní logika: nová rétorika*. Bratislava: Kalligram, 2014, s. 180

⁶⁰ NORTON, c. d., s. 1.

⁶¹ „Uvažované objekty se tedy musí lišit aspoň v jednom znaku, (neboť) ... analogie je úsudek založený na stanovení podobností dvou různých objektů“ (ŠTĚPÁN, J. *Logika a právo*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 60).

⁶² „Homogenita je nepoužitelná v rámci analogie, jejíž epistemologická funkce lépe poznat, strukturovat nebo hodnotit tému pomocí fory, předpokládá heterogenost prvků“ (PERELMAN, *Právní logika: nová rétorika*, s. 180).

V kontinentální právní kultuře pro *ad hoc* posuzovaný případ (cíl, *target*) budeme primárně hledat „obdobný“ či „přiměřený“ protějšek či protějšky (zdroj/e, *sources*) v normativním právním textu, resp. v jeho hypotézách. V anglosaském typu právní kultury budeme hledat „obdobná“ či „srovnatelná“ dřívější rozhodnutí soudů, tj. předchozí precedenty s obdobným věcným rozsahem. Je přitom nasnadě, že v zákonných právních textech používané relativní neurčité formulace umožňují pokrýt větší výšeč v realitě potencionálně vznikajících případů (tj. určitou jejich třídu), než je tomu u precedentů. Současné nelze opominout, že rovněž v systému kontinentálního práva je namísto v rámci nalézání práva (ať cestou interpretace, či dotváření) zkoumání předchozí rozhodovací praxe, která sice není pro soudce formálně závazná, nicméně vzhledem k požadavkům formální spravedlnosti (rovnosti) a předvídatelnosti práva, by měla být v rozhodnutí reflektována.⁶³ Jak jsme viděli výše, v souvislosti s úpravou analogie *iuris* v textu občanského zákoníku normotvůrce tuto povinnost výslovně zopakoval. Ukazuje se tak rovněž, že zkoumání otázky podobnosti má v právní praxi podstatně širší využití i význam.⁶⁴

Bez ohledu na to, zda zdrojem analogie bude obdobná zákonná hypotéza či dřívější soudní precedens, logikové s oblibou upozorňují, že dvě věci se teoreticky vždy mohou lišit v nekonečném množství aspektů. Současné ale jsou si podobny ve stejně nekonečném množství ohledů.⁶⁵

O podobnosti dvou objektů lze přitom hovořit již ve chvíli, kdy existuje alespoň jedna věta popisující daný objekt či jeho vlastnosti, vztahy, funkce (souhrnně „doměnu“), která platí jak pro cíl, tak i potencionální zdroj.⁶⁶

Vzniká tak kruciólní otázka, „v jakých vlastnostech (*pojmových znacích*), případně v jakém počtu těchto vlastností (*pojmových znaků*) si mají být *X* a *Y* podobné“⁶⁷ (popř. i více potencionálních zdrojů)? Jinak řečeno, „které momenty jsou podstatné pro to, aby dva případy byly regulovány stejně a jaké rozdíly si vyžadují rozdílné právní ná-

⁶³ Tento požadavek se recentně dočkal i svého normativního vyjádření, a to konkrétně v § 13 občanského zákoníku (část do středníku): „Každý, kdo se domáhá právní ochrany, může důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako jiný právní případ, který již byl rozhodnut a který se s jeho právním případem shoduje v podstatných znacích; ...“.

⁶⁴ Vždy, když soudce hledá či vybírá dřívější rozhodnutí, která jsou pro aktuálně projednávaný případ relevantní, měl by se zabývat otázkou podobnosti a rozdílnosti skutkových okolností daného případu s předchozími rozhodnutími. Jak správně upozorňuje T. Smejkalová, „kontext (a to nejen právní, ale i skutkový) může ovlivňovat význam práva“, přičemž je-li „interpretace soudu používána mimo svůj původní skutkový kontext, v jehož rámci má smysl, může... docházet k informačnímu deficitu, který posléze může vést k významovým posunům... Není možné (proto) automaticky akceptovat dekontextualizovanou judikaturu jako legitimní“ (SMEJKALOVÁ, T. Judikatura, nebo precedens? *Právník*. 2019, č. 9. In: *Codexis: Atlas Consulting* [online]. [cit. 2020-05-05]).

⁶⁵ GOODMAN, N. *Problems and Projects*. New York: Bobbs-Merrill Co, 1972, s. 443, popř. ve vztahu k právu: WHITE, J. *Analogical reasoning*. In: PATTERSON, D. (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell Publishing Ltd, 1999, s. 585.

⁶⁶ BROŽEK, B. Analogy in Legal Discourse. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 2008, Vol. 94. No. 2, s. 198. Citovaný autor vychází z toho, že objekty právního srovnávání jsou stavy věcí, a tudíž je lze popsat. Každý popis skutkového stavu pak lze považovat za soubor vět. Můžeme k tomu dodat, že orgány aplikující práva se v soudních síních nesetkávají se skutky jako takovými, ale vždy s jejich popisy.

⁶⁷ HLOUCH, L. in: HARVÁNEK, c. d., s. 341.

sledky“⁶⁸ Jejím zodpovězení však bývá ze strany právníků obvykle věnována menší pozornost, a to na rozdíl od logiků.

Za průlomovou lze označit zejména práci Mary B. Hesse *Models and Analogies in Science* z roku 1963, která obohatila diskuzi na toto téma o koncepci „pozitivních a negativních analogií“, jejichž rozlišování přebírá z díla J. M. Keynesa. O pozitivní analogii lze hovořit, pokud srovnávané vlastnosti/vztahy/prvky „zdrojové“ domény i „cílové“ domény se shodují, kdežto negativní analogii se rozumí ty vlastnosti/vztahy/prvky, ve kterých se zdrojové a cílové domény liší.⁶⁹ Za účelem zhodnocení síly určitého závěru získaného cestou analogie pak M. Hesse mj. navrhuje, aby byly porovnány pozitivní a negativní analogie, jakož i celkový poměr mezi novými vlastnostmi a vlastnostmi, které jsou již známy a jejichž existence již byla v rámci analogie zohledněna. Toto zhodnocení představuje horizontální rozměr jejího modelu analogie.⁷⁰ Podobnost přitom pojímá materiálně, a to jako „pre-teoretickou analogii mezi pozorovatelnými entitami“.⁷¹

Z uvedeného pro nás plyne, že nestačí tvrdit pouhou podobnost mezi dvěma (či více) posuzovanými doménami, nýbrž je vhodné vždy identifikovat, ohledně kterých vlastností (vztahů, funkcí) existuje podobnost či dokonce shoda, a u kterých máme co do činění s rozdílností.

Co víc, je třeba určit, které z potencionálně nekonečné řady podobností jsou ty rozhodující pro danou analogickou úvahu, resp. které vlastnosti legitimizují provedení analogického úsudku. *Vice versa*, je žádoucí vysvětlit, proč „znaky rozdílné jsou nepodstatné, takže analogické projednání je odůvodněné“.⁷²

Zodpovězení těchto otázek nám umožňuje nalézt ten/ty zdroj/e (normativní hypotézu/y či dřívější soudní rozhodnutí), který/é je/jsou vhodným nosičem normativního konsenzu pro námi posuzovaný – cílový případ.

Jak tedy konkrétně postupovat? Kdybychom se drželi strategie navržené M. Hesse, měli bychom v rámci zvažovaných zdrojových případů zejména kvantitativně poměřovat pozitivní a negativní analogie (tj. zkoumat všechny myslitelné aspekty a faktory, ve kterých se cílová a zdrojová doména shodují/liší).⁷³ Odpovídá to tradičnímu pohledu na posouzení relevance závěrů přijatých cestou analogie.⁷⁴ Nicméně čistě kvantitativní

⁶⁸ WEINBERGER, c. d., s. 175.

⁶⁹ KEYNES, J. M. *Treatise on Probability*. London: Macmillan and Co, 1921, s. 257 et passim.

⁷⁰ Neméně významný – alespoň z pohledu přírodních věd – je vertikální rozměr analogie, v rámci kterého je posuzována zejména kauzální souvislost uvnitř určité domény analogie, která však z důvodu výše rozvedených je v oblasti práva méně významná.

⁷¹ Toto vymezení otevírá celou řadu otázek, neboť není zcela jasné, co se rozumí „pozorovatelnými entitami“ a co je to „pre-teoretická analogie“, resp. zda toto uchopení není příliš zužující. Pokud nejsem s to nějaký objekt pozorovat, znamenalo by to, že nelze ohledně této skutečnosti vyslovit analogii, což je poměrně absurdní závěr. Blíže: NORTON, c. d., s. 10 a násl.

⁷² WEINBERGER, c. d., s. 175.

⁷³ Je třeba upřesnit, že M. Hesse postuluje tyto tři požadavky akceptovatelnosti určitého analogického závěru: (i) podobnost mezi „pozorovatelnými“ vlastnostmi/znaky cíle a zdroje (viz výše – poznámka pod čarou č. 71); (ii) kauzální vztah mezi přenášenou zdrojovou vlastností a známými pozitivními analogiemi a současně (iii) zdrojová a cílová doména se neliší v žádném podstatném znaku. Blíže: BARTHA, c. d.

⁷⁴ Mezi tato tradiční vodítka pro posouzení relevance cestou analogie získaných závěrů patří mj. tyto zásady: (i) čím víc podobností, tím je analogie silnější neboli „spolehlivost úsudků z analogie roste s počtem společných znaků“ (ŠTĚPÁN, c. d., s. 60); (ii) čím více rozdílů (tj. negativních) analogií, tím je analogie slabší; (iii) strukturální analogie jsou silnější, než ty opřené na nepřírozených (uměle vytvářených) podob-

hledisko nelze dle mého soudu přeceňovat, a to mj. vzhledem k jejich potencionálně neomezenému počtu.

Navíc je nasnadě, že v právní praxi bude poměrně často docházet k případům, kdy v závislosti na procesním postavení daného účastníka řízení budou navrhovány rozdílné zdroje jako ty nejvhodnější (nejpodobnější) k posuzované věci, popř. v rámci nich vyzvedávány rozdílné úhly pohledů. Lze proto přisvědčit názoru J. Whitea, že chápání podobnosti se mnohdy bude odvíjet od toho, „*kdo a kdy činí rozhodnutí*“.⁷⁵

I kdybychom však zúžili analogie pouze na ty přirozené (tj. nevytvářejí umělá kritéria diferenciací), čistě kvantitativní strategie se nejeví jako optimální. Rozhodující je, zda se srovnávané dílčí (pozitivní či negativní) analogie týkají podstatných (konstitutivních) vlastností/otázek, nebo jsou druhořadé.⁷⁶ Jak totiž připomíná J. Tvrdý, „(z) *nahodilých podobností vzniká celá řada planých analogií... Vědecký a logický význam mají jen analogie zakládající se na podstatných podobnostech*.“⁷⁷ Také z tohoto důvodu závěr, že „*analogie smí být použita jen tehdy, pokud je v řešeném případě více shodného, než rozdílů v podobném případě, na který analogická norma běžně dopadá*“,⁷⁸ lze považovat za legitimní jen potud, pokud bude doplněn o to, že shoda se má týkat „*podstatných náležitostí*“.

Vyvstává takto ale další otázka, jak identifikovat z řady myslitelných faktorů srovnávání dvou domén (tj. kritérií pro dílčí analogii) ty podstatné (konstitutivní)? F. Melzer – v rámci úvah o podstatných a nepodstatných okolnostech případu zvažovaných v rámci *arg. a simili* – navrhuje, aby se pozornost zaměřila na ty aspekty (prvky, vlastnosti, vztahy), které mají význam pro právní posouzení věci.⁷⁹

Konvenuje to s názorem, který propaguje ve svých dílech B. Brožek, a to, aby výběr zdrojů (normativních hypotéz, dříve rozhodnutých případů) byl určen právní otázkou, kterou v rámci cílového případu má řešit. Jako podobné mají být proto vybrány všechny *ad hoc* v úvahu přicházející „zdroje“, v rámci kterých byl posuzován obdobný právní problém,⁸⁰ či řešen – doplníme-li již na tomto místě o dále podrobněji analyzované Melzerovy úvahy – stejný konflikt zájmů. Namísto již tedy není zkoumání podobností mezi různými myslitelnými doménami, nýbrž v první řadě identifikace všech případů,

nostech; (iv) „*čím větší bude podobnost struktur obou systémů především kvantitativně, tím spolehlivější bude závěr*“ (tamtéž). K rozboru těchto i dalších kritérií srov. v podrobnostech BARTHA, P. *By Parallel Reasoning: the Construction and Evaluation of Analogical Arguments*. New York: Oxford University Press, 2010, passim.

⁷⁵ WHITE, c. d., s. 585.

⁷⁶ MALINOWSKI, c. d., s. 198 a násl.

⁷⁷ TVRDÝ, c. d., s. 180.

⁷⁸ HARVÁNEK, J. in: HARVÁNEK, c. d., s. 298.

⁷⁹ MELZER, c. d., s. 168: „*Je třeba se ptát, zda existuje racionální důvod, proč by právě skutečnost, ve které se oba případy liší, měla být důvodem pro odlišné posouzení věci*.“ Nutno předznamenat, že Melzerova distinkce je dále spojená s tím, zda daná okolnost může mít vliv na výsledek poměřování principů.

⁸⁰ BROŽEK, *Analogy in Legal Discourse*, s. 195 a násl.; BROŽEK, *Is Analogy a form of legal reasoning?*, s. 59 a násl.; či třeba BROŽEK, B. *Myšlenie: podręcznik użytkownika*. Kraków: Copernicus Center Press, 2019, s. 222 a násl.

v rámci kterých je/byl řešen tentýž problém/konflikt zájmů jako v aktuálně projednávané věci.⁸¹ Odhaluje se v této souvislosti i kontextuální charakter analogie.⁸²

Tento přístup umožňuje efektivně eliminovat „zdanlivé“ či „účelově navrhované“ zdrojové normativní hypotézy či dřívější rozhodnutí soudu, a potažmo tedy najít zdroje jen „životaschopných“ analogií.

Lze přitom dodat, že v právní praxi právníci obvykle intuitivně volí tuto strategii a jsou schopni též bez větších obtíží odlišit podstatné od nepodstatných okolností/náležitostí případu.⁸³ Nicméně z požadavku logické formy analogie, jež je předpokladem její legitimizace (viz výše), pramení potřeba racionalizovat a v odůvodnění rozhodnutí zaznamenat tyto procesy.⁸⁴

Ačkoliv popsany návrh Melzera i Brožka vykazuje značnou podobnost, lze si povšimnout, že Brožkovo řešení dává návod, jak identifikovat všechny potencionální zdroje analogie, kdežto Melzer se spíše věnuje otázce posouzení okolností v rámci určitého již relevantně-podobného případu.⁸⁵ Vzhledem k požadavku explicitního vyjádření všech premis stojících za analogickým úsudkem se tak jeví jako vhodnější postup navržený B. Brožkem. Ba, co víc, ukazuje, že jednou z vůbec prvních otázek, kterou by měl orgán aplikující právo vždy řešit, je zjištění právního problému a identifikace okruhu možných zdrojů, ve kterých lze nalézt normativní řešení (zejména tedy vyhledání vhodných ustanovení, popř. určení právního odvětví či jeho výseče, který daný rod problémů řeší⁸⁶). Není-li přitom nalezena aplikovatelná zákonná právní norma, je namísto posouzení tzv. analogické situace u identifikovaných zdrojů analogie (tj. je třeba vyhodnotit povahu mezery v zákoně, zkoumat přípustnost analogie v daném právním

⁸¹ „Je to otázka, kterou chceme zodpovědět, jež vyznačuje podobnosti *prima facie* mezi dvěma případy – budeme zohledňovat ty minulé situace, ve kterých jsme řešili podobný případ jako je ten aktuálně posuzovaný.“ (BROŽEK, *Myšlenie: podręcznik użytkownika*, s. 223).

⁸² Blíže: WOJTCZAK, c. d., s. 118 a násl. Od řešené otázky se tedy bude odvíjet identifikace klíčových aspektů dané věci. V závislosti na řešení právního problému, tj. zda *ad hoc* budeme posuzovat civilně-právní odpovědnosti vztah či třeba trestněprávní rovinu, budeme do popředí vyzvedávat rozdílné fakty, vlastnosti či vztahy, ačkoliv stále budeme mít co do činění s tímž případem.

⁸³ Jde o rychlá, automatizovaná rozhodnutí, jež od nás nevyžadují větší námahu a jež jsou realizována v rámci tzv. Systému 1 (tj. souboru dovedností, které nám dílem byly dány do vinku, dílem se jedná o automatizované mentální aktivity, které vyvěrají z našich předchozích zkušeností a znalostí). Obvykle teprve, „když se Systém 1 dostane do potíží, zavolá si na pomoc Systém 2, aby přispěl s podrobnějším a konkrétnějším zpracováním“ (KAHNEMAN, D. *Myšlení rychle a pomale*. Příbram: Melvil Publishing, 2011, s. 31). Jak upřesňuje B. Brožek, „analogické usuzování je zakořeněno v lidské schopnosti mentálního simulování dějů, ... kdy využíváme minulé případy, ve kterých se podařilo vyřešit určité otázky, a to pro daný případ... Využíváme přitom metodu variace“ (BROŽEK, B. *Umysl prawniczy*. Kraków: Copernicus Center Press, 2019, s. 109).

⁸⁴ V právu je tedy nezbytné, aby analogické rozhodnutí mělo oporu – budeme-li se držet terminologie D. Kahnemana – i v Systému 2 a bylo plodem racionální, v odůvodnění daného rozhodnutí zaznamenané úvahy soudu.

⁸⁵ Nalezení relevantně podobného případu představuje až druhý krok v rámci Brožkova modelu analogie. F. Melzer tak pracuje s jednostupňovým modelem, kdy za vhodný zdroj pro analogii považuje jen ta ustanovení, která řeší stejný konflikt zájmů (MELZER, c. d., s. 168), resp. mají „alespoň v podstatných bodech stejný ... teleologický základ“ (s. 245). Podstatné okolnosti/body případu pak jsou způsobilé ovlivnit řešení tohoto konfliktu.

⁸⁶ V závislosti na řešených otázkách lze identifikovat jako *prima facie* podobné zdroje i ustanovení upravená v různých právních předpisech či odvětvích, a to pokud řeší „stejný konflikt zájmů“, s jakým *ad hoc* máme co do činění. Blíže: MELZER, c. d., s. 168.

odvětví apod.). Teprve poté bude namíste přistoupit k řešení otázky podobnosti podstatných náležitostí zdroje a cíle analogie.

Ani na této úrovni však nestačí kvantitativně a víceméně automatizovaně srovnat pozitivní a negativní analogie ohledně podstatných náležitostí, a budou-li převládat ty pozitivní, použít zákonný konsekvent zdroje na cílový případ. „[P]ravděpodobnost úsudku analogického není pravděpodobností početní (numerickou), ... nýbrž pravděpodobností, kterou rozmanitě nazývají logickou, filozofickou, racionální a která má svůj původ v zákonitosti jevů. Vlastnosti, jejichž společnou existenci na základě analogie vyvozujeme, nevyskytují se společně nahodile, nýbrž tvoří určitou zákonitou souvislost.“⁸⁷ Převáděno do oblasti práva, je tedy třeba zkoumat, co vlastně stojí za daným normativním ustanovením, jaké je jeho *ratio legis*, a zda je vskutku legitimní tento sekundární zdroj vztáhnout i na posuzovaný cílový případ. Budeme tedy – v souladu s modálním postojem – testovat *prima facie* analogií získané závěry.

5. K TELEOLOGICKÉ PODOBNOSTI ANEB K LEGITIMIZACI NORMATIVNÍHO KONSEKVENTU

Tak jako v případě právního ustanovení nelze pro účely jeho aplikace bez dalšího vycházet z čistě jazykového znění, tak i v situaci, kdy nalezneme případ (normativní ustanovení či předchozí rozhodnutí), který řeší *prima facie* stejnou právní otázku, není namíste bez dalšího aplikovat příslušný normativní konsekvent. Je tedy třeba zkoumat, jaký účel, hodnoty a principy stojí v pozadí zvažovaného zdroje normativní úpravy. K tomuto postupu v oblasti občanského práva vybízí i samotný normotvůrce, a to když ukládá, aby bylo vytvořeno právo „podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího“ (§ 10 odst. 1 obč. zákoníku).⁸⁸

Tento postup bude o to významnější, pokud v rámci hledání *prima facie* podobných případů nalezneme více potenciaálních zdrojů normativních konsekventů (více zákonných ustanovení či právních případů), jež nabízejí rozdílná řešení.⁸⁹

I kdybychom však našli jeden zdrojový případ, je namíste zkoumat, zda bychom aplikací zákonného normativního konsekventu nezískali hodnotově nekonzistentní rozhodnutí, jež by narušovalo hodnotovou koherenci právního řádu (či jeho výšece).

Jak postupovat v rámci řešení těchto otázek a zejména, jak racionalizovat provedené volby? Co se týče prvního z naznačených problémů – provedení volby mezi více po-

⁸⁷ TVRDÝ, c. d., s. 121.

⁸⁸ Lze v tomto kontextu poukázat i na zásadu: *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, tj. kde lze spatřovat stejný motiv, je namíste obdobná úprava práv a povinností.

⁸⁹ V právní doktríně se můžeme přitom setkat s názory, že v případě výskytu proti-plánové mezery v zákoně, kterou lze vyplnit cestou analogie, převládají obvykle situace, kdy máme k dispozici více možných zdrojů analogie. (BROŽEK, Is analogy a form of legal reasoning?, s. 59). Jako stěžejní se pak jeví výběr tohoto nejrelevantnějšího případu, k němuž dochází právě v rámci hledání relevantní (teleologické) podobnosti. Tento pohled se ale zdá, že více reflektuje anglosaskou aplikační praxi. V kontinentálním právu, a to mj. vzhledem k přednosti analogie *legis* před analogií *iuris* (viz výše), je třeba primárně vycházet ze zdrojů obsažených v normativních právních textech, teprve není-li jich, popř. vedou-li k protisystémovým závěrům, zohledňovat i další – sekundární – zdroje.

tencionálními zdroji, pomocný mechanismus může nabídnout zpochybnitelná logika (*defeasible logic*) rozvinutá zejména H. Prakkenem a G. Sartorem,⁹⁰ jež doporučuje na základě dostupných premis formulovat dílčí argumenty, a to i protichůdné (první stupeň), které posléze jsou srovnávány a vyhodnocovány, a to za účelem výběru finálního řešení. V námi rozvažovaném kontextu je tedy namísto formulace všech myslitelných pracovních analogických pravidel (vyvozených z *prima facie* podobných zdrojů), jež jsou posléze srovnávány. Budou-li nalezeny rozdíly mezi dílčími závěry, je třeba vybrat ten ze závěrů, který se opírá o pádnější zpochybnitelnou implikaci.⁹¹ O tom, která ze zpochybnitelných analogických implikací (argumentací) je pádnější, lze pak rozhodnout na základě postupů, jež jsou v dané interpretační komunitě preferovány. Může tedy přicházet v úvahu využití Alexyho vážící formule,⁹² jež nám umožní na základě poměrování principů, jež stojí v pozadí zvažovaných závěrů, vybrat ten významnější, potažmo tedy i relevantnější zdroj.⁹³ Nicméně mohou to být i jiná přijímaná kritéria, např. ta, jež byla rozvinuta představiteli *Law and Economics*. Co je zásadní, orgán veřejné moci by měl v odůvodnění svého rozhodnutí vysvětlit, proč byl zvolen právě tento normativní konsekvent.⁹⁴

Rovněž v případech, kdy máme co do činění s jediným potencionálním možným zdrojem normativního konsekventu, je namísto zkoumání hodnot, stojících v pozadí úpravy, a to aby se zamezilo – případným rozšířením zákonného antecedentu i na cílový případ – nekonzistentní aplikaci práva, narušující jeho vnitřní systém.⁹⁵ I v tomto případě je tedy namísto zdůvodnění postupu dle analogie *legis*, anebo vysvětlení, proč je vhodnější dotvořit právo jiným způsobem.

Závěrem je třeba poznamenat, že v rámci výkladu zdrojového normativního konsekventu je třeba vždy zohlednit i aktuální interpretační diskurz, co se týče zdrojové-

⁹⁰ Blíže: PRAKKEN, H. *Logical Tools for Modelling Legal Argument: a Study of Defeasible Reasoning in Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997; PRAKKEN, H. – SARTOR, G. The Three Faces of Defeasibility in Law. *Ratio Juris*. 2004, No. 17, s. 118–139. V češtině ke zpochybnitelné logice vč. kritických připomínek srov. HOLLÄNDER, P. Nový logicismus v teoretickém právním myšlení. In: *České právní myšlení a logika – minulost a perspektivy: sborník příspěvků z konference*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 87–97; popř. recentně ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 134 a násl.

⁹¹ Oproti klasické logice je jazyk zpochybnitelné logiky obohacen o tzv. zpochybnitelnou implikaci, která je využívána k označení inferencí uvnitř zpochybnitelných argumentů, tj. uvnitř argumentů, jejichž platnost se může změnit (např. dodáním nové premisy, anebo silnějším argumentem).

⁹² Srov. ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, č. 11, s. 867–878, popř. též vč. kritických poznámek WINTR, J. Alexyho vážící formule. *Právník*. 2016, č. 5, s. 446 a násl., nebo ONDŘEJEK, P. Poměrování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky. *Právník*. 2016, č. 4, s. 349–368.

⁹³ Tento postup preferuje zde opakovaně připomínaný B. Brožek. Poměrování principů tak v jeho koncepci tvoří nedílnou součást analogie. Sám přitom hovoří o „tezi částečné redukce“ (*Partial Reducibility Thesis*) analogie v poměrování. (Srov. BROŽEK, *Analogy in Legal Discourse*, s. 197). V pozdějších pracích, byť ne zcela důsledně, ale začíná připouštět i využití jiných kritérií. Lze dodat, že samotný R. Alexy považuje analogii za samostatnou a základní operaci – vedle subsumpce a poměrování – využitelnou v rámci aplikačních procesů, a tedy jeho názory nekonzervují s Brožkovými rozvinutími jeho koncepce. Blíže: ALEXY, R. Two or Three? In: BOROWSKI, M. (ed.). *On the Nature of Legal Principles*. ARSP-Beiheft 119, Stuttgart: Franz Steiner, s. 9–18.

⁹⁴ Je tedy třeba uvést ospravedlnění této podoby analogie. Odpovídá to Brewerovu požadavku uvést v rámci logické formy tzv. *analogy-warranting rationale* (BREWER, *Indefeasible analogical argument*, s. 44).

⁹⁵ K vnitřní struktuře práva srov. v tuzemské literatuře ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020, s. 172 a násl.

ho ustanovení, a to cestou analýzy judikatury zejména vyšších soudů. Umožní nám to jednak lépe identifikovat principy a hodnoty stojící v pozadí dané úpravy, jednak vhodně – v souladu s ustálenou praxí – aplikovat relevantní právní konsekvence, popř. vysvětlit, proč nebyl ustáleným způsobem aplikován. Legitimní důvod této odchylky přitom může spočívat v potřebě uzpůsobit zákonný normativní konsekvence, resp. jeho ustálený výklad, specifickým potřebám dané situace.⁹⁶

Zvláštní pozornost by pak měla být věnována i rozhodnutím, ve kterých soudy v minulosti dotvořily zákonný normativní konsekvence pro obdobný případ jako je ten aktuálně řešený. Lze si přitom všimnout, že postupně může vznikat – byť na úrovni judikatury – nové pravidlo, které oproti dotvářenému zákonnému ustanovení má již širší antecedent,⁹⁷ popř. i dilem modifikovaný konsekvence, a to například ohledně určité povinnosti či práva.

6. ZÁVĚREM

Představené úvahy můžeme shrnout do následujících bodů, jež můžou přispět k lepší strukturaci úvah i vlastní argumentace při dotváření práva cestou analogie, a potažmo takto i zvýšit přesvědčivost daného rozhodnutí a obecnou pro-systémovost nalézání práva ze strany orgánů veřejné moci.

Konkrétně lze doporučit tento postup:

1. seznámení se s cílovou doménou analogie a formulace právní otázky, která má být řešena;
2. identifikace zdroje či zdrojů analogie, tj. zákonných ustanovení, a není-li jich, zásad stojících za danou výšečí práva, popř. dalších – sekundárních – zdrojů, které řeší daný právní problém či rod problémů, ev. obdobný konflikt zájmů (tj. vyhledání *prima facie* podobných zdrojů analogie);
3. vyhodnocení otázky přípustnosti analogie a zkoumání povahy mezer v zákoně (ve vztahu k *prima facie* podobným zdrojům; ev. zvážení postupu dle *arg. a contrario*);
4. máme-li co do činění s analogickou situací (prošli jsme bodem 3), tak dochází k:
 - a) k porovnání dílčích pozitivních a negativních analogií mezi cílem a *prima facie* zdrojovými případy ohledně podstatných okolností případu (tj. zkoumání míry faktické podobnosti, existuje-li tedy podobné/á ustanovení v zákoně); a současně
 - b) zkoumání míry „teleologické“ podobnosti a konzistence (formulace dílčích zpochybnitelných argumentů, a to na základě zvažovaných zdrojových normativních konsekvencí; eliminace variant narušujících vnitřní koherenci práva; výběr – ze zbývajících – varianty, jež se opírá o nejpádnější zpochybnitelnou implikaci – jako kritérium lze použít poměřování principů apod.);
5. je-li shledána faktická i teleologická podobnost – postup *per analogiam legis*; tj. stanovení obsahu dotvořeného práva (a to po zohlednění judikatury a specifík dané věci);

⁹⁶ MORAWSKI, c. d., s. 231.

⁹⁷ Antecedent bude tvořit množina případů, pro které bylo zákonné pravidlo cestou analogie použito.

6. nelze-li postupovat *per analogiam legis* (není-li shledána faktická podobnost, popř. nenalezeno žádné normativní ustanovení, jež by řešilo danou právní otázku), postup *per analogiam iuris* – lze vyjít z výsledku poměrování sub 4b, a to po zohlednění dalších kritérií (doktrína, judikatura apod.);
7. odůvodnění analogického úsudku, zejména výběru premis a provedených voleb (zejména provedených v bodě 4, např. jelikož cílový případ sdílí s jediným identifikovaným zdrojovým případem tyto faktické pozitivní analogie x, y, z, přičemž pro zdrojový případ je příznačný normativní konsekvent L, který nenarušuje vnitřní koherenci právního řádu, a shledaná negativní analogie je nevýznamná, na cílový postup byl aplikován normativní konsekvent L).

K uvedenému je ale třeba poznamenat, že představené dílčí kroky nejsou navzájem striktně odlišeny. Nelze též odmítat či neupřednostnit jiný postup, bude-li vyjevena jeho logická forma, neboť tč. neexistuje jediné správné a možné schéma analogického úsudku. Je konečně nasnadě, že pokud ve vztahu k určitému právnímu problému již bylo právo cestou analogie dotvořeno a v aktuálně projednávaném případě nebyly nalezeny žádné podstatné rozdíly, není třeba odůvodnění logické formy již věnovat takovou pozornost, jakou by vyžadoval případ doposud v praxi neřešený.

JUDr. Katarzyna Żák Krzyžanková, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
krzyzank@prf.cuni.cz