

# Úskalí právní komparace

**Ukazováček a ty ostatní prsty a „Gylgameš“**

Josef Kotásek

# Komparatistika jako kratochvíle?

Hasenstreit

„American lawyers tend to view an interest in foreign legal systems as similar to a taste in good old wine – some familiarity with them is as sign of **good taste and refinement**, but to specialize in them is apt to be considered wasteful, extravagant or worse“.

Mary Ann Glendon, 1989

„...von der grossen Mehrzahl der deutschen Juristen die Rechtsvergleichung als **esoterische und für wenige wissenschaftliche Randfragen** nützliche Spielerei eine kleinen Zahl von Spezialisten“

Zweigert, 1979

# Překvapení: deskripce není komparace

„Je až neuvěřitelné, kolik děl o cizím právu není explicitně srovnávacích, a přesto bývá považováno za součást srovnávací právní vědy. Rád bych tímto zdůraznil, že komparativní metoda zahrnuje explicitní srovnávání aspektů dvou a více právních systémů... Věřím, že zklamání kritiků srovnávací právní vědy je do značné míry založeno na skutečnosti, že **velké množství děl srovnávací právní vědy není srovnávací**, anebo je přinejlepším slabě srovnávací.“ (REITZ, John C. *How to Do Comparative Law*).

„Srovnávací právní věda učinila velký pokrok, co se týče poznání o rozličných právních systémech. Přestože je pravda, že „pouhý výzkum cizího práva nespadá do rámce srovnávací právní vědy“, toto **poznání by mělo být řazeno mezi největší úspěchy srovnávací právní vědy**. Poznání cizího práva je neodmyslitelným předpokladem pro explicitní srovnávání a informace o jiných právních režimech jsou tím největším přínosem srovnávací právní vědy pro právní praxi...“ (REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*).

Zdroj: Ejubovič, *Metodologické problémy srovnávací právní vědy*, Praha

## Klíčový moment – neúčelnost s překvapením...

„Pure comparison, like basic research, does not connote efforts without practical utility. It means rather, that at the time of the comparative studie in questions it may be undermined, or perhaps unpredictable, **what use or uses wil be made of the results** in the future“.

Schlessinger, *Comparative Law*, 1980, s. 41

Počáteční samoučelnost s překvapivými výsledky... překvapení  
čtenáře cizích zdrojů (Moravák v. Čech)

# Funkce právní komparatistiky

- Zweigert/Kötz: (1) funkce poznávací (2) příprava materiálu pro zákonodárce, (3) výkladový nástroj (4) pomoc při výuce (5) zázemí pro unifikaci.
- Funkce komparatistiky (Haase)
  - pochopení vlastního či cizího právního řádu;
  - sbližování práva a právní styk se zahraničím;
  - přezkum efektivity institutů tuzemského práva („konkurence“);
  - pochopení a tvorba nadnárodních právních zásad (vliv hegemonů);
  - příprava tuzemského i mezinárodního zákonodárství;
  - řešení právně-politických konfliktů v rámci státního zřízení;
  - celkové porozumění mezi národy.

# Funkcionální přístup právní komparatistiky

„Erasmuskomparatistik“ v. Funkcionální pohled analytické srovnávací právní vědy: nevycházíme z textu psaného práva (black letter); ptáme se, ***jak je řešen problém, právní otázka nebo životní situace?***

„frei von der Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung und Dogmatik“

**Dotaz: jaké úkoly a funkce norma poskytuje a jak je jich dosaženo jinde?**

*Tertium comparationis* (společný znak komparanda a komparáta) – není norma, ale konkrétní spíše společenský problém

„Srovnání norem“: Kalifornie nemá katastr nemovitostí!

Právní otázka u komparace: Jak je zajištěna ochrana nabyvatele nemovitosti?

Odpověď: *title insurance*

# Funkcionální přístup jako uznání limitů

- **Výhody:** srovnávání právních úprav záležitostí, u kterých má téměř jistotu, že na ně narazí téměř v kterémkoliv lidském společenství
- **Rizika:** ultimativní snaha vyhnout se „nesrovnatelnosti“ vede opuštění srovnávání právních úprav a koncentrace na jakoukoliv úpravu dané záležitosti
  - (právní v. samoregulační mechanismy, Rada pro reklamu)

# Konkurence? Comparative legal studies

- pokud jsou společenské difference natolik intenzivní, že se jeví srovnávání právních pravidel jako nesmyslné, máme dvě možnosti: buď přistoupíme na to, že lze srovnávat jen to, co si je podobné, anebo ustoupíme od svého úzkoprsého zaměření a pustíme se do srovnávání nikoliv právních pravidel, ale **práva jakožto komplexního a dynamického sociálního subsystému** s historicko-kulturní dimenzí (John Henry Merryman)
- kulturelle Rechtsvergleichung (*comparative legal studies, comparative legal cultures* bezeichnet) odmítá redukci práva na jeho funkce, právo je výrazem všeobecné kultury dané země



# Příklady funkcionálního přístupu

- ...die Funktion des Rechts in der Lösung gesellschaftlicher Probleme liegt und alle Gesellschaften im wesentlichen mit den gleichen Problemen konfrontiert werden. Vergleichbar sind demnach Rechtsinstitute, die die gleiche **Funktion erfüllen**, selbst wenn sie dogmatisch ganz unterschiedlich ausgestaltet werden; sie sind damit **funktionsäquivalent**. So kann etwa die common law *Figur der consideration mit Formerfordernissen des deutschen Rechts verglichen werden, weil beide die gleichen Funktionen erfüllen: Warnung vor überstürztem Vertragsschluss und Bestätigung der Seriosität eines Vertragsversprechens.*
- (<http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Rechtsvergleichung>)

# Třífázový model komparace (Constantinesco)

- Zjištění úpravy daného institutu
- Porozumění
- Srovnání

# 1. Fáze: Zjištění právní úpravy institutu

## ***Jaká pravidla platí pro tento institut v dané zemi?***

*U vyživovací povinnosti manželů po rozvodu podotázky: - hraje roli zavinění u rozvodu?  
- je možné smluvní řešení? – hrají roli osobní poměry rozvedeného manžela?*

***Neřešíme ještě otázky sociální*** (vazby institutu na mimoprávní aspekty, tradice, počty manželství s ženou v domácnosti, apod. hrají roli až ve 2. fázi)

## ***5 metodologických pravidel první fáze***

- Law in action, skutečná podoba „žitých pravidel“ (nikoliv jen texty)*
- Tertium comparationis podle originálních zdrojů (důvodové zprávy, učebnice)*
- T.c. komplexně a systematicky (nutno zohlednit skutečnou soudní praxi často „odchylnou“ od textu psané normy, nepřímé novely, odmítání normy soudy a její ohýbání – GK Německo), false flags literatury!*
- Respekt k hierarchii (seřazení norem, pozor na nepřímé derogace)*
- Interpretace podle norem příslušného práva, respekt k zavedeným národním interpretačním metodám dané země*

## 2. Fáze: Pochopení institutu

- Zařazení do systému daného práva v příslušném kontextu (zrušení doživotního trestu v. sčítání trestů)
- Zohlednění dalších elementů, které tvoří profil daného právního řádu
  - *Ideologie*
  - *Náboženství*
  - *Politika*
  - *Geografie (ploty)*
  - *Podnebí (mešní víno)*
  - *Tradice*
  - *Ekonomické danosti (GK UW 3. říše)*
  - *Neplést s právní sociologií, pořád se bavíme o normativě práva*

## 3. Fáze: Srovnání

Konfrontace všech srovnávaných elementů institutu v obou právních řádech

- Určení vztahů, rozdílů a podobností (styčné plochy i nespojené oblasti z obou řádů), na právní i faktické úrovni (statistika)
- Dosah těchto ne/spojení (jsou zde alternativy pod jiným jménem?)
- Jsou zde tyto rozdíly a podobnosti? PROČ?

všechny důvody – historicko-právní, válečné, přírodní (ploty), sociální, historické, náhody, rozhodnutí zákonodárce, společenské a náboženské faktory...

**Příklady: Koncept průměrného spotřebitele, „Italienische Zustände“ (Carl Mittermaier) – vlastnosti Italů a jejich projevy v právu, *Teppichkauf*, 85/577/EHS, uzavření smlouvy mimo prostor obvyklý pro podnikatelské podnikání, expanze § 1828 odst. 2 OZ**

# Formanty

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). In: The American Journal of Comparative Law, vol. 39, no. 1, 1991

„Vstupenka“ do akademické diskuse

- Explicitní formanty: právní úprava je tvořena spolupůsobením řady právních formantů, např. právních ustanovení, odborného výkladu, úředního (soudního a správního) výkladu a rozhodovací praxe
- Implicitní formanty: kryptotypy jako ustálené vzorce chování ukazující to, jak zacházíme s explicitními právními formanty – často právě neviditelné, dokud se nekonfrontujeme s jiným řádem
- Kischel, kritika, mnohohrstevnatost procesu nalézání práva nikdo nezpochybňuje

# Srovnávací právní věda jako „navigace transplantátů“

- Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*
- právní transplantace je převažujícím způsobem tvorby práva v zaznamenaných dějinách lidského pokolení;
- „za rozhodnutím o provedení transplantace *určité* právní úpravy ve většině případů nestojí *žádná* silně pocíťovaná společenská potřeba“
- **Manýrismus elit**
- Funkce komparatistiky: příprava tuzemského i mezinárodního zákonodárství
- Turecký OZ 1926 – inspirace švýcarským ZGB
- Tvůrce předpisu *Mahmut Esad Bozkurt* studoval právo ve Švýcarsku

# Právní komparatistika v rozhodnutích soudů

– Tschentschel, Axel: Dialektische Rechtsvergleichung, JZ 17/2007:

*Trotz dieser hohen Vergleichungsdichte bleibt der Zugang des Gerichts meist einem einzelfallorientierten Entscheidungspragmatismus verhaftet. Es geht nicht darum, die ausländische Diskussion auf neue dogmatische Lösungsansätze zu untersuchen, sondern um einen Abgleich der Ergebnisse – eine*

***Plausibilitätskontrolle zur Selbstvergewisserung für die eigentlich schon getroffene Entscheidung.*** *Vielleicht läßt sich diese Ergebnisorientiertheit damit erklären, daß die ausländischen Judikate kaum Gelegenheit für detaillierte Analysen bieten, weil Gerichte außerhalb des deutschsprachigen Raums meist weniger tief in die akademische dogmatische Diskussion eintauchen...*



# Příklady dobré i špatné praxe

- Slepé uličky komparatistiky a *nišské* koncily
- Dory z černého lesa a Sigmund Freud a znovu Hasenstreit
- „Německo-české“ formanty“ - prokurista a člen statutárního orgánu
- *Rechtsscheintheorie*
- „*Takto to soudí Němci*“
- *Geneze čl. I § 17 SŠZ*
- *Ukázková komparativní práce*
- „*Všeobecné obchodní podmínky*“
- *Subjektivní interpretace textu cenných papírů – alibi či štít*

## Z Gubenovy akademické encyklopedie...

- **Niš** - Větší balkánské město a oblíbená destinace českých právních vědců. Právnická fakulta místní univerzity není špatná, v českém prostředí ovšem získala nedobrou pověst její každoroční konference. Na této akci lze totiž s angličtinou pumpaře přednést v podstatě libovolnou přednášku týkající se problematiky českého práva. Nehrozí přitom nebezpečí, že by znudění posluchači opustili místnost nebo snad diskutovali, protože krom českých kolegů, kteří dorazili ve stejném vozidle a se stejnou motivací, v sekci už nikdo další není. Účast na nišské konferenci představuje pro českého akademika prostoduchý a rychlý způsob, jak naplnit kritéria habilitačního a profesorského řízení vyžadující přednášky v zahraničí (srov. též hesla: *Nišská kritéria*, *Nišský autobus*, *Mňuk*, *Klacíkov*, *Wissenschaftsturistik*).

# Slepé uličky komparatistiky

- Nezdůvodněná volba právního řádu (Erasmus)
- Špatné jméno, Wissenschaftstheorie a Niš
- Neúplnost, monokausalita, *Pfeilen der Eingeborenen* (Rabel), varování: **zásadní rozdíly v právních úpravách jen zřídka mají pouze jeden důvod!**
- Zejména u mikrokomparatistiky: přílišné spoléhání na text psané normy:
- Koncentrace na hmotné právo bez zohlednění procesních aspektů (náklady řízení v. náhrada škody)
- Postmoderna: útok na funkcionální přístup: nejenom „vnější formy“ práva, ale také sociální problémy jednotlivých zemí jsou srovnatelné jen zdánlivě.
- Příklad: smlouva v tržním hospodářství v. smlouva v plánovaném hospodářství

# Interpretace smlouvy – kontinent v. Anglie

- Vůle či její projev?
- Anglické právo: striktně objektivní přístup (jak by dokument četla osoba s odpovídajícími znalostmi), subjektivní přístup striktně odmítán, výkladový cíl: projev, *literal approach (In the Goods of Peel)*, „*four corners of the document*“, pomalá cesta ke *contextual approach (smlouvy nevznikají ve vakuu, nutný factual matrix, ovšem stále „objektivní vůle“)*
- Předběžný závěr: anglické právo vykazuje nižší míru respektu ke skutečné vůli
- Rectification (žaloba na plnění či náhradu škody), *equity*

# Příklad z malé země, Reitschuhe

- rozhodnutí NS sp. zn. 29 Cdo 387/2016, **společné jednání prokuristy a jednatele**
- Jakkoliv Nejvyšší soud **považuje argumentaci závěry přijímanými právní doktrínou a judikaturou v zemích s právními řády blízkými ČR za relevantní i pro výklad českých právních předpisů, je při takové argumentaci nutné (mimo jiné) pečlivě zkoumat** znění dotčených zahraničních právních předpisů. Poukazuje-li dovolatelka na závěry akceptované ve SRN a v Rakousku, přehlíží, že - jde-li o přípustnost společného jednání člena statutárního orgánu a prokuristy - **je právní úprava v těchto zemích odlišná.**

## Něco tam zůstalo... prokurista s křídly

- „Ostatně – jak přiléhavě konstatoval odvolací soud – nelze přehlížet, že zástupčí oprávnění prokuristy je, na rozdíl od zástupčího oprávnění členů statutárního orgánu, omezené na právní jednání vypočtená v § 450 odst. 1 o. z. Pro rozšíření zástupčího oprávnění v případě společného jednání s členem statutárního orgánu (i na jednání nespádající jinak do rozsahu prokury), pro něž pléduje dovolatelka, přitom nelze nalézt žádnou zákonnou oporu (shodně Hurychová, K., op. cit. výše).
- § 78 III AktG: *Die Satzung kann auch bestimmen, daß einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind.*

# Takto je to v Německu? Gravitace BGB (dokonce i ještě neexistující hvězdy)

- Japonsko – 1898
- Švýcarsko – ZGB, OR
- Rakousko: tři dílčí novely 1914-1916
- Thajsko 1925
- Čína 1930 (pozůstatky na Tchajwanu)
- Řecko – ZGB 1946
- Jižní Korea 1958
- Vliv na Codice Civile 1942, holandský OZ 1954 a portugalský Código civ. 1967
- Problém s terminologií? Grundschild, Rechtscheintheorie
- Cizojazyčné habilitace...

# Kombinace mezinárodněprávní a historické komparace

Omyl a jeho kvalifikace v rámci obrany dlužníka

Čl. 17 ženevského JSZ :

„Kdo je žalován ze směnky, nemůže činit majiteli námitky, které se zakládají na jeho vlastních vztazích k výstavci nebo k dřívějším majitelům, ledaže majitel při nabývání směnky jednal vědomě na škodu dlužníka“.

- *Quassowski*



# NS 29 Cdo 5036/2015 – skrytá komparativní práce

„Aby dostál požadavku péče řádného hospodáře, je jednatel společnosti s ručením omezeným povinen jednat při výkonu své funkce (mimo jiné) s potřebnými znalostmi, a tedy i informovaně, tj. při konkrétním rozhodování využít rozumně dostupné (skutkové i právní) informační zdroje a na jejich základě pečlivě zvážit možné výhody i nevýhody (rozpoznatelná rizika) existujících variant podnikatelského rozhodnutí (k tomu v zahraniční rozhodovací praxi obdobně například usnesení německého Spolkového soudního dvora ze dne 14. července 2008, sp. zn. II ZR 202/07, odst. 11, či rozsudek německého Spolkového soudního dvora ze dne 18. června 2013, sp. zn. II ZR 86/11, odst. 30, které jsou veřejnosti přístupné na webových stránkách německého Spolkového soudního dvora [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)). Splnění této povinnosti je ovšem nezbytné posuzovat z pohledu **ex ante**, tj. prizmatem skutečností, které jednatelem byly či při vynaložení příslušné péče (při využití dostupných informačních zdrojů) mohly a měly být známy v okamžiku, v němž dotčená podnikatelská rozhodnutí učinil [srov. obdobně například Oetker, H. § 43 in Henssler, M., Strohn, L. a kol. Gesellschaftsrecht. 3. vyd. München: C. H. Beck, 2016, marg. č. 27-28; či Haas, U., Ziemons, H. § 43 in Michalski, L. a kol. Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz). 2. vyd. C. H. Beck, 2010, marg. č. 69].“

# Nežádoucí nominální gravitace - příklad OP, § 305 I BGB

Chuck Norris si koupil českou dálniční známku na rok 2021.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.

Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.

Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.

## § 1751 OZ

- (1) Část obsahu smlouvy lze určit odkazem na obchodní podmínky, které navrhovatel připojí k nabídce nebo které jsou stranám známy. Odchylná ujednání ve smlouvě mají před zněním obchodních podmínek přednost.
- (3) Při uzavření smlouvy mezi podnikateli lze část obsahu smlouvy určit i pouhým odkazem na obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi.

# Srovnání se zahraničím jako alibi či štít

- Subjektivní výklad cenných papírů
- Oltáře dogmatiky a plápolající hranice
- <https://www.josefkotasek.cz/pravo/pravo-cennych-papiru/vyklad-textu-smenky-podle-neprojevene-vule/>
- Konfrontace s judikaturou, která není konfrontována takovou četností směnek?

# Uvědomění díky srovnávací vědě

„To co je na právu proměnlivé, jakož i to, co je věčné, jde nejnázorněji spatřit díky srovnávací právní vědě. Teprve srovnání právních kultur každou z nich poučí o své svébytnosti a umožní jim uvidět své nedostatky a přednosti“

Radbruch, *Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945*

- Rozdíly kultur: pozitivní právo v. právní kultura (instituce, věda, vzdělání a dalších sociologicky významné faktory)
- Od-ideologizace, protijed vůči dogmatismu a xenofobii

# Účinky... vyvolané odstupem

„In nearly all fields of law... exists a **common core of legal concepts and precepts** shared by some, or even a multitude, of the world's legal systems. To explain this phenomenon in terms underlying historical and social causes, is a task of (comparative) law.“

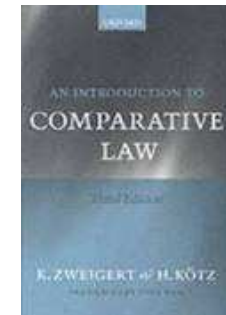
Schlessinger, *Comparative Law*, 1980, s. 36

„To co je na právu proměnlivé, jakož i to, co je věčné, jde nejnázorněji spatřit díky srovnávací právní vědě. Teprve srovnání právních kultur každou z nich poučí o své svébytnosti a umožní jim uvidět své nedostatky a přednosti“

Radbruch, *Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945*

*Morfogenetické pole „práva“*

# Literatura



International Encyclopedia of Comparative Law (IECL), 1967; **Konrad Zweigert, Hein Kötz, Introduction to Comparative Law**; *Mathias Reimann*, The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) 671 ff.; *Pierre Legrand, Roderick Munday* (Hg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 2003; **Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann** (Hg.), **The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006**; *Jan M. Smits* (Hg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2006; *Ralf Michaels*, Two Paradigms of Jurisdiction, *Michigan Journal of International Law* 27 (2006) 1003 ff.; *Esin Örücü, David Nelken* (Hg.), *Comparative Law: A Handbook*, 2007; **Kischel, Uwe. Comparative Law: 2019.**