

Pavel Mates

Analogie ve správním právu, kdy ano a kdy ne

Institut analogie má kořeny dosti hluboké, diskuse o něm je možno vystopovat nejméně již dvě století nazpět a s jejím použitím počítal mimo jiné výslovně Code civile z roku 1804 i o sedm let mladší Obecný zákoník občanský. Existence analogie souvisí s onou nedokonalostí práva, která je označována jako mezery. Základ analogie je tak spatřován v subjektivním momentu, neschopnosti člověka zcela poznat realitu a zejména ji vyjádřit. To jej nutí k tomu, aby hledal východisko v připodobnění.¹⁾

Mezery v právu jsou živnou půdou pro možnost, resp. povinnost použití analogie. Ústavní soud to vyjádřil formulací... „pouze tehdy, lze-li analogickým použitím o. s. ř. doplnit to, co zákon o Ústavním soudu výslovně neupravuje, může být analogie použito“. Rovněž Nejvyšší správní soud zásadně váže použití analogie na absenci právní úpravy či konkrétní otázky v zákoně. Tam, kde taková mezera existuje, je zapotřebí ji vhodným způsobem vyplnit a tu musí nastoupit *analogie* a to nejprve *legis* a není-li možná pak *iuris*. Ať jde o soud nebo správní orgán, nemohou se vyhnout povinnosti překlenout mezeru, která v právu existuje a musí se jí usilovat vyplnit všemi nástroji, které právo poskytuje, aby zajistily odpověď na otázku, *quid iuris*, tedy co je právo.²⁾

Právo má mezery, ale i metody, kterými je možno takto vznikající problémy řešit. Je-li mezera zákonodárcem plánovaná (např. řešení poskytování informací při ústním podání podle § 13 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím), není použití analogie na místě, protože zákonodárce žádnou regulaci nechtěl. Jestliže však vznikla opomenutím normotvůrce nebo proto, že se změnil společenské poměry a platná úprava na jejich řešení již nestačí, je nutno podle ní postupovat.³⁾

Ostatně soudce ani správní úředník, nejsou pouhým autematem na aplikaci práva, ale jde o osobnosti, které by měly mít odbornou kvalifikaci a být dostatečně vyzrálé a musí si umět poradit s nedokonalým právem na základě analogie, ať již

¹⁾ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*, OIKOYMENH, Praha 2001, s. 39; HAVEL, B. Poznámky k přípustnosti analogie ve veřejném právu, *Právník č. 2/2003*, s. 137.

²⁾ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 17/03 a usnesení sp. zn. I. ÚS 53/03; rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 57/2011-89 a č. j. 4 As 22/2005-68.

³⁾ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 2395/10; WEYR, F. *Teorie práva*, Orbis, Brno-Praha, s. 98.

budeme její roli chápat jako dotváření práva, zostřování jeho kontur, odhalování základních zásad či jinak.⁴⁾

Právo tedy nepochybně obsahuje tzv. bílá místa, k jejichž vyplnění slouží právě analogie, byť ve veřejném právu je prostor pro její využití výrazně zužován. Argumenty pro tvrzení o úplnosti práva, jsou spíše jen racionalistický ideál, který nemá v realitě oporu, protože žádný tvůrce právních předpisů není tak geniální, aby pamatoval na veškeré eventuality reálného života, tím spíše jeho dynamiku.

Na tom se vesměs shoduje jak judikatura, tak jurisprudenc. Ústavní soud konstatoval, že v oboru správního řízení, přichází analogie v úvahu byť za omezujících podmínek, tedy za účelem vyplňování mezer procesní úpravy a pouze ve prospěch ochrany práv účastníků správního řízení. Rovněž Nejvyšší správní soud považuje za *conditio sine qua non* k použití analogie to, že existuje určitá mezera v zákoně, kterou je třeba vyplnit.⁵⁾

Analogie může sloužit k řešení situací, které jsou si opravdu podobné a lze jí propojit pouze pojmy, mezi nimiž existuje určitý vztah, což je třeba posoudit z celkového smyslu právní úpravy, přičemž posouzení, zda tomu tak je, leží na aplikační praxi⁶⁾.

Podstatu analogie lze shrnout tak, že určitá norma je použita na situaci, která není zákonem zcela jasně řešena za podmínky, že: 1) rysy skutkové podstaty případu jsou blízce, významně, podstatně podobné té, s níž zákon spojuje nějaké právní důsledky; 2) skutková podstata právním předpisem řešená se od té, která má být aplikována analogicky liší jen v nepodstatných věcech; 3) je tu sociální potřeba tímto způsobem postupovat.⁷⁾

Nalézáme i náhled, podle něhož je třeba analogii chápat jako jednu z metod interpretace práva.⁸⁾

Vyřešení otázky, zda analogie je běžnou metodou interpretace nebo logickým pravděpodobnostním soudem, není jen prázdná disputace, protože rozdíl mezi

⁴⁾ HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace, ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*, Linde, Praha 2003, s. 11.

⁵⁾ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 21/04; rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 21/2005-77 nebo č. j. 9 As 47/2011-110.

⁶⁾ HART H. L. A. *Pojem práva*, Prostor, Praha 2010, s. 30.

⁷⁾ ELIÁŠ, K. Obdoba (poznámky k analogii v právu), *Právník* č. 2/2003, s. 98.

⁸⁾ GERLOCH, A. *Teorie práva*, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2004, s. 209–210. Jako interpretační a aplikační nástroj pojímá analogii také P. PRŮCHA, podle něhož jde o řešení skutkových stavů, pro něž nemá platné právo příslušnou právní úpravu a používá se proto právní úprava obdobného či obdobných právních stavů (*Správní právo. Obecná část*. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2012, s. 116).

těmito přístupy není ve skutečnosti zanedbatelný.⁹⁾ Analogie nutně více rozvolňuje právní jistotu než interpretace, a proto bude třeba bedlivě zvážit, který postup je na místě, přičemž použití analogie přichází v úvahu, není-li již jiné cesty. Zatímco interpretací lze výjimečně rozšiřovat obsah normy, analogie to vylučuje, a to zejména v případě, že by se tak mělo dít v neprospěch účastníka řízení.¹⁰⁾

Při použití extenzivního výkladu nejde o to, že by byla norma použita na jinou skutkovou podstatu, ale pouze o uplatnění širšího dosahu zákona v dílčím aspektu a vůči těžce skutkové podstatě, jejíž znak je kryt tzv. atrofovaným termínem, což u analogie nepřichází v úvahu.¹¹⁾

Z toho plyne, jak důležitý je subjektivní moment, protože posouzení toho, k jakému řešení sáhnout, je dáno znalostmi, zkušenostmi a erudicí toho, kdo konkrétní případ řeší, a je na něm, aby posoudil, k čemu se uchýlí.

O mezerách v zákoně či právu lze tedy hovořit tehdy, když na určitý případ, skutkovou podstatu, právo neposkytuje odpověď, jak situaci řešit.

Mezery v právu mohou být jednoduché a snadno řešitelné, jak je tomu v případě souběhu správních deliktů, kde lze při nedostatku příslušné právní úpravy bez větších úvah použít zákon o přestupcích.¹²⁾ V praxi se však mohou vyskytnout i mnohem složitější případy.

V poslední době zřejmě nejdůkladnější inventuru mezer v zákoně provedl u nás F. Melzer, když rozlišil na základě kritérií aplikační praxe, časového vývoje a legislativní politiky tři základní druhy mezer, a to: 1) pravé a teleologické; 2) počáteční a konečné mezery; 3) vědomé a nevědomé mezery.¹³⁾

Nejméně problematické jsou pravé mezery, které vznikají tam, kde aplikace normy předpokládá existenci jiné normy, která však chybí, takže by nemohla být realizována.¹⁴⁾ Mimo to však může vzniknout tato mezera i tím, že existují dvě protiřečící si normy a rozpor mezi nimi nelze odstranit žádným běžným prostředkem, které právo zná (např. o přednosti speciality vůči úpravě obecné). Zde pak je nutno sáhnout i k mimoprávním argumentům, ovšem při respektování mezí analogie a zejména faktu, že je třeba se vždy opírat o určitý právní základ.¹⁵⁾

⁹⁾ ŠTĚPÁN, J. *Logika a právo*, C. H. Beck, Praha 2001, s. 50 a následující.

¹⁰⁾ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 25/2007-118 a č. j. 5 Afs 50/2007-106.

¹¹⁾ ROUČEK, J. *Základy právního myšlení*, Barvič, Novotný, Brno 1938, s. 134; PRÁŠKOVÁ, H. *Základy odpovědnosti za správní delikty*, C. H. Beck, Praha 2013, s. 37.

¹²⁾ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 52/2008-44 a č. j. 1 As 28/2009-62.

¹³⁾ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace.*, C. H. Beck, Praha 2010, s. 222 a následující.

¹⁴⁾ Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 318/06.

¹⁵⁾ Nelze tedy někoho *per analogiam* nutit k tomu, co zákon neukládá a bránit v činnosti zákonem

Složitější jsou teleologické (nepravé) mezery, kdy sice nehrozí technická neaplikovatelnost, ale současně tu není žádný předpis, podle něhož by bylo možno konkrétní případ řešit. Mezera je zde dána tím, že dikce je širší nebo naopak užší, než vyžadují právní principy, hodnoty a účely, ze kterých tato právní úprava vychází. Aplikující orgán musí tuto mezeru uzavřít např. redukcí tím, že dotvoří či domyslí právo podle teleologie právní úpravy, která současně diktuje, zda je takový postup vůbec žádoucí. Tento postup ovšem nesmí vést k odmítnutí spravedlnosti v tom smyslu, že by se nenašel orgán, který má o věci rozhodnout, takový se v právním státě musí najít vždy a až on může využít teleologie a případně zamítnout konkrétní hmotné právo.¹⁶⁾

Od skrytých teleologických mezer je třeba lišit „utajené“ odkazy na použití analogie, které se mohou objevit např. v různých zkratkách. Je věcí aplikační praxe, zda takový odkaz vyhledá, a to dosti jasně, protože v opačném případě není analogie přípustná. Mimo jiné to znamená, že příslušné ustanovení nutno interpretovat v širších souvislostech, přinejmenším celého právního předpisu. Příkladem může být ustanovení § 70 odst. 2 zákona o přestupcích, kde nejsou stanovena žádná kritéria, pokud se týče určení výše náhrady škody způsobené přestupkem, a bude zde na místě analogicky postupovat podle příslušných ustanovení trestního řádu. Takové konstrukce k právní jistotě nepřispívají, protože otvírají až bezbřehé možnosti správním orgánům, resp. judikatuře, a je třeba se s nimi podrobně vypořádat v rámci odůvodnění.¹⁷⁾

Členění mezer podle toho, zda jde o počáteční či následné, je prováděno podle hlediska časového: první tu byly již v době, kdy byl zákon přijímán, druhé vznikly změnou sociální reality, vývojem v oblasti technologií či jinými objektivními okolnostmi.¹⁸⁾

Konečně existují mezery vědomé a nevědomé. Kdežto o vědomých mezerách zákonodárce věděl, u druhých je tomu naopak. Zde ovšem může vzniknout otázka, je-li právní vakuum automaticky důvodem k použití analogie, protože nikoli každé *silentio legis* musí představovat defekt v právu, který je třeba vyplňovat analogií. Vědomou mezeru lze vykryt pouze změnou zákona, kdežto mezeru nevědomou analogií. Jak v této souvislosti konstatoval Nejvyšší správní soud, přichází analogie v úvahu až na posledním místě a lze-li problém vyřešit za použití běžných výkladových metod má tento postup přednost a vůbec o mezeře nelze hovořit.¹⁹⁾

nezakázané (článek 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod); KHÜN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*, Karolinum, Praha 2002, s. 222-223.

¹⁶⁾ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace.*, C. H. Beck, Praha 2010, s. 225, 227; nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 318/06 a sp. zn. I. ÚS 405/06.

¹⁷⁾ HOETZEL, J. *Československé správní právo. Část všeobecná*, Melantrich, Praha 1934, s. 60.

¹⁸⁾ HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace, ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu*, Linde, Praha 2003, s. 18-20. Např. dokument byl dlouho chápán jako listina, s nástupem výpočetní techniky musela být příslušná úprava vztahena i na dokumenty v elektronické podobě.

¹⁹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 7/2008-122 a č. j. 2 Afs 53/2007-51; ELIÁŠ, K. *Obdoba (poznámky k analogii v právu)*, *Právník* č. 2/2003, s. 100.

Dosud byla řeč především o normativních mezerách, vedle nich se však hovoří ještě o mezerách axiologických, které mohou přinést interpretační praxi ještě větší komplikace. Právní úprava je zde formálně bez mezer, ale je hodnotově nedosta- tečná, zákonodárce nevzal v úvahu hodnoty a principy, na nichž stojí právní řád a jež jsou mu imanentní, či dokonce není spravedlivá, což objevuje až interpret a vzhledem k tomu právo vykládá, a to i za použití extralegálních kritérií.²⁰⁾

S takovou axiologickou mezerou se vypořádal Nejvyšší správní soud, když musel řešit otázku délky, resp. konce lhůty pro vyměření celního dluhu. Konstatoval, že historickým záměrem zákonodárce sice bylo neomezit její konec, taková úprava by však byla v rozporu s ústavními hodnotami, protože se jeví jako ústavně nemožné, aby povinnost veřejnoprávní platby mohla trvat bez časového omezení. Proto poukázal na tehdy platný zákon o soustavě daní (zák. č. 212/1992 Sb.), jehož § 4 odst. 2 lhůtu určil a který bylo třeba v daném případě analogicky použít.²¹⁾

Podobně argumentoval v případě, kdy byl postaven před potřebu určení lhůty pro rozhodnutí o námitkách podle zákona o správě daní a poplatků. Protože v této úpravě chyběla, bylo třeba sáhnout k *analogii iuris*, což nabízelo použití správního řádu, avšak tento zákon jeho aplikaci na danou oblast výslovně vylučoval. Nejvyšší správní soud nicméně dovodil, že daňové řízení je správní řízení *sui generis* a je tedy třeba uplatnit obecné právní zásady správního práva procesního, které plynou z § 49 správního řádu z roku 1967, podle něhož se má rozhodnout bezodkladně, nejdéle pak do 30 dnů, což odpovídá požadavku spravedlivé rovnováhy mezi zájmem na výběru daní na straně jedné a ochrany práv daňového subjektu na straně druhé. Zdůraznil, že právo nelze vykládat tak, že by správní orgán měl ničím neomezenou dobu pro vydání rozhodnutí, právě naopak, analogie musí sloužit k ochraně práv účastníka řízení.²²⁾

Analogie je vždy chápána až jako *ultima ratio* a mělo by se k ní sáhnout jen v nezbytných případech, protože přináší právní nejistotu, již vzhledem k tomu, že v sobě obsahuje subjektivní hodnocení, nicméně přes tento nedostatek je to vždy lepší, než kdyby došlo k odmítnutí spravedlnosti. V extrémním pojmání se dokonce hovoří o popření právní jistoty a udržitelnosti práva jako systému.²³⁾ Pokud by se však od analogie s poukazem na tento argument upustilo, znamenalo by to, že některá záležitost by vůbec nemohla být řešena, což je v právním státě vyloučeno. Navíc existují mechanismy, jak tuto nejistotu zeslabit, zejména v podobě rozhodovací praxe správních orgánů a konstantní judikatury. Jakkoli je řešení

²⁰⁾ KHŮN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*, Karolinum, Praha 2002, s. 206-207; k pou- žití axiologie se vyslovuje disent J. Musíla k nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 27/09.

²¹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 17/2009-107.

²²⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 2/2005-42.

²³⁾ HAVEL, B. Poznámky k přípustnosti analogie ve veřejném právu, *Právník* č. 2/2003, s. 148.

prostřednictvím analogie vždy jen *ad hoc*, nemůže být každé řešení obdobné situace rozdílné, protože by to odporovalo principu předvídatelnosti práva. V tomto smyslu analogie nepochybně dotváří právo.²⁴⁾ V roce 1995 judikoval Vrchní soud v Praze (rozsudek č. j. 6 A 216/93-34), že v případě souběhu správních deliktů, je třeba při nedostatku právní úpravy postupovat analogicky podle § 12 odst. 1 zákona o přestupcích obsahující zásadu absorpční. Odsud se vyvinula judikatura i správní praxe trvale vyplňující mezeru ve zvláštních zákonech.

Důležité přitom je, aby správní orgán respektoval ducha právního řádu, čili výsledek jeho úvah musí být konzistentní a harmonický s celým právním řádem.²⁵⁾ Vyhovět tomuto požadavku nebývá jednoduché, protože ten, kdo právo aplikuje, je „jen člověkem“ a posouzení toho, odpovídá-li jeho postup opravdu uvedeným kritériím, je zase jen věcí jiných lidí, jakkoli vzdělaných a morálně vybavených odborníků. V úvahu nutno navíc třeba vzít fakt, že vše se děje v určité dynamice, která může před časem objektivní závěry relativizovat. To je důvodem k tomu, proč je tak požadováno, aby každý případ analogie byl zevrubně objasněn v odůvodnění, zejména odchyluje-li se rozhodnutí od dosavadní praxe.²⁶⁾

Více problémů a nejasností přitom přináší kazuistická úprava, již jen proto, že nemůže pamatovat na vše, a v praxi si vynucuje použití analogie. Tento závěr lze demonstrovat na tom, že v honbě za přesností interpretace, bezmála všechny právní předpisy obsahují úvodní „recitativ“, v němž jsou pro dané účely příslušné pojmy definovány, či vysvětlovány. Důsledkem je existence množství definic a explikací téhož pojmu, přičemž žádná z nich není univerzální, což ostatně normotvůrce ani nechce. Není pak zřejmé, čeho se přidržet v případě, že vznikne mezera. Východisko z této pasti leží v oblasti legislativně politické a technické, kdy bude třeba vyvažovat míru obecnosti a kazuističnosti. Známou skutečností přitom je, že menší počet jasných a stručných pravidel má větší naději na to, že budou respektována, aniž bude třeba složitých výkladů, včetně analogie.²⁷⁾

Předpokladem k použití analogie je obdobnost. Řešený případ může pouze z části, nikoli v podstatných rysech, vybočovat z mezí zákonné skutkové podstaty a aplikující orgán nepřihlíží k tomu, co řešení případu nevyhovuje. Z podobnos-

²⁴⁾ K tomu viz např. ALEXY, R. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford 1989, s. 277.

²⁵⁾ ŠTĚPÁN, J. *Logika a právo*. C. H. Beck, Praha 2001, s. 50 a následující; KHŮN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*, Karolinum, Praha 2002, s. 227.

²⁶⁾ Známy americký právní filozof R. Dworkin v této souvislosti konstatuje, že objektivita je těžko prokazatelná, protože závisí na dobových podmínkách (*A Matter of Principle*, Oxford University Press, 1985 s. 171 a následující); např. usnesení Ústavního soudu sp. z. IV. ÚS 317/03, rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Ads 26/2005-228.

²⁷⁾ ČEBIŠOVÁ, T. *K východiskům a principům nového správního řádu*, v *Nový správní řád*, ASPI. Praha 2005, s. 45; PRÁŠKOVÁ, H. *Základy odpovědnosti za správní delikty*, C. H. Beck, Praha 2013, s. 38.

ti, kterou poskytuje právní předpis, se aplikující orgán snaží nalézt normativní oporu s tím, že vyzvedává znaky společné, kdežto znaky rozdílné považuje za nepodstatné. Je pak samozřejmé, že tento postup vyžaduje abstraktnější chápání subsumpčních podmínek.²⁸⁾

Jedním z fenoménů ovládající aplikační praxi i jurisprudenci jsou právní principy. Ty nalézají svoje místo i při použití analogie.

Skutečnost, že existují právní principy, mající povahu pramene práva, je dnes všeobecně přijímána. Problém může vyvolat fakt, že tato vlastnost je přiznávána nejen principům, které jsou v něm přímo vyjádřené, ale i takovým, jež nejsou v žádném právním předpisu obsažené.²⁹⁾ To potvrdil Ústavní soud, když i s odkazem na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva pravil, že existují obecné zásady právní, jež sice nejsou v právních předpisech výslovně obsaženy, avšak v evropské právní kultuře se bezesbýtku uplatňují. V jiné souvislosti se vyslovil, že při výkladu a aplikaci právních předpisů nelze pomíjet jejich účel a smysl, který není možné hledat jen ve slovech a větech toho kterého předpisu, je v něm třeba vždy nalézat i principy uznávané demokratickými právními státy.³⁰⁾

Právní principy nepochybně tvoří uznávaný pramen práva. Jsou-li právní principy zakotvené v Ústavě či Listině základních práv a svobod či běžném zákoně (např. § 2-8 správního řádu) mohou sice vznikat výkladové, resp. interpretační problémy, ale existuje tu dostatečná míra právní jistoty. Problém však může nastat tam, kde dochází k „objevení“ principu nového. Vycházíme-li z výše zmíněného paradigmatu o apriorní existenci těchto principů, které jsou pouze konstatovány, pak si potíže nemusíme připouštět. V opačném případě budou vznikat otázky, pokud se týče právní jistoty, mimo jiné s ohledem na určení, kdy se již jedná o právní princip, zřejmě tak bude od chvíle, kdy se na něj trvale odkazuje judikatura. Zásadně však musí být odmítnuta možnost *denegatio iuris (iustitiae)*, což je také jeden ze základních principů právního státu, a tak jejich uplatnění bude na místě také v případě tzv. nových principů, jakkoli jsou mnohdy neostře a mohou si i protirečit. Pro jejich použití hovoří i argument velmi praktický: na právní principy je odkazováno v judikatuře zejména nejvyšších soudů, resp. Ústavního soudu a také mezinárodních tribunálů. Ostatně jsou to právě tyto soudy, které se na formulování právních principů podílejí v prvé řadě.³¹⁾

²⁸⁾ WEINBERGER, O. *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*, MU, Brno 1995, s. 175.

²⁹⁾ Srovnej např. DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, E. *Les grandes systemes de droit contereprains*, Dalloz, Paris 1988, s. 164 a následující a HEINOLD, A. *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*, Duncker & Humblot, Berlin 2001.

³⁰⁾ Např. náleží Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 350/03, Pl. ÚS 33/97 a III. ÚS 3645/10; ve francouzské literatuře se hovoří o závaznosti „par nature“ (RIVERO, J., WALINE, J. *Droit administratif*, Dalloz, Paris 2002, s. 45).

³¹⁾ Jen pro příklad viz např. usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 1142/10, usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 2379/12 a usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 1957/12. Zevrubně

Všude, kde je zmínka o analogii, nalézáme její členění na analogii zákona (*analogia legis*) a analogii práva (*analogia iuris*).

Analogie zákona je chápána jako proces, kdy na základě logických závěrů, které jsou dosaženy běžnými deduktivními i induktivními metodami, je vyvozeno obecné pravidlo, které dopadá na řešený případ, a od něho je samotný případ řešen. Podmínkou je, že skutková podstata, která má být řešena, se neliší v zásadních rysech od případů výslovně regulovaných. Nejvyšší správní soud ji vymezil tak, že tam, kde chybí právní úprava, lze pro výklad právní úpravy či pojmu podpůrně užít zákonného ustanovení svou povahou a účelem nejbližšího.³²⁾

Analogie iuris je postupem, při němž, s ohledem na absenci normy, která by upravovala obdobné vztahy, je věc řešena podle principů právního odvětví či dokonce obecných principů celého právního řádu.³³⁾ Nejvyšší správní soud konstatoval, že přípustnost *analogie iuris* plyne z obecné potřeby řešit případ obviněného ze správního deliktu v jeho prospěch analogií s trestním právem všude, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání nejsou výslovně upraveny základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv přestupku či správního deliktu. Obdobně judikoval za pomoci výkladu historického a s ohledem na vyloučení neposkytnutí spravedlnosti ve věci použití zákona o sociálním zabezpečení (zák. č. 100/1988 Sb.) na jiné předpisy, které se týkají sociálních práv, v daném případě na řešení otázek sociální potřeby. Jako třetí příklad využití *analogie iuris* lze zmínit uplatnění materiálního korektivu obsaženého v zákoně o přestupcích na jiný správní delikt fyzické osoby s poukazem na to, že „nemožnost posouzení materiální stránky správního deliktu by byla rovněž v rozporu s požadavkem spravedlivé rovnováhy mezi ochranou zájmů společnosti a imperativem ochrany základních práv a svobod jednotlivců“. Pokud ovšem dotyčný dosáhl svého práva postupem podle jiného právního předpisu, není již *analogie iuris* pro jeho řešení vůbec na místě.³⁴⁾

V případě *analogie legis* je ustanovení konkrétní normy aplikováno i na případy, které pod její dikci výslovně nespádají, nicméně mají, a to alespoň v podstatných směrech, společnou teleologii, čili zde existuje pevný bod v právní úpravě.

Naproti tomu *analogie iuris* má místo v situaci, kdy neexistuje žádné ustanovení,

k této problematice viz např. HOLLÄNDER, P. K pojmu prameňov práva, *Právnik* č. 12/1985, ŠÁMAL, P. *Základní zásady trestního řízení v demokratickém systému*, ASPI, Praha 1999, GAUDEMONT, Y. *Traité droit administratif*. Tom 1 Droit administratif général, L. G. D. J., Paris, 2001, s. 5-6.

³²⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 141/2007-87.

³³⁾ ČAPEK, J. Interpretace práva, in BOGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. *Teorie práva*, ASPI, Praha 2003, s. 154.

³⁴⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 60/2008-114, č. j. 6 Ads 30/2008-63, Afs 27/2008- 49 a 4 Ads 122/2006-61.

pod nějž by bylo možno konkrétní případ subsumovat, přičemž tu nejde o zamýšlenou mezeru v právu. Řešení je pak konstruováno buď na základě využití právních principů nebo hledání aplikace v rámci celého právního řádu takového zákona, který je co do svojí povahy nejbližší, na řešenou skutkovou podstatu. Nelze však akceptovat závěr, že, na rozdíl od předchozího postupu, zde žádný pevný bod nenalezneme.³⁵⁾ Takový pilot totiž představuje právě některý z právních principů případně obecných zásad daného odvětví nebo nejbližše podobný zákon a opačné chápání by znamenalo, že soud je kladen na stejnou úroveň jako zákonodárce, čemuž tak nepochybně v kontinentálně-evropském pojetí není, nebo by se dokonce otevírala brána libovůli.

Nejvyšší správní soud hledal takové řešení v souvislosti s otázkou, co je to líh pro účely zákona o spotřebních daních, který legální definici ani explikaci neobsahuje. Svůj závěr opřel o požadavek dodržování jednotnosti právního řádu, kterou je nutno respektovat i v rovině právního jazyka, kde je kromě jiného spjata s konstantností významů přisuzovaných jazykovým výrazům.³⁶⁾ Dovodil dále, že za situace, kdy v zákoně o spotřebních daních příslušná úprava absentuje a z ničeho nelze vyloučit použití vymezení pojmu ze zákona o lihu, je třeba *per analogiam iuris* vycházet z posléze zmíněného zákona. Ke svému závěru použil též historický výklad, když poukázal na to, že zákonodárce vědomě vypustil ze zákona o spotřebních daních definici lihu, a to právě s poukazem na fakt, že existuje v § 2 odst. 1 zákona o lihu (zák. č. 61/1997 Sb.), takže zde ho není třeba.³⁷⁾

Obdobný problém vyvstal v případech, kdy bylo nutno se vypořádat s možností použití ustanovení správního řádu o dokazování při rozhodování o uložení kázeňského trestu příslušníku Policie České republiky podle zák. č. 186/1992 Sb., o služebním poměru příslušníků Policie České republiky. Na jedné straně zde stála skutečnost, že působnost správního řádu z roku 1967 byla jeho ustanovením § 2 písm. a) vyloučena ohledně postupů, v nichž správní orgány rozhodují o právních poměrech organizací, pracovníků nebo funkcionářů, jestliže tyto poměry souvisejí s jejich podřízeností orgánu, který o věci rozhoduje. S ohledem na skutečnost, že úprava služebního zákona byla shledána jako kusá zejména ohledně dokazování, dovodil Nejvyšší správní soud, že *per analogiam iuris* je nutno postupovat podle správního řádu, a to i s využitím obecných zásad správního řízení, které výslovně označil jako právně závazné. Takový přístup odpovídá požadavku ochrany práv účastníka řízení garantující jeho ústavní právo na soudní a jinou ochranu.³⁸⁾

³⁵⁾ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace.*, C. H. Beck, Praha 2010, s. 241-243; HANUŠ, L. *Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice.*, C. H. Beck, Praha 2008, s. 13.

³⁶⁾ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 124/96.

³⁷⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 12/2004-57.

³⁸⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 16/2007-110 a č. j. 8 As 46/2005-70.

Nejvyšší správní soud konstatoval, že *analogii iuris*, kdy lze aplikovat právní zásady příslušného právního odvětví, případně dokonce obecné právní zásady, lze použít pouze za předpokladu, že není možné postupovat prostřednictvím *analogie legis*. V jiném případě pravil, že argument *per analogiam legis*, která spočívá v tom, že se na skutkovou podstatu konkrétním zákonem neřešenou vztáhne analogicky ustanovení tohoto zákona upravujícího skutkovou podstatu podobnou, *per analogiam iuris* tedy vztáhnutí analogického ustanovení zákona co do povahy nejbližšího, a to v rámci celého právního řádu, na předmětnou skutkovou podstatu je možno použít pouze tehdy, pokud postup argumentem *per analogiam legis* úspěšný nebyl.³⁹⁾

Zvláštním případem je tzv. legislativní zkratka, která má sloužit k zjednodušení postupu aplikujících orgánů. Jde tu o příkaz k analogii či nikoli? Důležité je, že odkaz musí být přinejmenším latentní. Nejvyšší správní soud neshledal takový odkaz v souvislosti s rozhodováním o zrušení rybářského revíru, kde stěžovatel tvrdil, že je třeba postupovat analogicky podle § 139 odst. 2 občanského zákoníku, který řeší režim hospodaření se společnou věcí. Zde vyšel z premisy, že výkon rybářského práva v rybářském revíru není vztahem vlastníků či spoluvlastníků, ale veřejnoprávním oprávněním, jehož prostřednictvím stát přispívá k ochraně veřejných zájmů. Uzavřel, že právě s ohledem na zájem veřejnosti na ochraně ryb, coby složky životního prostředí, nemůže být v řízení o zrušení rybářského revíru na žádost osob uvedených v § 4 odst. 3 písm. b) rybářského zákona č. 99/2004 Sb. použit občanskoprávní způsob nakládání se spoluvlastnictvím. V jiné souvislosti dovodil, že pro daňové řízení, jež spadá do oblasti veřejného práva, je rozhodující vymezení stavby, tak jak ji definují normy veřejného práva, tedy § 7 odst. 1 zákona o dani z nemovitostí. Občanskoprávní hledisko v důsledku uvedené veřejnoprávní úpravy není pro posouzení vzniku daňové povinnosti relevantní a použití z této oblasti práva na daný případ nedopadají a jejich analogická aplikace není namístě.⁴⁰⁾

Tak by tomu mohlo být pouze v případě i jen latentního odkazu. Již před více než 80 roky bylo v této souvislosti konstatováno, že právě takové odkazy dávají značně bezbřehé možnosti jak správním orgánům, tak judikatuře. Limitem je i zde příkaz, aby takový odkaz nebyl vykládán k tíži účastníka řízení, již jen proto, že každý má právo, aby svoje chování přizpůsobil zákonu.⁴¹⁾

Případem latentního odkazu je ustanovení § 141 odst. 10 správního řádu, kde je řešena otázka náhrady újmy vzniklé v důsledku požádání o předběžné opatření

³⁹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 4 As 47/2011-111, rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 20 Cdo 1662/2005.

⁴⁰⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 50/2010-102, usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. 5 AfS 120/2005-44.

⁴¹⁾ HOETZEL, J. *Československé správní právo. Část všeobecná.*, Melantrich, Praha 1934, s. 60.

ve sporném řízení. Vzhledem k tomu, že zde úprava chybí, je třeba analogicky uplatnit, co do promlčecí doby ustanovení občanského zákoníku, tj. právo je třeba uplatnit v subjektivní lhůtě dvou let, resp. v objektivní lhůtě tří či deseti let, či tří let (§ 629 občanského zákoníku z roku 1964).⁴²⁾

Výslovných odkazů můžeme nalézt v právním řádu celou řadu. Např. podle § 38 odst. 3 a § 39 odst. 11 zákona o elektronických komunikacích (zák. č. 127/2005 Sb.), má být na výběrové řízení poskytovatele univerzální služby použita ustanovení o obchodní veřejné soutěži.⁴³⁾ Jiným příkladem je § 119 zákona o Policii České republiky (zák. č. 273/2008 Sb., ve znění pozdějších předpisů), podle něhož se má určit opatření týkající se majetku, s nímž jsou jednotlivá krajská ředitelství příslušná hospodařit, obdobně podle zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů.

Důležité je, jaké formulace právní předpis používá: tam, kde se vyskytuje termín „obdobně“, je jasné, že mají být vyvozeny stejné následky, jako je tomu v případech, na které je odkazováno, jestliže si normotvůrce přeje, aby byly dovozeny pouze některé skutečnosti, vyjadřuje to výrazem „přiměřeně“.

Odkazem však nejsou tzv. deklaratorní ustanovení zákona stanovující, na které vztahy je třeba zákon použít (např. předpisy v oblasti sociálního zabezpečení a důchodového pojištění). Jde o taxativní výčty, kde nelze konstatovat normativní mezeru a na základě analogie okruh takto určených vztahů zužovat, ale ani rozšiřovat. Docházelo by tím i ke změnám v zákonném vymezení pravomocí správních orgánů, což odporuje ústavním kautelám určujícím zákonné zmocnění k výkonu dané pravomoci. Ostatně taxativní výčty jsou považovány za překážku k analogii, protože tu není možno shledat mezeru.⁴⁴⁾

Pokyny zákona nejsou formulovány jednotně, někde jsou strohé, jinde je doprovází termíny „přiměřeně“, „obdobně“, „povaha věci“, případně i jejich kombinace. Není zřejmé, kdy jejich použitím zákonodárce sledoval nějaký účel nebo kdy jde o nahodilost. S jistotou nelze říci, nakolik tu hraje roli obava před přílišnou rigorózností úpravy a snaha po otevření širšího pole pro tvůrčí činnost soudů a správních orgánů, které tak mají přihlédnout k odchýlkám danými povahou věci a navíc se vyrovnat s neurčitými pojmy. Pro aplikační praxi je tím vždy dán pokyn, aby se použití analogie věnovala v odůvodnění rozhodnutí.

Kdysi jednoznačně přijímaný dualismus práva soukromého a veřejného dostal

⁴²⁾ JEMELKA, L., PONDĚLÍČKOVÁ, K., BOHADLO, D. *Správní řád. Komentář*, C. H. Beck, Praha 2011, s. 520.

⁴³⁾ Zákon tu odkazuje na obchodní zákoník, nicméně režim zde bude podroben § 1772 a násl. nového občanského zákoníku.

⁴⁴⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Ads 117/2011-58, usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 2890/09.

již před řadou let značné trhliny, nicméně uznáme-li, že jistá dichotomie existuje, je zřejmé, že v oblasti práva soukromého je analogie akceptována, kdežto v právu veřejném je patrná ostražitost, někdy je i zcela odmítána.⁴⁵⁾

Obecné východisko pro vyloučení analogie je třeba hledat v článku 2 odst. 3 a 4 Ústavy, resp. článku 2 odst. 2 a 3 Listiny základních práv a svobod garantujících svobodu občanů a svazující veřejnou moc rámcem, který představuje zákon, což představuje jeden z úhelných kamenů právního státu. To zdůraznil Nejvyšší správní soud, když rozhodoval o otázce existence honebních společenství na základě řízení podle § 20 a § 69 zákona o myslivosti, kdy dospěl k závěru, že toto řízení vůbec nemělo být zahájeno, bez ohledu na to, že o to účastník řízení požádal, protože společenství vzniká za splněných podmínek *ex lege*. Připomněl, že veřejná moc může být uplatňována pouze na základě zákona, což se týká zejména ukládání povinností, a vyloučil možnost extenzivního výkladu či dokonce analogie, pokud se ve správním právu ukládá účastníkovi povinnost, jejíž nesplnění jde na jeho úkor.⁴⁶⁾

Není tedy přípustné určovat pomocí analogie rozsah pravomoci a působnosti orgánů veřejné moci, protože veřejnou moc může orgán veřejné moci vykonávat pouze v oblasti své zákonem stanovené působnosti a právních prostředků. Vymezení veřejnoprávních pretenzí správních orgánů musí být zákonem stanoveno enumerativně a chybí-li, nemůže si ji tento orgán rozšiřovat na základě analogie. Tento požadavek rozvolňuje judikatura Ústavního soudu rozlišující mezi formálním a materiálním vymezením pravomoci a působností, které shledává v jasném a předvídatelném účelu, jímž byly tyto správnímu orgánu svěřeny.⁴⁷⁾ Jakkoli lze přisvědčit vhodnosti materiálního chápání, je nutno tam, kde se jedná o určení pravomoci a působnosti orgánu veřejné moci, být opatrný, protože jinak může být dotčena právní jistota, předvídatelnost práva i jiné principy právního státu.

Tento zákaz neplatí jen tam, kdy jsou takto stanoveny povinnosti či omezována práva, ale i v případech, kde by účastníkovi bylo právo přiznáváno. Mám za to, že pokud by snad bylo na základě takto použité analogie vydáno rozhodnutí, bylo by nicotné, protože ho vydal orgán, který není vůbec věcně příslušný.⁴⁸⁾

⁴⁵⁾ Velmi omezený prostor v oblasti správního práva přiznává analogii P. PRŮCHA (*Správní právo. Obecná část.*, Vydavatelství Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Brno-Plzeň 2P12, s. 116-117.

⁴⁶⁾ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 49/2006-87, rozsudek č. j. 2 As 49/2006-86 a rozsudek č. j. 4 As 91/2006-83 a náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 17/98.

⁴⁷⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 43/2006-40 a č. j. 8 As 53/2008-98; o vyloučení analogie se lze spíše ovšem mezi řádky dočíst v jedné z prvních, dnes již pozapomenuté soustavnější práci z oblasti správního práva ČÍŽEK, K. *Obrys řízení správního*, Jindř. Mercyho sklad v Praze, Praha 1888, s. 154 a následující; náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 1849/08.

⁴⁸⁾ Zevrubněji k tomu viz MATES, P. Nicotná rozhodnutí v novém správním řádu, *Právní rádce* č. 1/2005, s. 48-50.

Obecně není možno použití analogie tam, kde existuje tzv. negativní norma, která ji, *per se* vylučuje. Pro oblast správního práva ji představuje např. § 2 zákona o přestupcích, obsahující legální definici tohoto správního deliktu, podle níž může být stíháno pouze takové jednání, které je za přestupek výslovně označeno v zákoně o přestupcích či jiném zákoně. Tato naprosto jasná uzavírací klauzule, plynoucí z principu *nullum crimen sine lege*, obsaženého v článku 39 Listiny základních práv a svobod, tak nepřipouští, aby jiné jednání bylo obdobně označeno za přestupek. Další zákony upravující správní delikty takové omezení výslovně neobsahují, nicméně již prvorepublikový nejvyšší správní soud konstantně judikoval tak, že je-li omezována svoboda jednotlivce nebo jsou mu ukládány povinnosti, je nutno příslušné předpisy vykládat přesně a nelze žádným způsobem, tedy včetně analogie, rozšiřovat je. Nejvyšší správní soud opět ve věci existence honebního společenství jako argument pro vyhovění kasační stížnosti uvedl, že skutečnost, že analogie jdoucí ve svém důsledku k tíži účastníka správního řízení, je důvodem její nepřipustnosti a nezákonnosti použití.⁴⁹⁾

Příkladem negativní normy je také ustanovení článku 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod, podle něhož lze daně a poplatky ukládat jen na základě zákona. Vzhledem k tomu jsou ústavně neobhajitelná zavedení jakékoli veřejné platby uvedeného druhu, argumentovaná tvrzením, že tyto platby mají povahu *sui generis* a jsou analogií těch, které určují zvláštní zákony.

Specifická situace je u tzv. bezprostředních zásahů, faktických pokynů a obdobných úkonů, které jsou realizovány na základě požadavku legality, ale současně vesměs v rámci tzv. všeobecné autorizační doložky, vzhledem k tomu, že speciální zmocnění obvykle není s to pokrýt celou rozmanitost možných situací, s nimiž se mohou správní úřady a zejména veřejné sbory setkat a které jsou povolány řešit. Přitom taková obecná zmocnění jsou podkladem k jednání veřejných sborů také v případech, kdy neexistuje speciální zmocnění pro jiné orgány veřejné moci.⁵⁰⁾ Nicméně právě zde je třeba trvat na tom, že právní úprava nemůže vykazovat mezery. Lze tu hovořit o nezbytnosti výkladu neurčitých pojmů (např. bezpečnost, aktivní odpor či bezprostřední hrozba), použití příslušných nástrojů výkladu práva (např. *a maior ad minus*) nebo o diskreci, ale nikoli analogii. Vylučuje to sama povaha bezprostředního zásahu, který lze realizovat právě jen v určitém, byť i nutně ve volně formulovaném, právním rámci.

Negativní norma nesmí vést ke strnulosti práva, které musí reagovat na dynamiku měnících se společenských poměrů. Nelze proto vyloučit, že i v jejím

⁴⁹⁾ HÁCHA, E. *Analogie, Slovník veřejného práva československého*, Svazek I., Eurolex Bohemia (reprint), Praha 2000, s. 66; rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 29/2007-66.

⁵⁰⁾ HOETZEL, J. *Československé správní právo. Část všeobecná*, Melantrich, Praha 1934, s. 15-16; náleží Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 639/2000; obecně k otázce legality v činnosti orgánů veřejné moci viz např. BRAIBANT, G., STIRN, B. *Droit administratif français*, Dalloz, Paris 2002, s. 229 a následující.

rozsahu se budou vyskytovat situace, které si vynutí použití analogie i v oblasti správního trestání. Limitem zde je ovšem vždy nezbytnost zachování základních institutů odpovědnosti, jakými je zavinění, deliktní způsobilost subjektu, vůči němuž je dovozována odpovědnost, zákaz retroaktivity a také požadavek, že analogie je přípustná pouze ve prospěch účastníka řízení.⁵¹⁾

V právním řádu lze výjimečně nalézt i případy, kdy zákon zmocňuje správní orgán k ukládání povinností, ale okruh prostředků, které mu dává k dispozici, stanoví pouze demonstrativně. Příkladem tu byl zák. č. 591/1992 Sb., o cenných papírech, ve znění pozdějších předpisů, který v původním znění § 86 odst. 1 příkladmo stanovil, jakými opatřeními k nápravě Ministerstvo financí disponuje, takže se tím otevřela cesta k použití i těch, které v zákoně uvedeny nebyly. Je třeba říci, že Nejvyšší správní soud se s touto nevhodnou právní regulací vypořádal skutečně elegantně: „Výčet (sc. opatření k nápravě) má sice demonstrativní (otevřenou) povahu a lze tedy použít i jiná opatření k nápravě než ty, které vypočítává zákon o cenných papírech. Na druhou stranu při výkladu příkladných výpočtů je třeba vždy použít i jeden ze zvláštních argumentů právní logiky, a sice argument *per analogiam* (*a simili*). Jestliže zákon stanoví, že určité pravidlo platí „zejména“ o nějakém prvku A, B, C a D, pak to samé platí i o v zákoně výslovně neuvedených prvcích E, F až X, ovšem za předpokladu, že jsou prvkům A, B, C a D podobné (srov. Knapp, V.: *Teorie práva*. C. H. Beck, 1995, s. 173). Jestliže tedy demonstrativně vypočtená opatření k nápravě mají povahu zákazů určitého chování (*non facere*), pak z dalších, výslovně neuvedených, nápravných prostředků budou přípustné jenom ty, které mají obdobnou povahu. Povinnost uhradit někomu určitou peněžní částku je povinností někomu něco splnit (*facere*) a demonstrativnímu výčtu nápravných prostředků podle zákona o cenných papírech se tedy vymyká“.⁵²⁾

Na opačném pólu stojí taxativní výčet hypotézy, který lze shrnout tak, že podmínky, za nichž má být norma uplatněna, jsou dány konkrétně. Na první pohled by se zdálo, že zde místo pro obdobu není, jestliže k němu budeme přistupovat v širších souvislostech, jakožto součásti právního řádu, můžeme nalézt teleologické argumenty k tomu, aby byla i zde použita analogie, jakkoli to bude situace spíše výjimečná.⁵³⁾

Analogie není možná tam, kde se speciálním ustanovením zákona odnímá určité právo či se toto zužuje. Jestliže stavební zákon z roku 1976 nepřiznával v § 59 odst. 4 postavení účastníka stavebního řízení nájemci bytů a nebytových prostor, usoudil Nejvyšší správní soud, že není možno na základě obdoby řadit do této skupiny také jiné, explicitně neuvedené, osoby, protože by tak byly, v roz-

⁵¹⁾ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 645/08 a sp. zn. IV. ÚS 813/08.

⁵²⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5A 69/2001-87.

⁵³⁾ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, C. H. Beck, Praha 2010, s. 245.

poru s Ústavou, zkráceny na svých právech. Tím spíše nelze za použití analogie rozšiřovat okruh subjektů, jímž je zákonem ukládána povinnost. Proto odmítl Městský soud v Praze a následně i Nejvyšší správní soud zařadit na základě obdoby mezi tzv. třetí osoby, které byly účastny na daňovém řízení (§ 7 odst. 2 zákona o správě daní a poplatků), jež stihá povinnost mlčenlivosti, také daňové poradce. Z odůvodnění obou rozsudků lze vyčíst závěr, že okruh povinných subjektů, tak jak jej vymezuje zákon, musí být určen přesně a nejasnou dikcí nelze *per analogiam* zatěžovat ukládáním povinností osoby do tohoto okruhu nezařazené.⁵⁴⁾

Platí dále, že existuje-li speciální režim, nepřichází v úvahu dovolávat se na základě analogie obecné úpravy, a to ani ve prospěch účastníka řízení. Došlo-li tedy např. k omezení vlastnického práva ve veřejném zájmu, za náhradu a na základě zákona, není přípustné domáhat opakujících se plnění, obdobně jak je tomu u nájemní smlouvy, protože omezení vlastnického práva plyne v daném případě z předpisů veřejnoprávních, byť má svoje soukromoprávní dopady, a představuje samostatnou úpravu, odlišnou od obecných institutů upravujících vlastnické právo.⁵⁵⁾

Zásadním požadavkem pro připuštění analogie ve veřejném právu je, že se tak děje ve prospěch účastníka řízení a rozhodně nemohou být chráněna práva silnějšího subjektu správněprávního vztahu, tedy správního úřadu. Tak se výslovně vyjádřil Ústavní soud, když dovodil, že analogii ve správním řízení lze připustit pouze v omezeném rámci, za účelem vyplňování mezer procesní úpravy a dále pouze ve prospěch ochrany práv účastníků správního řízení. Tento závěr platí podle jeho judikatury pro celou oblast veřejného práva. S poukazem na tento argument odmítly správní soudy použití analogie k vykrytí mezery v zákoně o správě daní a poplatků k podání námitek v souvislosti s daňovou kontrolou, byť v nastalé situaci se otevřela možnost používat tento opravný prostředek bez každého časového limitu.⁵⁶⁾

Zákaz analogie v neprospěch účastníka je rezolutněji dán tam, kde je právní úprava nedokonalá, nepřesná a umožňující více výkladů. Jestliže zákonodárce při řešení regulace daňové povinnosti selhal a vytvořil mezerovitý předpis, není možno důsledky takového pochybení řešit analogií k tíži plátce daně, ale naopak v neprospěch státu, jehož orgány musí respektovat zásadu určitosti

⁵⁴⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 107/2006-74; *mutatis mutandis* o platí i pro přezkoumávání správních rozhodnutí soudy, kde je třeba dát možnost co nejširšího prostoru pro uplatnění opravných prostředků (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 22/2011-71).

⁵⁵⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 25/2007-123 a č. j. 3 Ads 33/2004-84, usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 646/06; F. Melzer ovšem argumentuje pro oblast práva soukromého tak, že analogie je i zde přípustná (MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, C. H. Beck, Praha 2010, s. 247).

⁵⁶⁾ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 21/04; rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Aps 2/2006-55 a č. j. 3 Aps 2/2006-71.

a jasnosti právních předpisů. Platí zde, že chybí-li v určitém okamžiku vymezení určitého institutu (v daňovém právu např. prodej, či výroba), který dříve byl definován a po rozhodném období vymezen znovu, nelze pro dobu, kdy tu třeba na krátkou dobu existovala mezera, používat analogii, která by vyzněla k tíži účastníka.⁵⁷⁾

Vadný je i postup, kdy analogie má být využita ve prospěch účastníka, ale nestalo se tak, v důsledku čehož došlo ke zkrácení jeho práv. Je-li tedy použití analogie na místě, musí k ní správní orgán sáhnout, jinak by byl jeho postup nezákonný.⁵⁸⁾

Bylo již zmíněno, že analogií ve prospěch účastníka řízení nemůže být překročen požadavek zákonného zmocnění k realizaci pravomoci a působnosti orgánu veřejné moci.

Ani prospěch účastníka nemůže být legálním důvodem k použití analogie, kde k tomu chybí další zásadní podmínka, tedy mezera v právu. Jakkoli považoval pachatel tzv. smíšeného deliktu, že je nespravedlivé, když za přestupek lze uložit napomenutí, které v podstatě nemá žádné negativní důsledky, zatímco v jeho případě nikoli, analogii zde soudy vyloučily s poukazem na to, že úprava druhů sankcí musí být taxativní a zásada *nulla poena sine lege* platí i zde.⁵⁹⁾

Je analogie plným nebo jen částečným nástrojem pochopení práva? Jestliže se v judikatuře objevuje spojení „je tedy nutné částečně použít *per analogiam*“, zdá se, že by obdoba mohla platit i jen v určitém rozsahu.⁶⁰⁾ To však není možné, protože buď je na místě vůbec nebo ji nelze přijmout, *tertium non datur*. Řešení, které v tomto případě naznačuje judikatura, není přijatelné, protože odporuje zásadám výkladu práva a vytváří stav právní nejistoty.

V některých případech je analogie judikaturou vylučována poukazem na to, že s ní zákon výslovně nepočítá. Tato argumentace nemůže být chápána tak, že by k použití analogie muselo existovat výslovné zákonné zmocnění, protože pak by v mnoha případech, kde má být použita (např. u zakrytých nebo teleologických mezer) vůbec nemohla být použita. Přesnější by bylo hovořit o tom, že k ní nejsou dány podmínky, například proto, že výčet předpokladů k získání určitého oprávnění je zcela jednoznačný, bezmezerovitý (tak tomu bylo v případě řešení nároku podle tzv. rehabilitačního zákona, zák. č. 261/2001 Sb., kdy nebyla shledána mož-

⁵⁷⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 178/2005-72, č. j. 2 Afs 24/2005-44 a č. j. 5 Afs 65/2007-61.

⁵⁸⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 66/2007-59.

⁵⁹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 Ads 53/2011-71; totéž platí i o ochranných opatřeních; BOHADLO, D., POTĚŠIL, L., POTMĚŠIL, J. *Správní trestání z hlediska praxe a judikatury*, C. H. Beck, Praha 2013, s. 48-49.

⁶⁰⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soud č. j. 6 A 93/2000-69.

nost na základě analogie dovodit, že občanství Evropské unie se rovná i občanství České republiky).⁶¹⁾

Jinde se můžeme setkat s ještě rezolutnějším negativním závěrem, který je vyjádřen dikcí, podle níž nepřipouští-li zákon možnost užití analogie, nelze užití definice obsažené v jiném předpise a z naplnění či nenaplnění jejího obsahu usuzovat na určité oprávnění. Otázkou pak je, podle čeho postupovat, ale zejména, zda takové omezení nepostrádá smysl, a to ještě navíc za situace, kdy zmíněný zákon není formulován jednoznačně, přičemž sám žádné takové vymezení neobsahuje. Naopak nejen v tomto případě, ale obecně, by se mělo postupovat podle zmíněné zásady, že je-li analogie ku prospěchu účastníka řízení, mělo by se k ní sáhnout.⁶²⁾

V této souvislosti dlužno upozornit na dichotomii, která tu právě díky legálním definicím/explikacím vzniká. Na jedné straně stojí požadavek, aby právní řád byl chápán jako celek, ale současně nelze akceptovat závěr, že by kterákoli z těchto definic/explikací, byla použitelná univerzálně, což je ostatně dáno i dikcí „pro účely tohoto zákona se rozumí...“. Z toho pak plyne, že její aplikace na poměry regulované jiným předpisem, pokud je jeho účel jiný, není možná. Třebaže taková interpretace může být v mnoha případech hodnotným pomocným výkladovým hlediskem, nelze jej považovat za dogma, zejména tehdy, pokud by takto uplatněný formalistický přístup směřoval k popření účelu zákona, jenž má být aplikován. Nepochybně platí, že shledá-li tvůrce normy, že určitá legální definice/explikace se má vztahovat toliko na rozsah vztahů, které jsou jí regulovány, nelze ji obdobně použít v jiných souvislostech.⁶³⁾ Otázkou ovšem je, jak postupovat v případě, kdy jiný předpis takové legální vymezení neobsahuje. Jestliže by bylo zmíněné stanovisko důsledně akceptováno, musel by aplikující orgán použít jiné metody, aby takto nastalou mezeru vyplnil a výsledek by z pohledu praxe byl stejný.

Rezervované postoje jsou zastávány, pokud se týče analogického použití institutů správního práva, s úpravou soukromoprávní, byť může být, co do svého označení, shodná. Východiskem je zde pojmání vztahu soukromého a veřejného práva jako obecného a zvláštního práva, čímž je na jedné straně dána možnost obě sféry odlišit, ale současně použít i ve veřejném právu normy práva soukromého tam, kde nelze dospět k závěru, že by neúplnost veřejnoprávní úpravy byla záměrem zákonodárce a měla svoje racionální odůvodnění.⁶⁴⁾

⁶¹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 Ads 75/2009-3 a č. j. 5 Afs 167/2006-82, rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 12 Cad 20/2007-I; FENYK, J., HÁJEK, R. Několik poznámek k podmínkám použití výkladu a analogie při rozhodování o odnětí a přikázání věci podle § 25 TrŘ v přípravném řízení trestním, *Trestněprávní revue č. 11/2007*, s. 311.

⁶²⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 152/2004-55.

⁶³⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. As 69/2007-92, usnesení Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 124/96.

⁶⁴⁾ Viz k tomu např. MAURER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, München 2004, s. 47 a následující.

Jako příklad lze uvést ručení podle daňového řádu (§ 171-172 zákona) a ručitele za závazek podle občanského zákoníku. Postavení ručitelů je v obou případech odlišné, již jen tím, že v oblasti daňového práva vzniká takové postavení ze zákona, v oblasti soukromoprávní se tak děje projevem vůle. Podobně se vyjádřil Ústavní soud ve věci započtení v oblasti daní, kde neshledal možnost analogického použití občanského zákoníku.⁶⁵⁾

Možnost užití analogie není připouštěna též ohledně pracovního a služebního poměru a s nimi souvisejícími konsekvencemi, ledaže by ji zákon výslovně povoloval. V prvním případě se totiž jedná o vztahy horizontální, postavené na rovnosti jejich účastníků, kdežto u služebního poměru jde o jednostranné vrchnostenské rozhodování.⁶⁶⁾

Na druhé straně nelze použití obdoby institucí soukromého práva v právu veřejném zcela vyloučit. Příkladem v tomto směru je § 170 správního řádu, odkazující ohledně veřejnoprávních smluv na obdobné užití příslušných ustanovení občanského zákoníku.⁶⁷⁾ Dále je to např. vyhláška č. 10/2000 Sb., o srážkách z odměny osob, které jsou ve výkonu trestu odnětí svobody zaměstnány, o výkonu rozhodnutí srážkami z odměny těchto osob a chovanců zvláštních výchovných zařízení a o úhradě dalších nákladů, ve znění pozdějších předpisů, jejíž § 14 se dovolává ve specifických případech užití zvláštního právního předpisu, jímž je míněn občanský soudní řád. S ohledem na výjimečnost situace, je zde nutno trvat na výslovném zákonném zmocnění.

Analogie bývá vylučována také v situaci, kdy je úprava v poměru speciality a obecnosti, opět s výhradou, že by tak mohl zvláštní předpis výslovně stanovit.

Poměrně často se lze s použitím analogie, resp. s příkazem na ni setkat v souvislosti s procesním právem.

Má-li dojít k realizaci hmotného práva, k němuž chybí v procesních předpisech předpoklad, pak nemůže být právo aplikováno tak, aby v tom bylo bráněno tím spíše tam, kde jde o práva, která jsou zakotvena v Ústavě. Nerespektování těchto postupů by totiž mohlo vést k tomu, že bude narušena možnost ochrany těch práv, která na první pohled ani nepřicházejí v úvahu. Nebude-li např. aplikována *per analogiam* propadná lhůta, bude tím ve svých důsledcích poškozeno právo vlastnit majetek podle článku 11 Listiny základních práv a svobod, protože tu bude protiprávně vymáháno peněžité plnění.⁶⁸⁾ Povinností příslušného orgánu je

⁶⁵⁾ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 40/01.

⁶⁶⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 88/2006-62.

⁶⁷⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 100/2006-64.

⁶⁸⁾ Nález Ústavního soudu sp. zn. 1611/07. V tomto případě, s ohledem na výjimečnost, je ovšem nutno trvat na výslovném zákonném zmocnění.

hledat řešení, a to mimo jiné i za použití obdoby, při aplikaci obecných institutů správního práva. V praxi přichází nejčastěji v úvahu analogická aplikace správního řádu, a to i tam, kdy, jak bylo zmíněno, předpisy o daňovém řízení její použití dokonce výslovně zakazují. Judikatura však nevyklučuje ani použití příslušných institutů občanského soudního řádu. Toto řešení je v souladu s takovými požadavky právního státu, jakými jsou předvídatelnost práva a právní jistota. Je přitom samozřejmé, že i zde se předpokládá, že k tomu, aby bylo možno sáhnout k analogii, musí být seznána meze v právní úpravě. Těžko přitom vyhledat jinou mezeru než normativní.

Analogií lze překlenout pouze dílčí mezery (jako je např. nedostatek úpravy společného řízení, délky lhůty k podání opravného prostředku či prekluze práva), nikoli procesní úpravu komplexně.⁶⁹⁾

Jakkoli paradoxně může působit zjištění, že velmi často je analogie, a to zákona i práva, používána v oblasti správního trestání, ve skutečnosti je tomu tak a jde o nutný výsledek faktu, že tento subsystem správního práva nebyl přes desetiletí trvající úsilí kodifikován, s výjimkou přestupků.⁷⁰⁾ Vzhledem k tomu, že jsou zde ukládány povinnosti, které mohou mnohdy citelně postihnout účastníka řízení, je imperativ „jen ve prospěch“ v tomto případě obzvláště na místě. Setkat se lze i s pojetím, že použití analogie s trestním právem je povinností správního orgánu. Takovým případem je užití zásady *in dubio pro reo*, která jakkoli není v oblasti přestupkového, potažmo správního práva trestního vůbec obsažena, je nutno ji aplikovat podle obdoby s trestním právem, protože jinak by došlo k porušení zásady rovnosti, plynoucí z toho, že existuje pouze jedno veřejnoprávní trestání, které musí být ovládáno stejnými zásadami.⁷¹⁾

Obecným východiskem je i zde, že na řešení konkrétní situace nedává zákon odpověď a současně výklad nevede k újmě účastníka řízení, ale ani jiných hodnot, na jejichž ochraně existuje veřejný zájem. Samozřejmě, že lze doplňovat pouze dílčí instituty a nikoli úpravu v celém rozsahu.⁷²⁾ S tímto zdůvodněním se můžeme setkat snad v každém rozsudku, kde je pro použití obdoby argumentováno a nepředstavuje tedy nějakou „přidanou hodnotu“ k obecnému chápání analogie.

⁶⁹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 56/2010-136 a č. j. 7 Aps 3/2006-70.

⁷⁰⁾ Z bohaté judikatury viz rozsudky Evropského soudu pro lidská práva např. ve věci Öztürk versus Německo z roku 1984, Riepan versus Rakousko z roku 2000 nebo Sergey Zołotukhin versus Rusko z roku 2007 a jimi inspirované nálezy Ústavního soudu (např. sp. zn. Pl. ÚS 14/09 a II. ÚS 82/07) a rozsudky Nejvyššího správního soudu např. 4 As 2/2005-62, v nichž se zdůrazňuje, že ustanovení vztahující se k trestným činům je třeba obdobně použít i na přestupky, potažmo i jiné správní delikty. Podrobně k této problematice viz PRAŠKOVÁ, H. *Základy odpovědnosti za správní delikty*, C. H. Beck, Praha 2013.

⁷¹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 32/2008-55.

⁷²⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008- 67 a č. j. 2 As 70/2010-70.

Z konkrétních kauz, v nichž k jejímu užití došlo, plyne, že je nutno respektovat obecné principy postihu za veřejnoprávní delikty, jakými je *nulla poena sine lege* (nelze tedy použít např. sankce propadnutí věci, kde to zákon neumožňuje) či *per analogiam* rozšiřovat okruh osob, jimž lze uložit sankci, což plyne již z obecného vyloučení používat analogii k tíži účastníka řízení.⁷³⁾

Absence obecné části správního trestání má svoje důsledky v potřebě řešit zejména u deliktů právnických osob a tzv. smíšených deliktů navýsost praktické problémy. Některé je možno zvládnout „uvnitř“ správního práva použitím zákona o přestupcích, u dalších nutno sáhnout k právu trestnímu.

Do tohoto okruhu patří ukládání trestů při souběhu správních deliktů. Tento pojem, ač se např. v trestním zákoníku používá (např. § 43 odst. 1), je vymezen doktrinálně, nikoli legálně. Výslovné, byť neúplné řešení, tu obsahuje § 12 odst. 2 zákona o přestupcích, který se ovšem nevztahuje pouze na souběh, ale všechny případy, kdy se koná společné řízení.⁷⁴⁾ Zde se pak uplatňuje zásada absorpční, bez ohledu na to, jedná-li se o souběh jednočinný nebo vícečinný.

Jiným případem použití analogie je obsah enuciátu správního aktu, jímž je rozhodováno o správním deliktu. Na rozdíl od zákona o přestupcích, který obsahuje speciální úpravu náležitostí výroku, jímž byl obviněný uznán vinným (§ 77) a odpovídá tak požadavku, aby obsahoval náležitou identifikaci skutku, včetně místa, času a způsobu spáchání, resp. i jiné skutečnosti, které garantují, že nebude zaměněn s jiným, u ostatních správních deliktů, kde se rozhodování o vině, resp. odpovědnosti řídí správním řádem či speciálními předpisy, které těmto nárokům nevyhovují. Proto je zde třeba postupovat obdobně podle zákona o přestupcích a uvedené náležitosti do výroku uvést.⁷⁵⁾

Zmínit je možno také ustanovení § 94 zákona o přestupcích, které ukládá správnímu orgánu povinnost zrušit pravomocné rozhodnutí o přestupku, zjistí-li, že ten, kdo byl uznán vinným z přestupku, byl za týž skutek pravomocně odsouzen či obžaloby zproštěn. *Per analogiam* je tuto zásadu nutno vztáhnout i na jiné správní delikty, a to vzhledem k zásadě jednoty postihu v oblasti správního trestání a absenci příslušné právní úpravy.⁷⁶⁾

⁷³⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 107/2006-75 a č. j. 3 Ads 53/2011-71.

⁷⁴⁾ Víceméně nahodile nalezneme toto řešení také v jiných zákonech, např. § 63a živnostenského zákona nebo § 44 odst. 1 trestního zákona (zák. č. 539/1992 Sb.). Zákon o přestupcích nestanoví, kdy lze přestupky považovat za sbíhající se. Podle Nejvyššího správního soudu je tu nutno analogicky použít ustanovení 43 odst. 2 trestního zákoníku, podle něhož je rozhodující okamžik vyhlášení odsuzujícího rozsudku za jiný trestný čin (rozsudek čj. 1 As 28/2009-67).

⁷⁵⁾ Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 34/2006-73; v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 56/2007-482 je dokonce poukazováno na analogii s § 120 trestního řádu, a to s poukazem na nedělitelnost principů veřejnoprávního trestání.

⁷⁶⁾ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008-67.

Analogie úzce souvisí s otázkou tzv. dotváření práva. Východisko pro její řešení je hledáno ve vymezení hranic mezi mocí soudní a zákonodárnou. V zemích kontinentální Evropy soudce zásadně nemůže postupovat *praeter legem* a musí tedy vyčkat vydání zákona a teprve pak uvažovat, co dále. Jenže situace je komplikovanější, protože soudy jsou stavěny nejen před otázku, zda je tu mezera v právu a jakého druhu, ale i jak se k ní postavit. Navíc vyšší instance mají zákonem výslovně uložený úkol, aby sjednocovaly výklad právních předpisů.

Rakouský právní teoretik F. Bydliniski spatřuje hranici pro dotváření práva ve zjištění jasného úmyslu zákonodárce stanovit mezery v zákoně, protože její vyplnění soudem, čili jím dotvořeným právem, by se dostalo do rozporu s principem dělby moci, kterému by měla být dána v tomto případě přednost. Je samozřejmé, že tak je tomu pouze do okamžiku, než se daný předpis změní, pak se otevírá možnost soudcovského dotváření práva.⁷⁷⁾

Tato argumentace trpí jedním zásadním nedostatkem, který tkví v představě, že zákonodárce tvoří právní řád vědomě, racionálně a plánovitě. Realita však říká, že tomu tak mnohdy nebývá, a pak je opět jen na aplikujícím orgánu, jak mezery posoudí. Na druhé straně by bylo chybou, jestliže by tvůrce práva, *a priori* rezignoval na vytváření úplných norem a spoléhal se na to, že si s tím aplikační praxe poradí. Důsledkem takového postupu by bylo nejen nerespektování dělby moci, ale také to, že by byl narušován požadavek systematickosti práva jako celku, protože by unikalo, co vlastně bylo vydáním právního předpisu sledováno.⁷⁸⁾

Tento závěr lze demonstrovat na tom, že zákon o přestupcích nepočítá s možností zahlazení, jak je tomu v § 105 trestním zákoníku. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že tu je třeba použít analogii, mimo jiné i proto, že bylo-li zahlazeno odsouzení za trestný čin, není již možno k odsouzení za něj přihlížet v rámci řízení správního jako k okolnosti přitěžující.⁷⁹⁾ Zákonodárce určitě neuvažoval o tom, že by v přestupkovém právu, resp. správním právu trestním měl existovat institut zahlazení, takže tu lze hovořit o nevědomé mezeře, kterou lze vyplnit vnesením jedné úpravy do jiné, a tak ji dotvořit.

Meze pro dotváření práva jsou dány ohledy, které lze nazvat „kvantitativního rázu“. Bylo již zmíněno, že aplikující orgány mohou doplnit pouze něco, co již v úpravě existuje, přinejmenším rámcově, ale nemohou do ní vtělit instituty, které se zde vůbec nevyskytují. Jinak řečeno, je vyloučeno doplňovat obsahové mezery.

⁷⁷⁾ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, C. H. Beck, Praha 2010, s. 232-234.

⁷⁸⁾ KYSELA, J., WINTER, J. *Teorie tvorby práva, Legislativní proces (teorie a praxe)*, Tiskárna Ministerstva vnitra, Praha 2011, s. 88.

⁷⁹⁾ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 82/2010-60.

V judikatuře se můžeme setkat se situací, kdy analogií je doplňováno ustanovení, které je zcela jasné a úplné – tedy bezmezerovité. Příkladem je § 82 odst. 4 správního řádu, který omezuje, resp. zakazuje použití novot v odvolacím řízení. Jenže judikatura dospěla k závěru, že zde existuje mezera v úpravě procesního práva, a proto je na místě použití analogie s trestním řádem, který koncentraci vylučuje.⁸⁰⁾

V případě citovaného ustanovení jistě nelze hovořit o normativní mezeře, protože § 82 odst. 4 je zcela jasný. V úvahu tedy přichází mezera teleologická, kterou lze najít v tom, že správní řád nereflektuje fakt, že by se nemělo rozlišovat mezi procesním postavením účastníka řízení o správním deliktu a trestného činu, protože rozdíl mezi nimi je kvantitativní a nikoli kvalitativní, ve stupni společenské nebezpečnosti/škodlivosti. O tom ostatně svědčí skutečnost, že některá stejně označená jednání byla označena a postihována jako přestupek a posléze trestný čin a naopak. Zde se již soudy dostávají hodně mimo běžně chápané mezery v zákoně/právu, a tím i běžně chápanou analogii a zjevně dotvářejí, podle nich nedokonalé, právo.

Tradiční chápání analogie v kontinentálně-evropském systému práva, jakožto vyplňování mezery je tedy v praxi posouváno ve směru dotváření či až tvorby práva soudy a na místě jsou slova goethovského Mefista: „Šedá, můj příteli, je všechna teorie a žití zlatý strom se zelená“. To platí jak pro aplikační praxi, tak jurisprudenci, která se jí snaží pochopit, vyložit a usměrnit a dát návod, jak postupovat pro udržitelnost právní jistoty, tak i práva, jakožto systému.

⁸⁰⁾ Zevrubněji k tomu viz MATES, P. Použitelnost koncentrační zásady ve správním řízení, *Jurisprudence č. 2/2011*, s. 37 a následující.