

Užití analogie legis v judikatuře českých soudů

Patrik Koželuha*

Abstrakt: Článek pojednává o analogii legis jakožto o jednom z prostředků dotváření práva. Předmětem analýzy v článku je vymezení analogie jako metodologického postupu a dále pak zejména podmínek jejího užití (otázky související s rozhodováním mezi užitím argumentu per analogiam legis oproti argumentu a contrario). Článek obsahuje teoretickou i praktickou analýzu zabývající se vytyčením oblastí, v nichž je užití analogie v určitých situacích obecně nepřijatelné (trestní právo hmotné, vymezení kompetencí a pravomocí, stanovení daní a poplatků). Na příkladech rozhodnutí ze soudní praxe pak ilustruje snahu soudů o nalezení konkrétnějšího vymezení hranic užití analogie a některé praktické problémy (například se jedná o povahu argumentu a fortiori a otázky, zda se jedná o argument interpretace práva či dotváření práva, soudy dovozený zákaz analogie v případech konstitutivních rozhodnutí apod.). Na tyto otázky navazuje rozbor dalších omezení vztahujících se k užití analogie v konkrétních případech, tedy přesně problematika existence mezer v zákoně, jejich kategorizace a určení, u kterých z nich lze aplikovat některý ze způsobů dotváření práva, a u kterých nikoli. Konečně se článek zabývá též přezkoumáním podmínky vhodnosti užití analogie v konkrétním případě (vlastním posouzením podobnosti, selekce porovnávaných prvků a relevantnosti účelu).

Klíčová slova: interpretace práva, dotváření práva, analogie, mezery v zákoně, per analogiam legis

Úvod

Analogie je tradiční právní pojem, který umožňuje přistoupit k dotváření práva soudy v případech zjištění existence mezery v zákoně. Interpretace a dotváření práva setrvale přitahují pozornost právních teoretiků. Zatímco interpretace práva má podrobně rozpracovaný systém metod, argumentů a pravidel přednosti (byť na tomto systému chybí jednoznačná shoda), pak oblast dotváření práva (včetně analogie) takto podrobně zatím zkoumána není. Přitom je analogie nástrojem se zcela zásadními důsledky, pomocí kterého může interpret dotvořit pravidlo chování pro konkrétní případ a posoudit tento případ zcela jinak (žalobě vyhovět), než pokud by pravidlo absentovalo (žalobu zamítnout). I v rámci české doktríny není zcela jasné, za jakých okolností je vhodné k analogii přistoupit – někteří autoři totiž zdůrazňují vázanost interpreta textem zákona a k analogii se staví zdrženlivě,¹ jiní akcentují objektivně teleologický výklad, který otevírá pole dotváření zákona.²

V rámci tohoto článku vyjdeme ze stávajícího stavu české literatury k vybraným otázkám týkajícím se analogie,³ přičemž tyto závěry doplníme o některé závěry francouzsky psané literatury, která není v českých podmínkách podrobněji zkoumána. Takto zjištěné

* Mgr. Patrik Koželuha. Doktorand na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy a advokát. E-mail: patrik.kozeluha@brizatrubac.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8048-3502>.

1 GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis. In: GERLOCH, A. – TOMÁŠEK, M. et al. *Nové jevy v právu na počátku 21. století. 2. díl, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*. Praha: Karolinum, 2010.

2 MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha. C. H. Beck, 2009.

3 Tématu analogie se již dříve mimo jiné věnoval rovněž časopis Právník, v jehož čísle 2/2003 vyšlo několik odborných článků. Srov. Právník. 2003, roč. 142, č. 2.

závěry budeme konfrontovat s vybranými rozhodnutími českých soudů s cílem zjistit a vyjádřit se k tomu, zda v rámci aplikace jsou závěry právní doktríny respektovány či jejich aplikace činí problémy a zda v rámci aplikace analogie nevznikají též problémy, k nimž doposud právní teorie nenabízí odpověď.

1. Pojem analogie

Právní praxe i odborná literatura tradičně rozlišují mezi i) analogií *legis* a ii) analogií *iuris*. Analogií *legis* je takový postup, kdy se mezera v zákoně vyplní prostřednictvím aplikace nejvíce podobného právem upraveného případu. Analogií *iuris* je pak takový postup, kdy se mezera v zákoně vyplní prostřednictvím aplikace obecných právních principů, případně podle zásad příslušného právního odvětví. Je ovšem otázkou, zda v případě analogie *iuris* je užití termínu „analogie“ vhodným. Fakticky zde totiž nejde o aplikaci určité normy nebo jiného normativního prvku právního řádu na jiné ale obdobné případy, ale jde o přímé užití jiného obecnějšího prvku právního řádu, tedy obecného právního principu.

Podstatu analogie *legis* vystihuje F. Melzer následovně: „*Podstata analogie spočívá v tom, že se právní následek normovaný v tomto ustanovení aplikuje i na případy, které jeho dikce nezahrnuje. Podobnost spočívá právě v tom, že oba případy, tj. jak v dikci zahrnutý, tak i ten, na které se dikce ustanovení nevztahuje, mají alespoň v podstatných bodech stejný (podobný) teleologický základ.*“⁴ Obdobně vystihuje analogii též T. Sobek.⁵

Vlastní postup při vyplnění mezery v zákoně prostřednictvím analogie lze rozdělit do několika fází či podmínek. J. Wintr například hovoří o dvou podmínkách:

- 1) první podmínkou je ověření přípustnosti analogie pro danou situaci (typicky například pro odvětví trestního práva hmotného v neprospěch pachatele trestného činu),
- 2) druhou podmínkou je ověření vhodnosti analogie v daném případě, kterou spojuje s teleologickou úvahou.⁶ Účelem je ověřit jednak to, je-li mezi skutkovými podstatami více podobností než rozdílů, jednak to, je-li v dané věci stejné *ratio legis*.⁷

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

- 1) Identifikace mezery v zákoně, kdy je předpokladem, že daný případ není řešen právem (ani s přihlédnutím k možné interpretaci či s použitím obecnějších norem), přičemž čistě logické řešení, ke kterému by se mělo dospět za užití obecné normy svobody (respektive v našem pojetí legální licence), nevede k řešení problému, které by bylo přijatelné z pohledu aktuálních společenských představ týkajících se spravedlnosti, společenského uspořádání, obecného zájmu apod.
- 2) Zjištění, zda soudce je oprávněn či dokonce povinen vyplnit mezery v zákoně, což obnáší též nutnost přesvědčit se, že soudce nebude překračovat hranice dotváření práva nepřipustnou normotvorbou proti vůli zákonodárce.

⁴ Ibidem, s. 242.

⁵ „Právní normu použijeme i na takový případ, který sice explicitně nereguluje (nespadá do jejího rozsahu), ale je relevantním (z hlediska účelu této normy významným) způsobem podobným případům, které ona norma explicitně reguluje.“ (SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 185).

⁶ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 161–162.

⁷ HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 346–347.

- 3) Nalezení prostředků vyplnění mezery (právě například prostřednictvím analogie). Přitom je třeba připustit jen takový způsob vyplnění mezery, který se bude opírat o právní řád (byť v jeho širším vymezení), a nikoli o osobní úvahy o spravedlnosti v konkrétním případě.⁸

Zaměříme se nyní na to, co se děje v mysli osoby aplikující právo v momentech aplikace mezi body 1) a 2) popsány výše. Otázka, která se zde nabízí, zní: co opravňuje soudce k tomu, aby popřel důsledky vyplývající z absence právní normy a tomu odpovídající logické úvahy vedoucí k zamítnutí nároku? Zde je nejprve nutno připustit, že minimálně jedno hypotetické řešení každého právního případu vždy fakticky i formálně-právně dáváno je, neboť v důsledku absence právní úpravy vždy existuje možnost žalobu zamítnout, sankci neuložit apod. Nicméně toto řešení vyplývající z logického sylogismu daná osoba vědomě odmítne. Nezbyvá než uznat, že toto rozhodnutí je přeci jen důsledkem do větší či menší míry subjektivní úvahy osoby aplikující právo, která dá přednost cestě dotváření práva opírající se o hodnotovou úvahu oproti nehodnotové logické úvaze. Je to tedy hodnotová úvaha, která nakonec převáží. Taková hodnotová úvaha však v podmínkách českého právního řádu nikdy nemůže být čistě subjektivní v tom smyslu, že by se opírala pouze o osobní hlediska rozhodující osoby (osobní představy o spravedlnosti, morálku, politické přesvědčení, úvahy *de lege ferenda* apod.), ale je nutno trvat na tom, že se musí opírat o institucionalizované argumenty,⁹ což se projevuje v tom, že musí být prokázána objektivizovaná teleologická relevance řešení vyplývajícího ze zákona na řešený právem neupravený případ.

Tím, že se analogie opírá o hodnotovou úvahu o podobnosti, a nikoli o prosté deduktivní uvažování, jedná se o nástroj, u nějž je třeba připustit, že interpret má významnější roli než v rámci jednoduché deduktivní aplikace práva. U argumentace analogií se proto rovněž zdůrazňuje skutečnost, že se jedná o argument, který může vždy vést pouze k „pravděpodobné pravdě“. Na to upozorňuje F. Ost. Argument dle jeho názoru vychází z toho, že pokud zákonodárce výslovně právem upravil určitou skutkovou situaci, lze předpokládat, že chtěl vyhradit stejné řešení pro případy, které jsou zásadně podobné. Pravděpodobnost je pak dána tím, že úmysl, který je zde zákonodárci přisuzován, je vždy pouze předpokládaným úmyslem.¹⁰

Skutečnost, že analogií řešíme případy, kdy se zákonodárce nevyjádřil jasně, tak s ohledem na to, že řešení analogií je pouze pravděpodobnostní, může vést k tomu, že fakticky mohou některá soudní rozhodnutí směřovat i proti skutečným právně-politickým představám zákonodárce o aplikaci jím vydaného předpisu (za předpokladu, že je nevyjádřil natolik jasně, že se zjevně jedná o vědomou mezeru v zákoně). Pak ovšem nezbyvá zákonodárci jiné řešení než přijmout změnu právního předpisu a vyjádřit se o daném právním případě jasně.

⁸ DELNOY, P. *Éléments de méthodologie juridique. 1. Méthodologie de l'interprétation juridique. 2. Méthodologie de l'application du droit.* 3^e édition. Brusel: Larcier, 2009, s. 416–417.

⁹ GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace *lege artis*. In: GERLOCH, A., TOMÁŠEK, M. et al. *Nové jevy v právu na počátku 21. století. 2. díl, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*, s. 31.

¹⁰ OST, F. *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur.* In: VAN DE KERCHOVE, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire.* Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 121–122.

2. Per analogiam legis nebo a contrario?

Jak bylo popsáno výše, je to právě teleologická úvaha spočívající v poměření totožnosti účelu zákona v případě právem upraveném s případem právem neupraveným, která rozhodne o tom, zda je analogie vhodná oproti užití argumentu *a contrario*. S rostoucí mírou přesvědčení, v jaké lze dovodit, že účel, který zákonodárce prostřednictvím zákona prosadil v právem upraveném případě, lze totožně uplatnit též na případ právem neupravený, roste vhodnost použití analogie, přičemž se však z druhé strany poměřuje zásada právní jistoty (zejména v podobě legitimního očekávání adresátů právních norem). Je patrné, že pokud orgán aplikující právo dospěje k závěru, že totožnost účelu dána není, pak se úvahy o užití analogie na tomto místě ukončí a orgán aplikující právo použije argument *a contrario*.

Napětí mezi analogií a argumentem *a contrario* se věnuje L. Hlouch, který se domnívá, že neexistuje univerzální pravidlo přednosti mezi těmito argumenty. L. Hlouch uvádí, že argument *a contrario* bude namísto pouze tam, kde „lze výkladem dovodit, že zákonodárce řekl či měl na mysli, že pouze A má mít určitý režim, nikoli však již non A.“¹¹ Pokud zákonodárce však nestanoví „výslovně exkluzivní vztah A a non A z hlediska určité vlastnosti X (např. vylučujícími výrazy ‚jen‘, ‚pouze‘ atd.), pak je nutno provést teleologickou úvahu založenou především na intuici a předporozumění interpretace, zda také prvky non A nemají mít vlastnost X.“¹² Zde se ztotožňuji se závěrem, že preference argumentu *a contrario* je namísto tam, kde se dovodí výkladem, že zákonodárce skutečně měl na mysli, že jím zamýšlené pravidlo má být užito výlučně pro uvedené skutkové stavy, a nikoli pro žádné jiné či přesněji nikoli na řešený případ. Nicméně se domnívám, že stěžejní je skutečně dovodit tento závěr výkladem, přičemž samotné užití slovních výrazů „jen“ a „pouze“ neznamená bez dalšího zakázání ani v případě taxativních výčtů (k tomu viz dále). Aby byla dána jistota, že užití analogie je zakázáno, muselo by být prokázáno, že zákonodárce zvažoval aplikaci pravidla na řešený případ a vědomě ji zavrhl. Jaká vodítka máme k dispozici pro to, abychom dovodili, že právní následek vyplývající ze zákonodárcem regulovaného případu by se měl uplatnit i na případ neregulovaný? L. Hlouch hovoří o teleologické úvaze založené na „intuici“ a „předporozumění“. Domnívám se, že konkrétněji to lze připodobnit k tomu, že interpret by si měl klást otázky typu: „Proč zákonodárce přijal tuto úpravu? Jaké konkrétní cíle jí sledoval? Rozhodnu-li podle této právní úpravy i řešený případ, který jí není výslovně předvídan, přispěju tím k naplnění cílů sledovaných zákonodárcem? Je možné, že by nezahrnul výslovně do právní úpravy řešený případ vědomě? Existuje nějaký racionální důvod pro to, aby právo spojovalo s právem upravenou skutkovou situací určitý následek, zatímco s řešeným případem nikoli?“

Jak argument *a contrario* ve zde užívaném smyslu, tak argument *per analogiam* jsou si ve skutečnosti velmi podobné a oba mají teleologickou povahu, jak upozorňuje T. Sobek. I pro použití argumentu *a contrario* je totiž nezbytná teleologická úvaha, respektive jeho využití je výsledkem teleologické úvahy, podle níž jsme dospěli k závěru, že dva skutkové případy si z pohledu účelu právní normy nejsou podobné (pak bychom se přiklonili k argu-

¹¹ HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 146.

¹² *Ibidem*, s. 146.

mentu *per analogiam*), ale naopak jsou rozdílné, a proto tato teleologická úvaha předurčila užití argumentu *a contrario*.¹³

Pokud dojde soudce k závěru o nedostatečnosti řešení vyplývajícího z argumentu *a contrario*, klade se otázka, zda má pak možnost nebo naopak povinnost právo dotvořit. Minimálně v oblasti soukromého práva máme jasno v tom, že se nejedná o možnost, ale o povinnost, neboť občanský zákoník obsahuje přímou výzvu soudce k použití postupu *per analogiam legis* i *per analogiam iuris* (srov. § 10 občanského zákoníku). Za daných okolností by tedy v oblasti soukromého práva nemělo být diskuse o tom, že před argumentem *a contrario* je třeba uvážit, zda je případ řešitelný prostřednictvím analogie. Nicméně se domnívám, že tato povinnost dotvořit právo platí vždy, pokud jsou pro to splněny podmínky. Neměl by to být totiž soudce, který bude v rámci své kompetenční úvahy rozhodovat o tom, zda se prosadí jazykový výklad a strohá logická aplikace předpisu, nebo se uplatní hodnotová aplikace právního řádu. Spíše by se mělo vycházet z teze, že finálním účelem práva jako regulativního systému je řešit konflikty zájmů. Právní řád nabízí řadu hodnotových rozhodnutí pro rozličné právní případy a tato hodnotová rozhodnutí a tyto účely lze rozumně aplikovat i na obdobné případy, ledaže převáží princip právní jistoty.

K tomu se přiklání též F. Melzer, který cituje E. A. Kramera a F. Bydlinkého. Z jeho shrnutí lze dovodit následující závěry, které by měly být směrodatné pro použití analogie oproti argumentu *a contrario*:

- použít argument *a contrario* pouze v návaznosti na pouhý jazykový výklad je nepřijatelné, neboť výsledek nesmí být v rozporu s teleologickým pozadím právního řádu;
- neexistuje „libovolné kyvadlo“ mezi analogií a *argumentem a contrario*, tedy vždy bude potřeba posoudit, zda je v daném případě analogie přípustná, či nikoli,
- použití argumentu *a contrario* znamená v zásadě, že v konkrétním případě je analogie nepřijatelná;
- *argumentum a contrario* lze použít až poté, co jsme vyloučili možnost dotváření práva pomocí analogie.¹⁴

Lze tedy uzavřít, že argument *per analogiam legis* má přednost před *argumentem a contrario* a interpret má při splnění podmínek pro analogii povinnost právo dotvořit.¹⁵

3. Zákaz užití analogie v některých právních oblastech

Jedním z předpokladů užití analogie je ověření toho, zda právem neupravený případ nespadá do oblastí, v níž nelze vůbec analogie užít. Jinými slovy, ačkoli jsme výše dospěli

¹³ SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva, 2010, s. 333–343.

¹⁴ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 240.

¹⁵ Stojí za povšimnutí, že k opačnému závěru dospěla prvorepubliková komentářová literatura. Komentáři § 7 Obecného občanského zákoníku dospěli k závěru, že užití postupu *per analogiam iuris* je v zásadě na uvážení soudce (ona tzv. kompetenční kompetence). Srov. ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha 1935–1937. Reprint původního vydání. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 145.

k závěru, že obecně má přednost argument *per analogiam legis* před argumentem *a contrario*, pak toto platí samozřejmě za předpokladu, že jsou pro užití analogie splněny podmínky. Typickým případem, kdy podmínky splněny nejsou, jsou situace, kdy je upřednostňován princip právní jistoty natolik, že pro určitou oblast se uplatňuje zákaz užití analogie a dotváření práva. Současně se však domnívám, že níže uvedené výslovné zákazy neznamenají, že by nebylo možno uvažovat o odepření užití analogie i v jiných případech, kdy interpret dojde k závěru, že princip právní jistoty převáží nad hodnotovými argumenty. Z druhé strany však platí, že pokud se jedná o oblast práva, pro kterou platí právě onen výslovný zákaz rozšiřování aplikace právních norem prostřednictvím analogie, pak zde již není prostor pro žádné úvahy a ani sebelepší teleologické argumenty nemohou opodstatnit prolomení zákazu a připuštění dotváření práva.

Na vymezení oblastí, v nichž se uplatňuje zákaz analogie, v odborné veřejnosti panuje na první pohled alespoň na doktrinální teoretické úrovni shoda a často zákaz užití analogie vyplývá přímo z ústavního pořádku. Případy oblastí, v nichž je užití analogie nepřípustné, jsou následující:

- trestní právo hmotné, pokud by šlo o užití analogie v neprospěch pachatele (viz čl. 39 Listiny),
- kompetence a pravomoci orgánu veřejné moci (viz čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny),
- oblast daní a poplatků (viz čl. 11 odst. 5 Listiny).

V judikatuře se lze setkat i s názory, že analogie je nepřípustná též v případech, kdy má být na základě analogie vydáno konstitutivní soudní rozhodnutí. Těmito čtyřmi oblastmi se budeme podrobně zabývat nyní.

3.1 Zákaz analogie v trestním právu a praxe soudů

Zákaz analogie pro oblast trestního práva hmotného v neprospěch pachatele (*in malam partem*) lze pozitivně právně dovodit z čl. 7 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, článku 39 Listiny a § 12 trestního zákoníku.

Nikoho by patrně nenapadlo posuzovat trestné činy *per analogiam* v čiré podobě. Nicméně i v oblasti trestního práva hmotného se mohou objevovat méně jasné leč stále rizikové momenty aplikace, které mohou indikovat jistou míru zastřené analogie. Jedná se například o tyto dvě situace:

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

V případě blanketových norem a odkazujících ustanovení trestní zákoník sám neupravuje konkrétně skutkovou podstatu vyčerpávajícím způsobem a odkazuje přitom na jiný právní předpis. Reguluje-li zákonodárce přímo skutkovou podstatu vyčerpávajícím způsobem přímo v trestním zákoníku, je tím zpravidla naplněn požadavek určitosti vymezení trestného činu, neboť zákonodárce si obvykle při trestněprávní regulaci uvědomuje nutnost postupovat v souladu se zásadou *nullum crimen/nulla poena sine lege certa*. Nicméně v případě právních předpisů, k jejichž vydání trestní zákoník zmocňuje anebo na něž odkazuje, již může dojít k tomu, že tyto předpisy nemusí být formulovány dostatečně

určitě a při jejich netrestním použití mohou soudy běžně aplikovat případně i analogii. Jak postupovat v případě aplikace daného ustanovení v rámci trestního řízení? V takovém případě není možno bez dalšího, byť jde původem i o normy soukromoprávní, aplikovat tyto normy v rámci trestního řízení způsobem příznačným pro jejich netrestní použití. Pokud jde ještě o interpretaci, lze takový přístup tolerovat. Pokud jde o dotváření, takový přístup tolerovat nelze. Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. I. ÚS 69/06 ze dne 12. 10. 2006 dovedl například následující právní větu: „*Pokud má ustanovení § 18 AutZ sloužit jako podklad pro apriorní trestněprávní postih a vyplnit dispozici blanketní normy § 270 TrZ, musí být natolik přesné a ve svých důsledcích předvídatelné, aby bylo dostatečným vodítkem pro chování svých adresátů.*“ Tyto závěry považuji za správné – ačkoli se může jevit na první pohled nesystematické uplatňovat systém dvojího metru podle toho, zda řešíme určitý případ soukromoprávně nebo trestněprávně, ústavněprávní výhrady zákonné formy a speciální trestněprávní zásady vyžadují tento postup (*nullum crimen/nulla poena sine lege certa* stejně jako zásada uplatňování trestní odpovědnosti jako *ultima ratio*).

Obdobně mohou nastat spory o to, zda se v daném případě jedná o extenzivní výklad, či o analogii. S tím souvisejícím problémem je, jak přistoupit k argumentu *a fortiori*, který se často řadí k argumentům logického výkladu, avšak fakticky se spíše jedná o podmnožinu analogie.

Případem, na němž lze ilustrovat výše uvedené problémy, se zabýval Nejvyšší soud ve svém usnesení sp. zn. 6 Tdo 974/2017 ze dne 24. 8. 2017. Nejvyšší soud zde řešil případ obviněného, který byl uznán vinným přečinem maření výkonu úředního rozhodnutí, jehož se měl dopustit tím, že pobýval na území ČR v době, kdy mu byl uložen trest vyhoštění. Obviněný argumentoval, že na území pobýval legálně navzdory uloženému trestu vyhoštění, neboť ustanovení § 87y zákona o pobytu cizinců v rozhodné době stanovilo, že rodinný příslušník občana Evropské unie je oprávněn po podání žádosti o pobyt pobývat na území až do rozhodnutí o jeho žádosti, ledaže by bylo vydáno pravomocné rozhodnutí o správním vyhoštění. Jinými slovy, v dané době zde nebyla uvedena jako negativní podmínka „trestní vyhoštění“ (jen „správním vyhoštění“), a proto obviněný argumentoval, že jeho pobyt na území byl oprávněný a že § 87y zákona o pobytu cizinců byl soudy vyložen nepřipustně analogií k jeho tíži (*per analogiam iuris in malam partem*). Nejvyšší soud se v rozhodnutí zabýval mimo jiné otázkou protiprávnosti jako znaku trestného činu, neboť obviněný namítal, že nemůže přeci platit, že zákon o pobytu cizinců prohlašuje jeho pobyt za oprávněný a současně může být jeho pobyt považován též za neoprávněný. V této souvislosti Nejvyšší soud uvedl: „*Pokud tedy základní předpoklad trestní odpovědnosti, tj. protiprávnost zmiňovanou v § 13 odst. 1 tr. zákoníku, je nutno řešit s oporou o znění mimotrestních předpisů, je třeba si v situaci namítané obviněným položit otázku, zda v jím vyložených souvislostech možno hovořit o analogické aplikaci mimotrestní normy v souvislosti s řešením otázky jeho viny. Podle názoru dovolacího soudu tomu tak není. Jde totiž o oblast, kterou trestní zákoník ponechává k úpravě jiným zákonům (netrestní povahy). Není zde proto ona mezera v zákoně (míněno trestním zákoně), již by bylo třeba cestou analogického užití jiného, tj. mimotrestního zákona vyplnit. Za daného stavu je třeba dovést, že ze strany soudů nižších stupňů – při posouzení otázky protiprávnosti činu, coby základu následné trestnosti stanovené trestním zákoníkem – nedošlo k nedovolené analogii v neprospěch obviněného, ale k dovolenému extenzivnímu výkladu dané mimotrestní normy, jenž v zásadě zákonnosti vyhovuje, neboť podstata právní regulace v normě obsažená i při tomto výkladu ještě zůstává zachována.*“ Následně Nejvyšší soud dovedl, že v daném případě se při zkoumání znaku protiprávnosti jednalo o logický výklad založený na *argumentum a fortiori*

v podobě *a minore ad maius*, tedy je-li totiž protiprávním pobyt cizince, jemuž byla uložena sankce správního vyhoštění, pak musí být tím spíše shledán protiprávním i pobyt toho, komu byl pravomocně uložen trest vyhoštění. Vyjdeme-li však z teze, že hranice interpretace a dotváření práva je vymezena momentem, kdy právní norma přesahuje rámec nejširšího možného jazykového výkladu, pak i z tohoto vyplývá, že argument *a fortiori* by neměl být považován za argument výkladový, ale za argument aplikační na podobnostním závěru, který je oproti běžné analogii doplněn o závěr vyplývající z významnosti podobných situací. Dospějeme-li k závěru, že argument *a fortiori* je ve skutečnosti formou analogie, pak bychom se ovšem neměli spokojit s jeho nekritickým přijetím jako výkladové metody použitelné v trestním právu hmotném. V tomto ohledu tedy považují praxi, která v trestněprávní oblasti považuje argument *a fortiori* za přípustný, za nesprávnou.

Pokud jde o trestní právo procesní, zde je analogie obecně přípustná (ve prospěch i neprospěch obviněného). Podmínkami dotváření práva cestou analogie v trestním procesním právu se Nejvyšší soud zabýval ve stanovisku ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 302/2012, které řešilo otázku, zda je možno cestou analogie rozšířit okruh rozhodnutí, u nichž lze povolit obnovu řízení. Nejvyšší soud dospěl k závěru, že analogie, a to dokonce ani v procesním právu trestním, není přípustná v následujících případech:

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

Zatímco s body b) a c) jakožto hranicemi pro dotváření práva trestním právu procesním lze souhlasit, s bodem a) to je již složitější. Příkláním se totiž k závěru, že taxativní výčet není určující pro závěr o možnosti či nemožnosti dotvářet právo analogií. Jak totiž F. Melzer správně zdůrazňuje, premisa o taxativním výčtu a zákazu analogie by mohla být pravdivá jen tehdy, pokud by zákonodárce byl srozuměn vždy s absolutně všemi případy, které bude kdy možno projednávat.¹⁶ Domnívám se, že nestanoví-li zákonodárce v právním textu ještě další omezení nežli pouze uvedením taxativního výčtu, není to samo o sobě dostatečně přesvědčivý argument pro odmítnutí možnosti dotváření práva. S přihlédnutím k množství taxativních výčtů v českém právním řádu se lze totiž domnívat, že i při formulaci taxativních výčtů se zákonodárce o nich vyjadřuje spíše jako o autoritativních příkladech nežli jako o oněch jediných případech, s nimiž má za cíl spojit právní následek. Ostatně ustanovení právního řádu nevyslovující se o více případech formou výčtu, ale pouze o jednom případě, lze také považovat za v určitém ohledu taxativní výčet omezený na tento jeden případ. Poté se však domnívám, že nelze naleznout opodstatnění pro rozlišování ve smyslu:

¹⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 245: „[...] zákonodárce se orientuje jen na typické případy, nikoli případy mimořádné. Pokud tedy teleologické argumenty skutečně výrazně hovoří pro analogickou aplikaci i na jiné případy, pak analogii nestojí nic v cestě [...]. Pokud pouze zákonodárce povšechně stanoví, že určité ustanovení platí jen pro tyto případy a pro žádné jiné, tak z toho vůbec není zřejmé, zda si byl možnosti právě projednávaného případu vůbec vědom.“

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

proti

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

3.2 Zákaz analogie při posouzení kompetencí a pravomocí a praxe soudů

Významnou direktivou je též zákaz analogie, pokud jde o vymezení působnosti a pravomocí orgánů veřejné moci (vyplývající z článku 2 odstavec 3 Ústavy a článku 2 odstavec 2 Listiny).

V nálezu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007 Ústavní soud jasně dovodil, že teleologické argumenty nemohou být důvodem pro dotváření práva v oblasti vymezení kompetencí a pravomocí orgánů veřejné moci cestou analogie práva. V těchto případech musí dle názoru Ústavního soudu převážet princip právní jistoty a limitem zde bude nejširší možný jazykový význam. Jako jedinou výjimku, u níž by bylo možno uvažovat o užití analogie, identifikoval teoreticky Ústavní soud případ právé mezery v zákoně. Jako konkrétní příklad pak uvedl situaci, kdy by právní řád upravoval řízení, ale nestanovil by vůbec příslušný orgán.¹⁷ Ústavní soud bohužel blíže nevysvětlil, proč je možno vyplnit pravou mezeru v zákoně. Poněkud jinak se ovšem k podobné situaci postavil Nejvyšší správní soud, který konkrétně řešil případ, kdy v důsledku plynutí času zanikl orgán veřejné moci, u něž byla dána pravomoc a příslušnost pro určité otázky, aniž by byla zajištěna kontinuita (tedy přechod činnosti na jiný, nový správní orgán). Dle názoru Nejvyššího správního soudu v takovém případě není možno dotvořit chybějící pravomoc a působnost analogií.¹⁸ Osobně se zde přikláním k závěru Ústavního soudu, že v případech absence identifikace příslušného orgánu by bylo možno uvažovat o analogii. V prvé řadě v případě právé mezery se jedná o mezeru způsobenou technickou chybou, u které se obecně považuje za legitimní mezeru v zákoně vyplnit. Dále pak, pokud si adresát právní normy dle zásady *ignorantia legis non excusat* má být vědom skutečnosti, že existuje procesní úprava, která vůči němu může být použita, pak jeho zásah do právní jistoty nebude tak znatelný. A posledně uvedené platí tím spíše, pokud by se mělo jednat o oprávnění adresáta právní normy, které by mu plynulo z procesní úpravy, avšak které by v důsledku absence určení příslušného orgánu neměl kde uplatnit.

¹⁷ Konkrétně Ústavní soud v nálezu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007 uvedl: „Zatímco při věcném řešení má soudce k dispozici zásadně celé právněmetodologické instrumentarium, jedná-li se o zjištění působnosti orgánu veřejné moci, je nutné obzvláště zohlednit princip právní jistoty. Právě tento princip v tomto zvláštním případě vylučuje existenci tzv. teleologických (nepřavých) mezer v zákoně. Při nalézání pravidel pro stanovení působnosti orgánů veřejné moci proto nemohou být teleologické argumenty důvodem pro aplikaci práva, která nemá oporu ve výslovné dikci právního předpisu. Z tohoto důvodu je v těchto případech vyloučena analogie jako aplikace práva přesahující nejširší možný jazykový význam ustanovení právních předpisů.“

¹⁸ Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 43/2006-36 ze dne 29. 3. 2007.

Ústavní soud se otázkou dotváření práva cestou analogie v oblasti veřejného práva zabýval též v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 21/04 ze dne 10. 5. 2005, který se týkal návrhu Nejvyššího správního soudu na zrušení části ustanovení § 44 zákona o státní památkové péči. V daném případě bylo vydáno rozhodnutí Ministerstva kultury o prohlášení souboru kreseb z majetku žalobce za kulturní památku. Žalobce se domáhal zrušení tohoto rozhodnutí s tím, že jeho práva byla dotčena, neboť díla v důsledku jejich označení za kulturní památku nemohla být „ohrožena vývozem“. V soudním řízení autor namítl protiústavnost citovaného ustanovení, které na správní řízení o prohlášení věcí za kulturní památku zcela vylučovalo použití správního řádu, aniž by však otázku řízení upravovalo zvláštní úpravou. V důsledku vyloučení úpravy správního řádu byl autor zbaven procesní obrany (včetně práva podat odvolání). Ústavní soud zde dospěl k závěru, že za situace, kdy určitý zákon vůbec neupravuje správní řízení (nebo jej upravuje velmi kuse či torzovitě, jako tomu bylo v daném případě), není možné vyplnit takovou mezeru v zákoně analogií, ale je nutná nezbytná úprava v zákoně.¹⁹ V citovaném nálezu Ústavní soud rovněž omezil možnosti dotváření práva, pokud jde o procesní otázky, následujícími kritérii:

- 1) k dotváření práva může dojít pouze v omezeném rámci za účelem vyplňování mezer procesní úpravy,
- 2) může se tak dít pouze ve prospěch ochrany práv účastníků správního řízení.

Východiskem při možnosti užití analogie v oblasti procesních úprav je tedy představa Ústavního soudu, že musí být položen alespoň základ procesní úpravy. Závěr o tom, že k dotváření práva v procesních úpravách může dojít pouze v omezeném rozsahu, je přitom přinejmenším zajímavý, vezmeme-li v úvahu, že historicky řada pravidel našeho správního řízení byla často dovozována analogickou aplikací v rámci činnosti vídeňského správního soudu zřízeného podle zákona č. 36 ze dne 22. října 1875, o zřízení správního soudu.²⁰ Mohlo k tomu docházet na podkladě ustanovení § 6 citovaného zákona, které umožňovalo správnímu soudu zrušit a vrátit rozhodnutí nebo opatření v případě, že „byly podstatné formy řízení administrativního pomínuty“. V dnešní době máme k dispozici obecnou úpravu správního řízení dle správního řádu, která nám může část aplikačních problémů vyřešit. Nicméně i tak může (jako tomu bylo ve výše popsaném případě) dojít k nedostatku procesní úpravy (typicky v případě vyloučení užití správního řádu). Důležitý je zde oproti historii odklon od důrazu na kvalitu procesu k důrazu na právní jistotu a předvídatelnost. Současný právní řád v těchto případech nestojí na principu účelnosti jako tehdejší zákon o zřízení správního soudu, který umožňoval hodnotit kvalitu procesu *ad hoc* a *ex post* – při absenci úpravy se zhodnotilo, zda byly dodrženy „podstatné formy řízení administrativního“ a pokud nikoli, mohlo být rozhodnutí vráceno s pokyny. Současný právní řád klade do popředí (patrně i s přihlédnutím k historickému vývoji) princip právní jistoty ve formě předvídatelnosti práva. To vyplývá právě z článku 2 odst. 3 Ústavy a článku 2 odst. 2 Listiny. Patrně právě ve změně tohoto přístupu lze naléznout opodstatnění pro to,

¹⁹ „Uvedený argument vychází z představy nepsané úpravy celého komplexu procesního práva. Tato koncepce je ale rozporná s ústavní maximou, dle níž státní moc lze uplatňovat jen způsobem, který stanoví zákon (čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny). Maxima zákonného podkladu pro výkon státní moci, resp. psaného procesního práva nevylučuje jeho dotváření judikaturou, příp. rozhodnutími správních orgánů, vylučuje ale ústavní akceptovatelnost absence explicitní zákonné procedurální úpravy v její úplnosti.“

²⁰ Autor článku děkuje za upozornění na tuto skutečnost anonymnímu recenzentovi.

proč alespoň základy procesní úpravy musí být jasně položeny. I kdyby v případě rozsáhlé absence procesní úpravy postupoval správní orgán s jakousi doložkou nejvyšších procesních výhod k účastníkovi řízení, patrně by pořádkem jednal bez toho, že by měl pro své procesní úkony výslovný zákonný podklad. Na jednu stranu je zde vyžadována předvídatelnost, aby adresáti právních norem věděli, jak bude vůči nim postupováno (typicky v sankčních řízeních). Na druhou stranu však, pokud by se měl adresát něčeho domoci, vždy by měl mít nějakou procesní cestu. I v případě procesních úprav by se mělo rozlišovat, zda analogie je ku prospěchu účastníka řízení (nemusí se jednat pouze o hraniční případy typu právé mezery, kde je popírán samotný princip účelnosti práva, ale také o některá vedlejší procesní oprávnění), či zda se jedná o analogii v neprospěch účastníka řízení.

3.3 Zákaz analogie při stanovení daní a poplatků a praxe soudů

V oblasti ukládání daní a poplatků platí zásada *nullum tributum sine lege*. Judikatura vymezila tzv. konstrukční prvky daně, čímž současně vymezuje konkrétní instituty, u nichž nelze uvažovat o aplikaci analogie (subjekt poplatku, objekt poplatku, základ poplatku, sazba poplatku, úlevy a osvobození od poplatku, splatnost poplatku a sankce za nesplnění poplatkové povinnosti).²¹ Lze nalézt případy, kdy správci daně či orgány vybírající poplatek občas mají tendence analogií nepřipustně rozšiřovat daňové a poplatkové povinnosti (například se jednalo o pokusy rozšiřovat poplatek za zahájení určitého typu řízení též na řízení od odvolání, ačkoli to nebylo jasně stanoveno,²² či nepřipustně omezení nároku daňového subjektu na daňové odpisy opřené o analogickou úpravu soukromoprávní úpravy institutu spoluvlastnictví²³).

I v případě daňového práva však lze samozřejmě uvažovat o aplikaci analogie ve prospěch daňového subjektu – to nabývá na významu v praxi zejména ve vztahu k případům osvobození od daně či poplatkové povinnosti. Projevuje se zde specificky zásada *in dubio mitius*. Právě ve vztahu k osvobození od daňové či poplatkové povinnosti existuje judikatura, která tuto možnost realizuje za účelem naplnění principu rovnosti (jedná se například o případ osvobození zdanění „bytu v bytovém domě“ na případy „bytu v rodinném domě“).²⁴ Ze strany zákonodárce vědomý rozpor s principem rovnosti pak je třeba řešit, dosahuje-li tento rozpor ústavněprávní dimenze, podáním návrhu na zrušení právního předpisu k Ústavnímu soudu. Ačkoli většinou toto soudy respektují, lze nalézt i případ, kdy soud přistoupil k cestě dotváření práva, což se nejevilo správným.²⁵ V projednávaném případě šlo o to, že v době od července 1997 do června 2002 neměl celní zákon vlastní úpravu zániku práva státu vyměřit celní dluh. Zákon přitom též výslovně vylučoval úpravu obecnějšího zákona o správě daní a poplatků týkající se lhůty pro vyměření daně. Tím by však fakticky bylo možno vyměřit celní dluh zcela bez omezení, což soud považoval za neudržitelné pro rozpor s principem právní jistoty a důvěry občana v právo. NSS si tak musel vypomoci jiným právním předpisem, který upravoval časové omezení státu pro možnost vyměření daňové povinnosti. NSS dospěl k závěru o nutnosti užití *analogie iuris*,

²¹ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 14/2000, ze dne 10. 1. 2001.

²² Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. III. ÚS 177/19, ze dne 6. 8. 2019.

²³ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 487/2000, ze dne 4. 11. 2001.

²⁴ Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 4 Afs 89/2020-44, ze dne 24. 6. 2020.

²⁵ Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 5 Afs 17/2009-102, ze dne 11. 9. 2009.

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

3.4 Konec zákazu analogie u konstitutivních rozhodnutí?

Judikaturou bylo dále dovozeno, že užití analogie je nepřípustné v případech, kdy výsledkem procesu aplikace práva má být vydání konstitutivního rozhodnutí.

Tento kategorický závěr vyslovil Nejvyšší soud v rozsudku sp. zn. 22 Cdo 1438/2004 ze dne 16. 5. 2005. Nejvyšší soud dovodil, že zákaz vydat konstitutivní rozhodnutí na podkladě analogie vyplývá z jazykového výkladu § 853 obč. z., neboť ten hovoří o tom, že analogií se řeší „*občanskoprávní vztahy, pokud nejsou upraveny ustanoveními tohoto zákona*“. Z toho plyne, že aby bylo možno analogii uplatnit, musí občanskoprávní vztah již předtím existovat a není možno jej teprve na základě konstitutivního rozhodnutí vytvořit následně. Nejvyšší soud na základě tohoto jazykového výkladu tedy dospěl k následujícímu rozlišení rozhodujícímu pro přípustnost analogie: i) analogie, která vede k rozhodnutí, jímž se *zakládá* právní vztah, je nepřípustná, ii) analogie, která vede k rozhodnutí, jímž se *mění* existující právní vztah, je naopak přípustná.

Lze se však setkat s názory, které již v době účinnosti občanského zákoníku z roku 1964 s výše uvedenou argumentací a paušálním kategorickým zákazem užití analogie v případě konstitutivních rozhodnutí nesouhlasily.²⁶

Do výše uvedených názorů by se však měla promítnout změna právní úpravy provedená přijetím občanského zákoníku z roku 2012. Srovnání úprav je následující:

- § 853 obč. z. stanovil: „*Občanskoprávní vztahy, pokud nejsou zvláště upraveny ani tímto, ani jiným zákonem, se řídí ustanoveními tohoto zákona, která upravují vztahy obsahem i účelem jim nejbližší.*“
- § 10 odst. 1 o. z. naproti tomu stanoví: „*Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.*“

²⁶ Například HAVEL, B. Lze vydávat konstitutivní soudní rozhodnutí na základě analogie? In: *Jiné právo* [online]. 21. 5. 2011 [cit. 15. 6. 2022]. Dostupné z: <<https://jinepravo.blogspot.com/2011/05/lze-vydavat-konstitutivni-soudni.html>>. Dále též MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 244.

Vůči soudy dovozenému paušálnímu zákazu vydání konstitutivních rozhodnutí *per analogiam* opřenému o předchozí ustanovení § 853 obč. z. z roku 1964 lze tak nyní mít tyto výhrady. V prvé řadě se jedná o námitky vyplývající ze změny právní úpravy. Pojem „občanskoprávní vztah“ a pojem „právní případ“ jsou pojmy odlišnými. Pojem právní případ by totiž neměl, na rozdíl od pojmu občanskoprávního vztahu, být interpretován tak, že se jedná o „vztah upravený právem“. Za druhé, formální argumentace opodstatňující nemožnost vydání konstitutivního rozhodnutí absencí právního vztahu vede k tomu, že konstitutivní rozhodnutí je možno vydat v případech, kdy se jím právní vztah mění nebo ruší, avšak nikoli v případech, kdy se právní vztah zakládá. Je však nějaký rozumný důvod pro takové rozlišování? Domnívám se, že intenzita zásahu do právní jistoty účastníků může být v případě založení právního vztahu stejně významná, jako v případě změny či zrušení, respektive že každý případ by měl být spíše posuzován *ad hoc*.

Nicméně je třeba uvést, že závěry předchozí judikatury prozatím v některých rozhodnutích nekriticky přebírá též aktuální judikatura Nejvyššího soudu.²⁷

4. Identifikace mezery vyplnitelné analogií jako další předpoklad užití analogie a ověření vhodnosti užití analogie legis

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

V konkrétním případě musí být prokázána mezera v zákoně, kterou bude možno označit jako „*protiplánovou neúplnost zákona, resp. zákonodárství*“.²⁸

Pro účely posouzení možnosti vyplnit mezeru analogií je důležité členění na mezery vědomé a nevědomé.

Vědomost či nevědomost zákonodárce o mezerovitosti lze dovodit, pokud z analýzy právních předpisů samotných, z důvodové zprávy či jiných podkladů z legislativního procesu vyplyne závěr, že zákonodárce vědomě použil daný pojem výlučně za účelem regulace jím popsanych skutkových situací a žádných jiných. Pro účely identifikace vědomé mezery v zákoně je tedy zcela rozhodující historický výklad opírající se o analýzu podkladů z legislativního procesu. Jak totiž uvádí F. Melzer, rozhodující v tomto případě je skutečná vůle zákonodárce, nikoli presumovaná, a proto relevantní v tomto ohledu je pouze subjektivně historický výklad (případně subjektivně teleologický výklad).²⁹

Postup dotvoření práva cestou analogie *legis* spočívá v tom, že se na skutkovou podstatu zákonem neřešenou vztáhne analogicky ustanovení zákona upravujícího skutkovou podstatu podobnou.³⁰

Francouzská teoretička V. Champeil-Desplats však upozorňuje, že u analogie je vždy dána nejistota závěrů spojená s vícero momenty její aplikace. Vychází z toho, že pro dovození analogie je nezbytné vybrat prvky, na nichž bude podobnost porovnávána. Připustit

²⁷ Například usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 2430/2019 ze dne 26. 11.2019, dále sp. zn. 22 Cdo 2950/2019 ze dne 29. 10. 2019 či sp. zn. 22 Cdo 5237/2017 ze dne 24. 1. 2018.

²⁸ MELZER, F. – TÉGL, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 194.

²⁹ MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*, s. 233.

³⁰ KNAPPP, V. *Teorie práva*, s. 172.

analogii tak znamená připustit též určitou selekci prvků a předpokládat podobnost vztahů mezi prvky.³¹

Je-li pro zvážení použitelnosti analogie rozhodující teleologická úvaha, pak se pro účely posuzování podobnosti stejně tak nabízí jako nejpříležitější posuzovat též výběr relevantních skutkových prvků ve vztahu k účelu normy. Jak totiž vystihuje F. Melzer: „Podobnost spočívá právě v tom, že oba případy, tj. jak v dikci zahrnutý, tak i ten, na který se dikce ustanovení nevztahuje, mají alespoň v podstatných bodech stejný (tj. podobný) teleologický základ.“³² Posuzování totožnosti účelu právní normy a výběru podobných prvků popisujících skutkový stav právem upravený a právem neupravený jsou ve vzájemně se ovlivňujícím vztahu. Je-li proto zákaz zvířat v dopravních prostředcích veden cílem zajistit bezpečnost cestujících a pohodlí při přepravě, budou se relevantní znaky vybírat jinak (např. z pohledu čistoty zvířete, pachu, hluku apod.), než pokud by například zákaz byl zaveden zcela nově, a to s ohledem na nakažlivou nemoc, která se může přenášet na lidi jen z určitých druhů zvířat apod.

Nyní se podíváme, jak se na posuzování podobnosti ve světle výše uvedených metodologických direktiv nahlíží soudy.

Zajímavým případem se zabýval Nejvyšší soud v řízení ve věcech dětí mladších 15 let podle hlavy III, zákona o soudnictví ve věcech mládeže. V dané věci byl řešen případ dítěte mladšího 15 let, které tak nebylo trestně odpovědné a které své matce odcizilo šperky, které následně zpeněžilo pro svoji spotřebu. Matka vyslovila nesouhlas s jeho trestním stíháním. Policejním orgánem byla trestní věc odložena pro absenci trestní odpovědnosti z důvodu věku. Současně však bylo zahájeno řízení ve věcech dětí mladších 15 let a státní zastupitelství navrhovalo uložit dítěti výchovnou povinnost (bezplatné společensky prospěšné činnosti). Okresní soud řízení ve věcech dětí mladších 15 let zastavil, a to na podkladě analogické aplikace § 163 tr. ř., které nepřipouští trestní stíhání bez souhlasu poškozeného. Okresní soud argumentoval, že není možné, aby mělo dítě mladší 15 let horší postavení než dospělý delikvent nebo mladistvý, a proto je třeba užít analogie ve prospěch dítěte. Nejvyšší soud důvody pro užití analogie nesdílel, a to z toho důvodu, že spatřoval zásadní rozdíly mezi trestním řízením podle hlavy II. (na kterou se subsidiárně použije trestní řád) a řízením ve věci dětí mladších 15 let podle hlavy III. (na kterou se ostatně subsidiárně použije občanský soudní řád). Nejvyšší soud zdůraznil, že řízení ve věci dětí mladších 15 let má jinou podobu a řídí se specifickými pravidly, pokud jde o jeho průběh (podrobné prozkoumání poměrů dítěte) a cíl (sociální reintegrace dítěte). Nejvyšší soud tedy dospěl k závěru, že z důvodu těchto odlišností není možno aplikovat § 163 tr. ř. analogicky na toto řízení a řízení je možno vést i bez souhlasu matky.³³ Otázka, ve které se tedy soudy různých stupňů lišily, byla následující: je řízení ve věcech dětí mladších 15 let *podobné* řízení trestnímu? Ačkoliv se zde projevuje to, že co se jednomu jeví jako podobné, se jinému jako podobné jevit nemusí, domnívám se, že správnost závěru roste s tím, do jaké míry se podaří identifikovat účel zákona. Zatímco okresní soud nezapočal své úvahy výchozími úvahami o účelu zákona a vyšel rovnou z přímé aplikace určitých zásad, aniž by si uvědomil pozici těchto zásad v právním řádu (zásada užití analogie ve prospěch pachatele), Nejvyšší soud provedl podrobnou analýzu účelu zákona, na jehož základě do-

³¹ CHAMPEIL-DESPLATS, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2^e édition. Dalloz, 2016, s. 370.

³² MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 242.

³³ Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 1036/2017 ze dne 29. 11. 2017.

spěl k závěru, že obě řízení jsou si nepodobná z hlediska svého účelu, zásad a pramenů, o něž se opírají.

Pozoruhodný je judikát Nejvyššího správního soudu, v němž tento soud řešil případ pozůstalých vojáka z povolání, kteří se domáhali náhrady nemajetkové újmy způsobené úmrtím svého otce, ke kterému mělo dojít v souvislosti s výkonem služby. Zákon o vojácích z povolání upravoval náhradu újmy pouze v případě nemoci z povolání či služebního úrazu. O takový případ se však nejednalo. NSS začal následně posuzovat, zda by nebylo možno posoudit nárok na náhradu nemajetkové újmy analogicky podle jiného předpisu. Nejbližší právní úpravou byl zákon o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, který sice nárok na náhradu této újmy připouštěl, nicméně vylučoval možnost náhrady nemajetkové újmy pozůstalých. Z logiky věci by tedy bylo metodologicky správné použít analogicky tento předpis a nárok pozůstalých *per analogiam* zamítnout. Nicméně Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že zákon o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů nepoužije a použije namísto toho obecnou úpravu zákoníku práce, která odpovědnost za náhradu újmy vůči pozůstalým připouští. Dovodil, že považuje za nezbytné zajistit rovnost mezi zaměstnanci soukromé sféry s osobami ve služebním poměru a ustanovení zákona o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů označil za protiústavní, a proto neaplikovatelné.³⁴ Také se ukázalo zajímavým to, že Nejvyšší správní soud v tomto případě dospěl k závěru, že pokud při pouhém analogickém užití právní normy (byť obsahově nejbližší) dojde k závěru, že tato právní norma, jež by měla být analogicky užitá, je protiústavní, nemůže předložit návrh na zrušení tohoto ustanovení Ústavnímu soudu, protože jeho aplikace je zvažována nikoli přímo, ale pouze nepřímou. Tento závěr zatím nebyl v právní teorii podroben diskusi. Ve prospěch tohoto závěru svědčí to, že v rámci analogie se realizuje právě hodnotová úvaha a směřuje se tedy především k nalezení teleologicky nejbližšího právního ustanovení, a to je oním jediným použitelným ustanovením, přičemž naopak systémově nonkonformní ustanovení (z hlediska vnitřního systému práva) nemohou být základem pro analogii v souladu se zásadou *singularita non sunt extenda*.³⁵ Rovněž z § 10 občanského zákoníku, který pro oblast soukromého práva představuje pozitivněprávní základ pro užití analogie, hovoří sice o tom, že se má použít ustanovení právního řádu nejbližšího, nicméně jako nejbližší se považuje ustanovení, které je nejbližší nejen co do obsahu, ale též co do účelu. Rozhodující tedy není jen věcná či obsahová blízkost, ale též blízkost hodnotová (účelová). To do jisté míry umožňuje (obdobně jako v tomto případě) neoznačit za nejbližší ustanovení to, které by se sice dobře hodilo věcně, ale nevyhovuje z pohledu účelu, ale naopak to, co více vyhovuje z pohledu účelu. Pokud by se však ukázalo, že nejbližším – jak co do obsahu, tak co do účelu – je ustanovení, které je protiústavní, domnívám se, že není rozhodující, zda má být ustanovení užit přímo, či nepřímou, ale rozhodující je to, že má být ustanovení užit, a proto by měl být v takovém případě předložen návrh na zrušení předpisu.

Závěr

Úspěšnost (nebo spíše správnost) užití analogie je postavena na tom, že se podaří správně identifikovat účel zákona a zvolit jemu odpovídající relevantní prvky popisující srovnáva-

³⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 AS 319/2018-59 ze dne 2. 12. 2020.

³⁵ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, s. 225.

né skutkové stavy pro účely posuzování podobnosti. Výchozí teleologická úvaha je však úvahou, která vyžaduje velmi dobré argumentační dovednosti, tak aby o účelu zákona neexistovaly pochybnosti.

Na ilustraci řady soudních rozhodnutí lze uzavřít, že dotváření práva se v právní praxi vyskytuje přeci jen poměrně častěji, než by se mohlo na první pohled zdát. Také je zjevné, že předvídatelnost užití těchto argumentačních nástrojů je částečně snížena. To je dáno vícero faktory. Zmíňme například i) rozšíření objektů interpretace, ii) posuzování toho, zda určitá meze je vědomá či nevědomá (zda tedy zákonodárce chtěl regulovat určitou otázku určitým způsobem výlučně jen pro některé vztahy či nikoli), iii) identifikaci účelu zákona (který nutně nemusí být ve vztahu ke konkrétní otázce zcela jasný nebo naopak k určité otázce nemusí být jen jeden účel a může se zdůrazňovat jeden účel oproti jinému apod.), iv) volbu konkrétních prvků pro posuzování podobnosti skutkových podstat (regulované a neregulované), v) samotný úsudek o podobnosti apod.

V rámci analýzy vybraných rozhodnutí jsme identifikovali některé problematické momenty aplikace analogie: otázku, zda je, či není povinností dotvořit právo analogií, těžce udržitelné postavení argumentu *a fortiori* jako výkladového argumentu (nikoli podmnožina analogie), otázku trestního užití mimotrestních právních norem aplikovaných jinak *per analogiam*, nedostatečně přesvědčivý postoj soudů k otázce nemožnosti užití analogie v případech taxativních výčtů či konstitutivních rozhodnutí, předložení věci Ústavním soudem jako jediné řešení napětí mezi vědomou mezerou a teleologickou úvahou opřený o elementární hodnoty v právu či předložení věci Ústavnímu soudu v případě závěru o neústavnosti ustanovení v rámci nepřímé aplikace.

Dotváření práva cestou analogie není tedy až tak výjimečným jevem, nicméně vyžaduje obezřetný postup uvědomující si omezení, která jsou mu vlastní.

Use of the Argument per analogiam legis in the Jurisprudence of the Czech Courts

Patrik Koželuha (<https://orcid.org/0000-0002-8048-3502>)

Abstract: The article deals with analogia legis as one of the means of judicial development of law. The subject of the analysis in the article is the definition of analogy as a methodological procedure and, in particular, the conditions of its use (issues related to the decision between the use of the argument per analogiam legis versus the argument a contrario). The article contains a theoretical and practical analysis dealing with the identification of areas in which the use of analogy in certain situations is generally inadmissible (substantive criminal law, the definition of competences and powers, the determination of taxes and fees). It also illustrates, with examples of decisions from judicial practice, the courts' efforts to find a more specific definition of the limits of the use of analogy and some practical problems (for example, the nature of the a fortiori argument and whether it is an argument of interpretation of the law or of judicial development of law, the prohibition of analogy in the case of constitutional decisions, etc.). These questions are followed by an analysis of other limitations related to the use of analogy in specific cases, i.e., precisely the problem of the existence of gaps in the law, their categorization, and the determination of which of the methods of judicial development of law can be applied to them and which cannot. Finally, the article deals with the examination of the condition of the appropriateness of the use of analogy in a particular case (the actual assessment of similarity, the selection of the comparable elements and the relevance of the purpose of the law).

Keywords: interpretation of law, judicial development of law, analogy, gaps in the law, per analogiam legis