

Analogie ve správním právu

Možnosti či nezbytnost analogie

Použití a využití analogie v právu je otázkou, kterou se snaží vyřešit právní nauka i aplikační praxe jistě více než dvě poslední století, kdy lze hovořit o moderním právu. Z tohoto konstatování také plyne, že dosud nejen nebylo nalezeno všeobecně akceptované řešení, ale dokonce ani vymezení samotného pojmu. Spíše naopak, zdá se, že problém se stává stále složitější a tím i atraktivnější pro jurisprudenci stejně jako pro judikaturu.

O použití analogie se obecně hovoří v případě, kdy existují v právu mezery, které je třeba vyplňovat. Americký právní filozof R. M. Dworkin připomíná slova klasika právní vědy J. Austina, který tuto situaci shrnul tak, že žádná soustava příkazů a zákazů nemůže být komplexní v tom smyslu, že by detailně postihovala všechny myslitelné situace, a proto jsou soudci vybaveni oprávněním, aby řešili nové nebo obtížné případy.¹⁾ Jak patrně, jde tu o řešení, které se plně hodí pro angloamerický právní systém, z něhož oba autoři vycházejí.

Jinak je tomu v právu kontinentálně evropském, kde soudy nemohou právo tvořit, ale současně se nesmí dopustit *denegatio iustitiae*. Již na počátku 19. století tuto situaci řešil *expressis verbis* francouzský *Code civile* z roku 1804, jehož článek 4 stanovil, že: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice“, což lze ve stručnosti shrnout tak, že soud nemůže odmítnout rozhodnutí v případech, kdy zákon mlčí, je nejasný nebo nedostatečný, protože by to znamenalo odmítnutí spravedlnosti.

O sedm let mladší Obecný zákoník občanský v § 7 stanovil ještě zevrubněji: „Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným případům v zákonech zřejmě rozhodnutým, a k důvodům jiných, s tím příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí býti rozhodnut podle přirozených zásad právních, se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým“.²⁾

Oba zmíněné kodexy tedy již dávno pamatovaly na situaci, kdy existuje mezera v právu, kterou je nutno vyplnit. Jak ovšem konstatoval V. Knapp, vzniká tu fakticky rozpor, antinomie, protože k tomuto postupu vyzývá soudce či jiného funkcionáře zákon, takže se rozhoduje podle práva a žádná mezera nevzniká. K obdobnému závěru dochází i J. Boguszak, který nevidí možnost existence mezer v právu, ani pokud jde o oblast soukromoprávní, protože zde se buď uplatní „autonomní právo“ nebo dispozi-

¹⁾ DWORKIN, R.: *Když se práva berou vážně*, OIKOYMENH, Praha 2001, str. 39.

²⁾ Dr. J. Bárta mne v lektorském posudku upozornil na zajímavý fakt: rakouský občanský zákoník analogickou aplikaci výslovně přikazuje, francouzský ji zavádí oklikou tím, že zakazuje shledat mezeru v právu.

tivní norma a není-li, pak se aplikuje právo podle analogie, čili žádná mezera v právu nemůže pojmově vznikat. Tím méně lze podle něj hovořit o analogii v právu veřejném, protože v této oblasti lze ukládat povinnosti pouze na základě zákona a tam, kde tomu tak není, není možno vyplňovat mezery analogií.³⁾

Pojem analogie

Na to, co je to vůbec analogie a kdy přichází v úvahu její použití, existuje plejáda náhledů.

Na konci 20. let minulého století soustředil E. Hácha ve Slovníku veřejného práva československého na dvou stranách, jeho slovy, „omezený výběr“ teorií zejména německých, rakouských a francouzských, kde zmínil jména takových klasiků právní vědy, jakými byli C. V. von Savigny, R. Jhering či F. Géný. K tomu pak dodal, že stanoviska se pohybují na stupnici od tvrzení, že analogie je než výklad zákona, po chápání analogie jako tvorby práva a ve středu stojí pestrá škála tvrzení, že jde o hybridní proces.⁴⁾

V současnosti vychází většina autorů z toho, že analogie slouží k překlenutí mezer v právu, tedy jejich existenci nevylučuje, a to ani v právu veřejném. Podle K. Eliáše spočívá podstata analogie obecně v tom, že norma je použita na skutkovou podstatu, zákonem jasně neřešenou, za podmínky, že: 1) podstatné rysy této skutkové podstaty jsou blízce podobné s tou, s níž zákon výslovně spojuje nějaké právní následky; 2) skutková podstata, na níž má být aplikována norma analogicky, se liší od výslovně právně řešené jen v podružných znacích; 3) existuje sociální potřeba pro takový postup.⁵⁾

A. Gerloch vidí analogii jako jednu z metod, kdy výklad je založen na podobnosti, přičemž se postupuje tak, že se nejprve zjistí, že daná situace není právem regulována, dále je nutno nalézt obdobnou úpravu, třetím krokem je konstatování, že tato právní mezera je relevantní, protože jinak se analogie nepoužije, a konečně je třeba vyloučit případy, kdy není analogie přípustná.⁶⁾

Instruktivně definoval analogii Nejvyšší správní soud, když konstatoval, že o analogii půjde vždy tam, kdy se na určitou situaci, přímo právním předpisem neupravenou, užije ustanovení určitého právního předpisu, které na ni přímo nedopadá,

³⁾ KNAPP, V.: *Teorie práva*, C. H. Beck, Praha 1995, str. 66. K obdobnému závěru, byť z jiných východisek dospěl např. F. Weyr, J. Krčmář či J. Sedláček (podrobněji viz *Komentář k československému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, Svazek I.*, Codex (reprint), Praha 1998, str. 141) (dále citováno jako *Komentář*). VEVERKA, V., BOGUSZAK, J., ČAPEK, J.: *Základy teorie práva a právní filozofie*, Codex, Praha 1996, str. 89-90.

⁴⁾ HÁCHA, E.: *Analogie, Slovník veřejného práva československého, Svazek I.* Eurolex Bohemia (reprint), Brno 1029, str. 61.

⁵⁾ ELIÁŠ, K.: *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, *Právník č. 2/2003*, str. 98.

⁶⁾ GERLOCH, A.: *Teorie práva*, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2004, str. 209-210; obdobně chápe analogii také P. Průcha, který ji vymezuje jako aplikační proces řešení skutkových stavů, pro které platná právo nemá výslovnou úpravu (PRŮCHA, P.: *Správní právo, obecná část*, MU a Doplněk, Brno 2004, str. 110). Dodejme, že tento autor se staví k možnosti použití analogie ve správním právu více než rezervovaně.

ale které je svým obsahem nejbližší. Podmínkou tedy bude určitá mezera v zákoně, kterou je třeba vyplnit.⁷⁾

Vedle toho, že existuje mezera v právu, patří k definičním znakům postupu podle analogie, že lze propojit jen to, co si je opravdu podobné. Zde vystupuje do popředí jazyková stránka právních norem a v souvislosti s ní takové kategorie, jakými je ratio legis, teleologie a další. Anglický právní filozof H. L. A. Hart tuto souvislost bezmála humorně demonstruje na slově noha: analogicky nelze propojit pojmy noha od židle a noha člověka, protože mezi těmito pojmy neexistuje žádný vztah.⁸⁾ Každý institut a pojem je proto nutno vykládat v širším rámci a analogie nesmí vyústit v popření celkového smyslu právní úpravy.

Relevantní mezery v právu

Mezery v právu, jakožto předpoklad k tomu, aby mohla nastoupit analogie, nepředstavují homogenní celek. V literatuře jsou rozlišovány tři druhy: mezery, které plynou ze střetu individuálního případu s obecným zákonem, mezery axiologické a skutečné mezery, kdy psané právo situaci neřeší.⁹⁾

Samotné právní vakuum, tedy mlčení zákonodárce, však není automaticky důvodem k tomu, aby bylo řešeno analogií. V některých případech totiž zákonodárce prostě věc regulovat nechťel, čili tento postup není vůbec na místě. Tak např. podle § 13 odst. 1 zák. č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, lze žádost o poskytnutí informace podat ústně nebo písemně. Zákon nic podrobnějšího o ústní žádosti nestanoví, pouze výslovně vylučuje použití ustanovení o písemné žádosti na žádost ústní. Jak patrně, nepředpokládá se, že by zde mohlo být použito ustanovení správního řádu o podání, které je učiněno ústně do protokolu. Analogie tu tedy v úvahu nepřichází a je třeba hledat jiné metody řešení.

V praxi může tato otázka přirozeně vyvolat komplikace, protože bude zapotřebí ze všech možných úhlů pohledu posoudit, jde-li opravdu o *silentio legis* nebo mezeru, kterou je třeba překlenout a zajistit tak realizaci práva. Řešení se nabízí v podobě argumentu *ad absurdum* a zkoumání, který z obou postupů postrádá rozumný smysl; problém je však v tom, že někdy to lze říci o každé z obou alternativ.¹⁰⁾

Specifickou kategorií jsou tzv. axiologické mezery, které se od skutečných liší tím, že právo sice určitou otázku řeší, a to dokonce výslovně, ale z hodnotového hlediska nedostatečně, resp. nevhodně. Před takovou mezerou byl postaven Nejvyšší správní soud, když posuzoval šíři uplatnění zásady koncentrace řízení ve správním řádu v souvislosti s projednáváním přestupků, resp. správních deliktů vůbec. Třebaže správní řád v § 82 odst. 4 výslovně významně redukuje možnost novot v rámci odvolacího řízení, dospěl soud k závěru, že pro danou oblast není možno takové omezení

⁷⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 2 As 21/2005-77.

⁸⁾ HART, H. L. A.: *Pojem práva*, Prostor, Praha 2004, str. 30.

⁹⁾ KHŮN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech*, Karolinum, Praha 2002, str. 200.

¹⁰⁾ Srovnej k tomu HAVEL, B.: Poznámky k přípustnosti analogie ve veřejném právu, *Právník č. 2/2003*, str. 137.

akceptovat a je třeba postupovat analogicky jako je tomu v právu trestním, vzhledem k tomu, že rozdíl mezi trestným činem a přestupkem je kvantitativní (scil. ve stupni společenské škodlivosti) a nikoli kvalitativní. Z toho dovodil, že obviněnému z přestupku je třeba dát stejná práva, jako má obviněný v trestním řízení, kde, jak známo, koncentrační zásada nemá místo, tedy přiznat mu možnost uplatnit nové skutečnosti a důkazy i v odvolacím řízení bez ohledu na to, že jimi disponoval již dříve.¹¹⁾

E. Hácha podotýká, že o mezerách v právu lze hovořit pouze v případech tzv. neúplných norem, nikoli však norem negativních, jimiž rozumí ty, které analogii výslovně zakazují. Nejvyšší správní soud mnohokrát judikoval, že analogie nemůže založit povinnosti a jít tak k tíži účastníka správního řízení, a to ani v případě, že zákonná úprava řešení určité otázky je nedostatečná.¹²⁾ Jedná se o princip, který souvisí se samotnou podstatou právního státu, požadavkem na zajištění právní jistoty a předvídatelnosti práva a případné mezery v právu nelze nikdy přenášet na bedra účastníka. Přirozeně pak nelze analogií rozšiřovat pravomoci či působnosti správních orgánů, a to již s ohledem na článek 2 odst. 3 Ústavy, omezující uplatňování státní (resp. veřejné) moci jen na případy, meze a způsoby, které stanoví zákon. Pokud tedy nemá správní orgán zákonem výslovně stanovené pravomoci a působnosti, zejména pak zasahovat do subjektivních práv adresátů veřejné správy, nelze je zakládat per analogiam.¹³⁾

Jednou z otázek, která může v souvislosti s analogií vůbec, a ve správním právu zvláště, vyvstat, je její poměr k extenzivnímu výkladu. Hranice mezi nimi se sice mohou jevit jako značně těsné, nicméně ve skutečnosti jde o dva rozličné instituty, které nelze zaměňovat a již vůbec není přípustné, aby se analogie uplatnila na základě tvrzení, že jde o rozšiřující výklad. Jestliže např. je určitým ustanovením zákona někomu odnímáno právo (v konkrétním případě se jednalo o právo být účastníkem stavebního řízení), není možno na základě extenzivního výkladu vztáhnout toto omezení také na další případy, které do této výjimky nespádají, protože se tu fakticky jedná o analogii, která není přípustná, vzhledem k tomu, že směřuje k tíži adresáta a navíc je v rozporu s principem právní jistoty a také legitimního očekávání.¹⁴⁾

Použití analogie je chápáno jako jakési ultima ratio a správní orgány i soudy by k ní měly sáhnout pouze v případě, že jiné prostředky ke zjištění obsahu normy nepřicházejí v úvahu. Nelze ji tedy použít, obsahuje-li právní předpis neurčitý pojem, u něhož platí, že jej lze/je nutno vyložit, a není tedy vůbec možno hovořit o mezeře

¹¹⁾ KHÜN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech*, Karolinum, Praha 2002, str. 206 a následující; rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 8 As 14/2010-48; MATES, P.: Použitelnost koncentrační zásady ve správním řízení, *Jurisprudence č. 2/2011*, str. 37 a následující.

¹²⁾ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 5 As 29/2007-64, čj. 8 Afs 66/2007-59 a 2 Afs 120/2008-139; shodně judikuje též Ústavní soud např. v nálezu sp. zn. II. ÚS 178/2000, který se ovšem výslovně týká trestního práva.

¹³⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 8 As 56/2010-138 a čj. 8 As 53/2008-86; zákaz analogie vyslovil již prvorepublikový Nejvyšší správní soud např. v rozsudku Boh. A 5753/26.

¹⁴⁾ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, C. H. Beck, Praha 2010, str. 103; rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 2 As 25/2007-123, dospěl k závěru, že jestliže se někomu speciálním ustanovením zákona odnímá právo, nelze takové ustanovení interpretovat analogicky na případy, které do této výluky nejsou zahrnuté.

v právu.¹⁵⁾ Poměrně často se můžeme v právních předpisech setkat s výrazem „obdobně“ (např. ve správním řádu se s ním lze setkat skoro ve čtyřiceti ustanoveních). Je to výraz, kterým je predikováno použití analogie nebo jde o pouhou úsporu zákonodárce, který odkazuje na jiné místo zákona, které zde má být použito? Tak jako v mnoha jiných případech není ani zde jednota. Lze se setkat s pojetím, že toto *ceteris paribus* je přímým příkazem, výzvou zákonodárce k použití analogie, tak i pojetím, že se jedná právě jen o legislativně technickou formulaci, která má odlehčit, zkrátit, právní předpis a zbavit se nadbytečného opakování téhož. Pokud chápeme analogii jako nástroj k pokrytí právního vakua, pak je třeba dát za pravdu spíše druhému pojmání, protože ve skutečnosti se zde žádná mezera nevyskytuje, když zákonodárce dává přesný pokyn, jak, podle jakého ustanovení, je třeba postupovat. Stejně tak nelze hovořit o analogii tam, kde jde o subsidiární působnost zákona (typicky je tomu tak u správního řádu).¹⁶⁾

Mezeru v zákoně nepředstavuje rovněž demonstrativní výčet, který je signalizován výrazy jako „zejména“ „a další“ či „především“ (takový výčet obsahují např. ustanovení o kritériích pro uložení sankce, příkladem je § 12 odst. 1 zákona o přestupcích, ale také ustanovení § 112 písm. b) správního řádu ohledně vymezení prostředků k realizaci přímého vynucení). Při aplikaci těchto ustanovení je totiž třeba provést interpretaci s cílem určit dosah normy s tím, že řešení se musí pohybovat právě v rámci takového výčtu, a použití analogie na místo toho není přípustné.¹⁷⁾

Příkaz k použití analogie

Větší problémy by neměly vznikat v těch případech, kdy zákon použití analogie ukládá. Takový pokyn můžeme nalézt ve výrazu *přiměřeně* (např. podle § 38 odst. 3 zákona o elektronických komunikacích, zák. č. 127/2005 Sb. se na výběrové řízení ohledně veřejné služby *přiměřeně* použije ustanovení o obchodní veřejné soutěži podle obchodního zákoníku; § 15a vodního zákona, zák. č. 254/2001 Sb. ukládá, aby se na některá vodní díla *přiměřeně* použilo ustanovení stavebního zákona o ohlašování staveb; konečně školský zákon v § 128 odst. 1 stanoví, že při likvidaci školské právnické osoby se má *přiměřeně* postupovat podle obchodního zákoníku). Avšak ani tady není situace prostá komplikací. Připomeňme si slova prof. Hoetzela, který konstatuje, že takové poukazy na použití analogie mohou být nejen zjevné, ale také více nebo méně skryté, což pak dává značně bezbřehé možnosti jak správním orgánům, tak judikatuře. Rovněž zde platí, že i kdyby nakrásně bylo takové utajené zmocnění kon-

¹⁵⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 50/2007-106.

¹⁶⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 3 Ads 109/2010-65 a čj. 2 Afs 196/2005-67; GERLOCH, A.: *Teorie práva*, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2004, str. 148; ELIÁŠ, K.: Obdoba (poznámky k analogii v právu), *Právník č. 2/2003*, str. 99.

¹⁷⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 5 Afs 170/2004-64; opačné stanovisko zastává KNAPP, V.: *Teorie práva*, C. H. Beck, Praha 1995, str. 173, když uzavírá, že v případě demonstrativního výčtu se naopak analogie nutně použije; obdobně též HAJN, P.: Analogie jako právní institut a jako způsob uvažování. Několik poznámek k analogii v právu (nejen) správním, *Právník č. 2/2003*, str. 122.

statováno, nelze jej vykládat k tíži účastníka řízení, již jen proto, že každý má právo, aby svoje chování přizpůsobil.¹⁸⁾

Dlužno dodat, že pokud se týče výčtu taxativního, analogie se zásadně nepřipouští, což platí pro správní právo dvojnásob. Prvorepublikový Nejvyšší správní soud to vyjádřil slovy, že řeší-li zákon příslušnou otázku detailně, jasně a vyčerpávajícím způsobem, není možno použít analogii, která by vyvozovala jiný výklad, než jaký podává zákon.¹⁹⁾

F. Melzer se v citované monografii zamýšlí nad tím, zda je možné použití analogie v případě výjimek z pravidla, a dospívá k závěru, že to není zcela vyloučeno. Argumentuje zde ovšem především předpisy z oblasti práva soukromého, konkrétně analogickým použitím tzv. zpravodajské licence při zásazích do osobních práv podle § 12 odst. 3 občanského zákoníku také na internetové zpravodajství. Podle mne se tu spíše jedná o rozšiřující výklad, avšak i kdybychom připustili, že jde o možnou analogii, pak platí jen pro právo soukromé, kde je tradičně otevírána dokořán možnost jejího použití. Naproti tomu v právu veřejném/správním, které je v mnoha ohledech ovládáno jinými zásadami, není pro takový postup prostor, protože by se tím vyloučila její podstata a neřešena zůstala otázka, proč tedy vůbec výjimku zákonodárce stanovil, kdyby ji měl v zápětí popřít.²⁰⁾

Analogie legis, analogie iuris

Všeobecná shoda panuje v tom, že existuje analogie zákona a práva. V případě analogie legis je postupováno tak, že se na řešení situace, výslovně právem neřešené, vztáhne ustanovení, které takové řešení obsahuje, a to za podmínky, že obě situace jsou si podobné v podstatných rysech. Instruktivně to lze popsat tak, že konkrétní skutková podstata je subsumována pod ustanovení, které zčásti vyhovuje, a tu část, které nevyhovuje, označí také za vyhovující.²¹⁾ Ani ti, kteří se k použití analogie ve správním právu vyjadřují zdrženlivě, takovou možnost v zásadě nevylučují. Množství příkladů lze nalézt v oblasti správního trestání, což je třeba přičíst na vrub faktu, že zde, vyjímaje oblast trestupkového práva, neexistuje úprava obecné části odpovědnosti. Nejvyšší správní soud například již delší čas konstantně judikuje, že

¹⁸⁾ HOETZEL, J.: *Československé správní právo. Část všeobecná*, Melantrich, Praha 1934, str. 60; viz k tomu článek 41 odst. 2 Legislativních pravidel vlády. Z. Šín má za to, že použití těchto termínů není pro aplikační praxi vhodné a může vyvolávat potíže a doporučuje vyhnout se jim (ŠÍN, Z.: *Tvorba práva. Pravidla, metodika, technika*, C. H. Beck, Praha 2003, str. 170).

¹⁹⁾ Viz k tomu např. rozsudek Nejvyššího správního soudu Boh. A 621/20 a Boh. A. 2032/23, shodně judikoval též Nejvyšší soud sp. zn. 4 Tz 98/2003, když konstatoval, že je-li přesně stanoven okruh osob, na který se zákon (o soudní rehabilitaci) vztahuje, nepřichází v úvahu analogie iuris.

²⁰⁾ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, C. H. Beck, Praha 2010, str. 246-247; rozsudek Nejvyššího správního soudu Boh. A 1653/22 a Boh. A. 821/21. Ostatně i Nejvyšší správní soud v již citovaném rozsudku 2 As 25/2007-123 dospěl k závěru, že pokud se někomu odnímá speciálním ustanovením zákona právo, nelze takové ustanovení interpretovat analogicky na případy, které nejsou do výluky zahrnuté.

²¹⁾ Komentář, str. 142-143.

v případě souběhu ostatních správních deliktů, tj. mimo přestupky, se má postupovat podle zákona o přestupcích, který na řešení této situace *expressis verbis* v § 12 odst. 2 pamatuje, tedy zásady absorpční.²²⁾

Podstatně složitější se jeví analogie iuris. V tomto případě totiž nemáme pro řešení situace ani normu obdobnou, o níž by se bylo možno opřít, a musíme zde použít syntézu zásad získaných z jednotlivých norem abstrakcí. Problém spočívá v tom, že je třeba posoudit a rozhodnout, zda se má postupovat podle *argumentum e silentio* nebo této analogie.²³⁾ Rozhodování se tu děje za pomoci právních zásad či právních principů. Sporná je ovšem otázka, které z nich sem patří, co tvoří jejich katalog, a situaci navíc komplikuje fakt, že samotné tyto zásady bývají často vybledlé, neostré a vzájemně si mohou konkurovat, takže tu roste nebezpečí, že právo nebude předvídatelné, když již nechceme hovořit přímo o libovůli. Na druhé straně však je s nimi nutno počítat, protože je na ně odkazováno čím dále častěji v praxi, zejména nejvyšších soudů, a to i pro oblast práva veřejného.²⁴⁾

Právo soukromé a veřejné

Zatímco v právu soukromém nebývají s možností využití analogie větší problémy, v oblasti práva veřejného, potažmo správního, panuje spíše opatrný postoj, byť není povětšinou a limine odmítána.

Jako je tomu v právu vesměs, není ani zde situace jednoduchá. Klasický právní dualismus patří totiž spíše minulosti a i tam, kde jej budeme vyhledávat, narážíme na problém, kdy v témže prameni práva se nalézají normy soukromoprávní i veřejnoprávní (např. provozovatel zařízení ke sběru nebo výkupu odpadů je povinen při odběru nebo výkupu těchto odpadů identifikovat osoby, od kterých má v úmyslu odpady odebrat, § 18 zák. č. 185/2001 Sb., o odpadech a změně dalších zákonů ve znění pozdějších předpisů; takové zásady platí též v souvislosti s prodejem tabákových výrobků či alkoholických nápojů podle zák. č. 379/2005 Sb.). Ovšem právě takové propojení otevírá podle některých autorů širší prostor k uplatnění analogie ve správním právu.²⁵⁾

Místo a funkce analogie jsou přinejmenším dichotomické vzhledem k tomu, že si tu konkurují dvě potřeby: na jedné straně zachování právní jistoty, s níž soupeří potřeba zajistit, aby právo fungovalo a nezastavovalo se u mezer, které způsobil zákonodárce.

²²⁾ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 5 A 98/2001-36 a čj. 6 As 57/2004-54 a 2 As 52/2008-49, čj. 6 As 23/2005-70, čj. 6 As 23/2005-57, 7 As 72/2009-66 a další.

²³⁾ HÁCHA, E.: *Analogie*, *Slovník veřejného práva československého*, Svazek I. Eurolex Bohemia (reprint), Brno 1029, str. 63; ELIÁŠ, K.: *Obdoba* (poznámky k analogii v právu), *Právník* č. 2/2003, str. 102; existuje ovšem i užší pojetí, které chápe tuto analogii tak, že se použije jiná norma, z téhož nebo jiného právního odvětví (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 3 Aps 2/2006-69 a čj. 2 As 69/200-50).

²⁴⁾ Viz k tomu např. HOLLÄNDER, P.: *K pojmu prameňov práva*, *Právník* č. 12/1985 a ŠÁMAL, P.: *Základní zásady trestního řízení v demokratickém systému*, ASPI, Praha 1999.

²⁵⁾ HAJN, P.: *Analogie jako právní institut a jako způsob uvažování*. Několik poznámek k analogii v právu (nejen) správním, *Právník* č. 2/2003, str. 123; této problematice je věnováno téměř monotematické číslo Správního práva 1-2/2011.

Relativně snazší situace je v tomto ohledu v zemích angloamerického právního systému, kde soudci mohou mezeru v právu překrýt svým rozhodnutím, byť přitom musí respektovat stávající právo a obecněji také principy, o které se právní řád opírá.²⁶⁾ Naproti tomu v systému kontinentálně evropském soudci právo nemají právo tvořit, nýbrž aplikovat, a rozhodně nemohou napravovat pochybení zákonodárce.²⁷⁾ Na druhé straně se však stačí podívat do judikatury obou nejvyšších soudů a Ústavního soudu, aby byl tento závěr relativizován. Odvolávání se jak účastníků řízení, tak samotných soudů i správních orgánů na dosavadní rozhodovací praxi obecně, a také použití analogie, je zcela běžné, a soudy správně usilují v zájmu právní jistoty o zachování konstantnosti rozhodování, čímž se význam jejich judikatury posouvá za zmíněnou hranici. Zcela nezastupitelná je pak jejich role při formulování právních principů.²⁸⁾ Unikátní postavení má v tomto ohledu judikatura Ústavního soudu, která je závazná nejen ad hoc, ale v praxi je fakticky respektována obecně, mimo jiné s odvoláním na potřebu zachování kontinuity a právní jistoty.

Právě to pak umožňuje řešit i tak složité situace, jakou si pro ilustraci svých tvrzení zkonstruoval R. M. Dworkin, když se zamýšlí nad tím, zda pravidlo, podle něhož musí muži smeknout v kostele pokrývku hlavy, platí analogicky i pro nemluvnata mužského pohlaví a čepečky.

Místo analogie ve správním právu

Z praxe českých soudů plyne jednoznačně, že analogii ve správním právu predikují místo jak v oblasti práva hmotného, tak i procesního. Zásadní podmínkou je, že analogie je ku prospěchu účastníka řízení a nevede k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem. Citován bývá v této souvislosti náleze Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 21/04, podle něhož, pokud je vůbec přípustná analogie v oboru správního řízení, pak toliko za omezujících podmínek, že se tak děje v omezeném rámci za účelem vyplňování mezer procesní úpravy a dále toliko ve prospěch ochrany práv účastníků správního řízení.

Analogie přitom nesmí spočívat v používání celých více či méně objemných institutů, ale právě jen k vykrývání těch částí, které jsou regulovány toliko rámcově a nikoli v celistvosti.²⁹⁾

Poměrně hojně vyvstává potřeba řešit případ podle analogie v oblasti správního trestání. Třebaže jde o oblast, kde by se mělo k analogii sahat co možná nejméně, je tomu tak, jen zdánlivě paradoxně, právě naopak, protože jak zmíněno, praxe se musí trvale vyrovnávat s absencí obecné části tohoto subsystému správního práva.

Často se lze proto setkat s analogií iuris, s odkazy na příslušná ustanovení zákona o přestupcích, který alespoň v jistém rozsahu taková obecná ustanovení obsahuje. Proto bylo naznáno, že výrok rozhodnutí o každém správním deliktu musí obsahovat

²⁶⁾ HART, H. L. A.: *Pojem práva*, Prostor, Praha 2004, str. 266.

²⁷⁾ Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 22/99.

²⁸⁾ GAUDEMONT, Y.: *Traité droit administratif. Tom 1 Droit administratif général*, L. G. D. J., Paris 2001, str. 5-6.

²⁹⁾ Viz k tomu rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 1 As 27/2008-67 a čj. 2 Afs 34/2005-47.

vat, při neexistenci právní úpravy, náležitosti, které požaduje zákon o přestupcích. V dalším rozsudku použil Nejvyšší správní soud analogii se zákonem o přestupcích (§ 7 odst. 1), když rozhodoval o možnosti použití retroaktivní aplikace novější právní úpravy, která byla pro delikventa příznivější v případě tzv. smíšeného správního deliktu.³⁰⁾ Je ovšem třeba zmínit, že jindy dovodil, že se zde nejedná o analogii práva, ale o aplikaci hmotně-právní ústavní normy dle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod.³¹⁾ Možnost, resp. povinnost použít analogii legis se zákonem o přestupcích byla konstatována v případě, že pachatel byl uznán odpovědným za správní delikt a následně bylo zjištěno, že byl za stejný skutek již odsouzen jako za trestný čin. Zde soud uložil, že je třeba postupovat analogicky podle § 94 zákona o přestupcích, což znamená, že takové rozhodnutí musí správní orgán zrušit a řízení zastavit.³²⁾

Běžně shledávají soudy přípustnou analogii iuris správního práva trestního s trestním právem. Obecně je tu argumentováno tím, že rozdíl mezi oběma skupinami deliktů nemusí být vždy zřejmý a je namnoze kvantitativní (ve stupni společenské škodlivosti) nikoli kvalitativní. Obviněný přitom musí mít zachována stejná práva v obou druzích řízení a při neexistenci jednotného kodexu správního trestání a úpravě základních zásad a institutů je pak nutno per analogiam přihlížet k úpravě trestního práva. Ta pak má být podle judikatury použita např. v souvislosti s povinností řádně seznámit obviněného z přestupku s důvody zahájení řízení, možností, resp. naopak zákazu využití úředního záznamu, v němž je zachyceno vysvětlení jako důkazního prostředku, posouzení, kdy se jedná o souběh správních deliktů, povinností náležitě vymezit správní delikt ve výrokové části, tedy včetně místa, doby, kdy k němu došlo, a způsobu spáchání. Nutno ovšem připomenout, že soudy jsou k využití analogie obou právních odvětví celkově spíše zdrženlivé s poukazem na jejich specifika.³³⁾

Možnost použití analogie při absenci s příslušnými instituty trestního práva shledávají správní soudy i v oblasti hmotněprávní. V nedávno vydaném rozsudku konstatoval Nejvyšší správní soud, že v přestupkovém právu neexistuje úprava zahlázení, nicméně při rozhodování by se mělo analogicky přihlížet k trestněprávní úpravě zahlázení, a proto v případě, že v nějakém registru existuje záznam o přestupku, který byl spáchán před delším časem, nelze k této skutečnosti přihlížet při rozhodování o výši sankce.³⁴⁾

³⁰⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 4 As 23/2005-66; čj. 4 As 73/2008-192 a čj. 4 As 17/2009-72.

³¹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 5 As 21/2008-56. Pravidla ohledně možné retroaktivity obsaženého v článku 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod se dovolal také Ústavní soud (nález sp. zn. II. ÚS 192/05 a sp. zn. III. ÚS 611/01).

³²⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 27/2008-67.

³³⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 2 As 60/2008-114, čj. 1 As 96/2008-118, čj. 1 As 28/2009-67 čj. 4 As 78/2006-45, čj. 3 As 3/2007-54 a čj. 3 As 274/2004-45; v doktríně potvrzuje tento posléze uvedený závěr PRÁŠKOVÁ, H.: Postavení obviněného v řízení o správních deliktech (vybrané problémy), *Zborník príspevkov zo sekcie správne právo medzinárodnej vedeckej konferencie Právo jako zjednocovateľ Európy-veda a prax organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou v dňoch 21.-23. októbra 2010*, Univerzita Komenského Bratislava, Právnická fakulta 2010.

³⁴⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 8 As 82/201-55.

Dnes již spíše historickou hodnotu má ta část judikatury týkající se použití správního řádu (rozumí se zák. č. 71/1967 Sb.), resp. zákona o správě daní a poplatků (zák. č. 337/1992 Sb.) v případech, kdy zvláštní právní předpis neobsahoval pravidla pro doručování, zastupování, dokazování apod. V těchto případech jednoznačně soudy dovodily, že při existenci takové mezery, je třeba postupovat per analogiam podle správního řádu.³⁵⁾ Význam těchto rozsudků tkví především v tom, že Nejvyšší správní soud zachovává myšlenkovou kontinuitu ve věci použití analogie i v oblasti ryze procesních předpisů. Analogický postup podle správního řádu byl využit také v případě řízení o uložení disciplinárního deliktu příslušníku policie (podle tehdy platného zákona č. 186/1992 Sb.), s tím, že tato právní úprava byla označena za kusou a její doplnění právě na základě analogie mělo zajistit ústavně konformním způsobem právo žalobce na jinou právní ochranu dle čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.³⁶⁾

Přípustnou byla shledána analogie také v oblasti daňové, tam, kde se jeví úprava nejasná, nepřesná či nesrozumitelná, přičemž výklad učiněný na tomto základě musí být zásadně ve prospěch účastníka (jemu mírnější).³⁷⁾

Prospěchem účastníka bylo odůvodněno použití analogie v případě zákona o sociální potřebnosti (zák. č. 482/1991 Sb.), který neobsahoval potřebnou úpravu režimu k přiznávání sociálních dávek. Nejvyšší správní soud konstatoval, že za takové situace je třeba použít obecné úpravy zák. č. 100/1988 Sb., o sociálním zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů, protože: „Opačný závěr by totiž vedl k absolutnímu deficitu základních úprav nutných k přiznávání těchto dávek“.³⁸⁾

Jak tedy patrně vylučuje judikatura předně jakékoli vykrytí mezer v zákoně na základě analogie, které by se dělo k tíži účastníka řízení. Proto Nejvyšší správní soud např. odmítl možnost použití analogie v případě, kdy zákon neobsahoval lhůtu k podání opravného prostředku (námitky v daňovém řízení), pokud by její stanovení, resp. počítání vyznělo v neprospěch účastníka. Analogie nebyla přípustná také v případě vyloučení obecného pravidla. Upravuje-li určitý zákon konkrétní institut speciálně, tedy pouze pro potřeby svojí regulace, není možno jej podle judikatury použít pro jiný zákon, kde je nutno se přidržet obecné úpravy. Proto tedy bude, vzhledem k tomu, že množství zákonů obsahuje dikci „pro účely tohoto zákona se rozumí...“, přičemž je takto definován, resp. vysvětlován stejný institut [příkladem může být vymezení pojmu dálkový přístup v § 3 odst. 2 zákona o svobodném přístupu k informacím (zák. č. 106/1999 Sb.) a § 2 písm. n) zákona o informačních systémech veřejné správy (zák. č. 365/2000 Sb.)], třeba určit, který zákon obsahuje obecnou úpravu a jehož ustanovení lze v analogii využít. Platí však i opačně: existence takového zvláštního právního režimu (v konkrétním případě šlo o úpravu zániku práva) vylučuje analo-

³⁵⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 8 As 46/2005-70, čj. 5 As 48/2004-79 a rozsudek čj. 2 As 41/2004-44. V současnosti již, s ohledem na ustanovení § 1 odst. 1 a 2 správního řádu, takové problémy nevznikají.

³⁶⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 1 As 16/2007-110.

³⁷⁾ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 5 Afs 64/2007-64, čj. 2 Afs 24/2005-48 a čj. 2 Afs 24/2005-48.

³⁸⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 6 Ads 43/2005-60, čj. 2 Afs 26/2004-67.

gické použití režimu obecného.³⁹⁾ Nejednoznačné stanovisko zaujal Nejvyšší správní soud k analogickému použití ustanovení zákona o přestupcích, pokud se týče společného řízení, na projednávání jiných správních deliktů. Nevyloučil totiž jejich aplikaci, ale současně neshledal, že nebyla-li uplatněna, došlo k pochybení.⁴⁰⁾

Otázka možnosti použití analogie ve správním právu bývá nezřídka nastolována ve vztahu k předpisům soukromého práva. Soudy zde vycházejí z toho, že vymezení konkrétních institutů (např. nemovitosti či závazkového vztahu) je v každé oblasti samostatné, a definici, resp. explikaci v tom kterém odvětví nelze používat analogicky, vzhledem k tomu, že jde o dvě odlišné sféry, kde je zcela jinak vymezeno postavení stran právního vztahu. Výjimkou by mohla představovat jen situace, kdy by možnost analogie z toho kterého předpisu výslovně plynula, čemuž tak ovšem vesměs není.⁴¹⁾

Závěr

Právní praxe i doktrína již dávno rezignovaly na požadavek, aby právo vytvářelo jednotný systém bez mezer, který beztak není splnitelný. To je též jeden z důvodů, pro který musí být akceptováno používání analogie, jakkoli to není jev příznivý z hlediska právní jistoty. Na druhé straně by však byl jen obtížně naplňován požadavek, zajištění fungování práva a docházelo by k denegaci spravedlnosti. Použití analogie by mělo být v každém případě opatrné a v souvislosti (ostatně – co už v právu nikoliv?) s množstvím dalších požadavků a respektování obecných principů. Nabízí se zejména poukaz na to, že, ač se vždy při analogii řeší problém pouze inter partes, musí se, v zájmu právní jistoty, a to tím spíše v právu správním, postupovat ve shodných případech shodně, což by se nemělo dít až na základě korekce soudů, ale již v rámci řízení před správními orgány.

Shrnutí:

Právo sice představuje ucelený, ale nikoli bezmezerový systém. K vykrývání těchto mezer byla vytvořena celá plejáda nástrojů, mezi nimiž významné místo zaujímá analogie. Její použití je tedy na místě tam, kde právní předpis určitou otázku neřeší, a použije se ustanovení jiného právního předpisu, které je svým obsahem nejbližší. Od mezer v právu je třeba lišit situace, kdy právo mlčí prostě proto, že zákonodárce věc upravit nechtěl, zde je třeba použít jiné metody. Analogie není ovšem univerzálním prostředkem k řešení každé situace. V úvahu nepřichází tam, kde by na jejím základě měly být uloženy povinnosti, změněna pravomoc, využít ji nelze k extenzivnímu výkladu či subsidiárnímu použití předpisu, při taxativním výčtu, ale ani tam, kde zákon používá výraz obdobně, protože tu žádná mezera neexistuje.

³⁹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 2 Aps 3/2006-55, čj. 5 Afs 109/2005-50 a čj. 7 Afs 8/2005-66; viz též Boh A. 9090/31.

⁴⁰⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 6 As 40/2005-88.

⁴¹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 5 Afs 120/2005-44, čj. 2 Afs 79/2004-47 a čj. 2 Afs 100/2006-64; shodně judikoval též prvorepublikový Nejvyšší správní soud Boh A. 10072/32).

Zatímco v oblasti práva soukromého nejsou s využitím analogie větší problémy, v právu veřejném panuje mnohem opatrnější postoj, třebaže není povětšinou odmítána.

V oblasti správního práva je analogie poměrně často používána pokud jde o oblast správního trestání, a to jak analogie legis, tak i analogie iuris. Jako zásada platí, že analogie nesmí nikdy být použita k tíži účastníka řízení, dále tam, kde existuje speciální vymezení určitého institutu, a v úvahu nepřichází rovněž vůči předpisům práva soukromého.

Použití analogie vůbec není příliš vítáno, vzhledem k tomu, že jde na úkor právní jistoty. Protože se bez ní aplikační praxe neobejde, je důležité, aby bylo ve všech shodných případech postupováno shodně, což platí nejen pro soudy, ale i řízení před správními orgány.

Analogy in administrative law – summary:

Law is a comprehensive system but not without gaps. In order to fill these gaps many instruments were created, analogy is one of the most significant. The analogy may be applied, where a piece of legislation does not regulate certain issue, so the most similar provision of a different piece of legislation is applied. It is important to distinguish between gaps in law and a situation where law is quiet because the legislator did not want to regulate the issue, in such a case a different method has to be used. Analogy is not a universal tool applicable for all situations. It cannot be used in cases, where it should constitute duties, change powers, for broad interpretation or subsidiary use of a regulation, in a case of exhaustive list, or where a law uses an expression “accordingly” since there is no gap.

Whereas use of analogy in the area of private law does not accompany many problems, in the area of public law, there is much more cautious position, although mostly it is not refused.

In the area of administrative law, analogy is rather frequently used in the area of administrative punishing, both *analogia legis* (i. e. analogous application of a statute or legislative instrument to issues not expressly regulated thereby) and *analogia iuris* (i. e. analogous application of one piece of legislation in other branches of law). There is a principle that analogy must not prejudice the party, it must not be applied where special definition of an institute is provided as well as not in relation to private law.

Analogy is not very welcome since it may affect legal certainty. Nevertheless, application practice needs it. Therefore the principle that like cases should be treated alike has to be stressed not only for decision-making of courts but also for proceedings before administrative bodies.